

Revista de Derecho – Nº 34 – Caracas :

Tribunal Supremo de Justicia,
Fundación Gaceta Forense, 2011
Semestral– ISSN: 1856-0008 --
448 p.

1. Jurisdicción laboral -- Brasil
2. Teoría del derecho -- Venezuela.
3. Capacidad legal -- Venezuela.
4. MERCOSUR
5. Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia -- Venezuela.

BARTOLOMÉ ROMERO T.

Editor

© República Bolivariana de Venezuela
Fundación Gaceta Forense
Tribunal Supremo de Justicia

Los artículos publicados ha sido sometidos a arbitraje,
de acuerdo con las normas internas.

La Revista no se hace responsable por el contenido de los artículos
firmados ni por originales no solicitados.

Serie Revista de Derecho No,34

República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia



Revista de **Derecho**

Número **34**

Tribunal Supremo de Justicia
Fundación Gaceta Forense
Edición y publicaciones
Caracas, Venezuela / 2012

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dra. Luisa Estella Morales Lamuño
Dr. Francisco Antonio Carrasquero López
Dr. Marcos Tulio Dugarte Padrón
Dra. Carmen Zuleta de Merchán
Dr. Arcadio Delgado Rosales
Dr. Juan José Mendoza Jover
Dra. Gladys María Gutiérrez Alvarado

SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA

Dra. Evelyn Margarita Marrero Ortiz
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero
Dr. Emiro Antonio García Rosas
Dra. Trina Omaira Zurita
Dra. Mónica Misticchio Tortorella

SALA ELECTORAL

Dra. Jhannett María Madriz Sotillo
Dr. Malaquías Gil Rodríguez
Dr. Juan José Núñez Calderón
Dr. Fernando Ramón Vegas Torrealba
Dr. Oscar Jesús León Uzcátegui

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dra. Yris Armenia Peña Espinoza
Dra. Isbelia Josefina Pérez Velásquez
Dr. Antonio Ramírez Jiménez
Dr. Carlos Oberto Vélez
Dr. Luis Antonio Ortiz Hernández

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
Dr. Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez
Dr. Juan Rafael Perdomo
Dr. Alfonso Rafael Valbuena Cordero
Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dra. Ninoska Beatriz Queipo Briceño
Dra. Deyanira Nieves Bastidas
Dra. Blanca Rosa Mármol de León
Dr. Paul José Aponte Rueda
Dr. Héctor Manuel Coronado Flores

RESUMEN

Jurisdicción laboral en Brasil: Bloqueos y desafíos

Luciano Athayde Chaves..... 7

Epítome de una Teoría General del Derecho

J. M. Delgado-Ocando..... 57

Sobre la defensa de plazo o condición no cumplida

Carlos A. Delgado Ocando..... 77

El derecho a la participación, el trabajo voluntario y las finalidades de la nueva Ley Orgánica de los Consejos Comunales.

José Félix Díaz Bermúdez..... 115

El derecho a la igualdad de las minorías como limitante de actividades e iniciativas económicas privadas:

¿Asunto político o cuestión jurídica?

Hernando Díaz Candia..... 131

Aspectos generales del régimen legal de la discapacidad: (Especial referencia al autismo) María Candelaria Domínguez Guillén Miguel Ángel Torrealba Sánchez.....	157
Derecho contractual del Mercosur: Propuestas de armonización legislativa Sara Lidia Feldstein de Cárdenas.....	187
Nuevos avances sobre arbitraje en Venezuela Análisis práctico a recientes sentencias de la Sala Constitucional Gilberto A. Guerrero-Rocca.....	265
Defensa de la autonomía municipal iberoamericana Enrique Orduña Rebollo.....	309
El impacto del derecho de la integración en el derecho internacional privado Luciana B. Scotti.....	377
Duración de la fase preparatoria en el proceso penal previsto en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia Ninoska Queipo Briceño.....	421

Duración de la fase preparatoria en el Proceso Penal previsto en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las mujeres a una Vida Libre de Violencia

*Ninoska Queipo Briceño**

Sumario:

A manera de Introducción. 1. De la Fase Preparatoria. 1.1. Del Inicio de la Fase Preparatoria. 1.2. Consecuencia Jurídica de la Presentación Tardía del Acto Conclusivo. 1.2.1. Inadmisibilidad de la Acusación. 1.2.2. Archivo Judicial de la Investigación. 1.2.3. Caducidad de la Acción Penal. Colofón.

A manera de Introducción.

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, publicada en Gaceta Oficial No. 38.668, se instituyó en nuestro ordenamiento jurídico, un instrumento

* Magistrada Presidenta de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

legal que viene a desarrollar la preeminencia de los derechos que reconoce el Texto Fundamental, a las mujeres, niñas y adolescentes, víctimas de la **violencia de género**, la cual ha sido conceptualizada a nivel mundial como un problema, de Salud Pública que encuentra sus raíces profundas, en la característica patriarcal de nuestras sociedades, en las que prevalecen esquemas de subordinación y discriminación hacia la mujer; mediante la consolidación de una estructura androcentrista, que ha conformado conceptos y valores tendentes a descalificar sistemáticamente a la mujer, sus actividades y sus opiniones, al punto que erradamente cualquier desconocimiento a la autoridad masculina es vista por parte del agresor, como una trasgresión a un orden “natural” que “justifica” la agresión del hombre en contra de la mujer.

Desde esta perspectiva, la violencia contra la mujer no es un asunto biológico ni doméstico sino de género. Se trata de una variable teórica-esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, sino una forma de violencia individual ejercida en la familia por quien ostenta la superioridad física (hombre) sobre la debilidad (mujer) ante una estructura social de naturaleza patriarcal, de ahí que la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino, sean los elementos esenciales de ese orden simbólico y que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género. Entonces, el género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus hombres y mujeres¹.

La violencia contra la mujer “es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que ha conducido a la dominación masculina, a la discriminación y a impedir el pleno desarrollo de la mujer”².

¹ Roberto Bergalli. La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. Anuario de Filosofía del Derecho IX, 1992, p53.

² Resolución 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, IV Conferencia Internacional de Beijing de 1995.

La violencia de género existe como fenómeno social, es decir, como un tipo específico de violencia vinculado de modo directo al sexo de la víctima –al hecho de ser mujer– y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales, en pautas culturales muy asentadas que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer³.

En tal sentido, las relaciones entre los géneros sean de poder y quien lo detenta (el varón) lo emplea para determinar los comportamientos de las mujeres y el resultado del empleo de la perspectiva de género conlleva visibilizar a las mujeres y, en ese sentido, cuando el numeral 2 del artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hace referencia a la adopción de medidas positivas a favor de personas discriminadas, marginadas o vulnerables y que se encuentren en situación de debilidad frente a los abusos o maltratos, identifica a la mujer-víctima.

Por tal razón, la importancia de la puesta en vigencia de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; se trata, pues de un novísimo instrumento legal que busca erradicar mediante todo un cúmulo de instituciones, de políticas, de programas, de procedimientos y de sanciones contempladas en tipos penales especiales; la violencia que por razones sexistas se ha ejercido durante años de manera sistemática sobre las mujeres.

Así lo explica la exposición de motivos de Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, cuando expresa que con esta Ley se pretende dar cumplimiento al mandato constitucional de garantizar, por parte del estado, el goce y ejercicio irrenunciable e interdependiente de los Derechos Humanos de las mujeres, así como su derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, sin ningún tipo de limitaciones. Estando el estado obligado a brindar protección frente a situaciones que constituyan amenazas, vulnerabilidad o riesgo para la integridad de las mujeres, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes, mediante el establecimiento de condiciones jurídicas y

³ Idem.

administrativas, así como la adopción de medidas positivas a favor de éstas para que la igualdad ante la Ley sea real y efectiva.

Recientemente, la Organización de las Naciones Unidas alerta que continúa la discriminación contra las mujeres y exige a los Gobiernos la creación de Tribunales Especializados. Por supuesto, estamos frente a un fenómeno muy complejo, multifactorial que justifica además la necesidad de una aproximación multidisciplinaria e integradora, que nos permita ver las múltiples caras que configuran la realidad de la violencia de género.

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, cuya finalidad es –como se indicó– garantizar y promover el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, creando las condiciones necesarias para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos; ciertamente se estableció un procedimiento penal especial, para el juzgamiento de todos aquellos delitos que sancionados en la referida ley, se cometían por causas directamente vinculadas con la violencia ejercida en razón del género; en el cual aparecen como elementos innovadores, la abreviación de los lapsos para la tramitación del proceso penal en cada una de sus fases, la creación de nuevas figuras como las medidas de protección y de seguridad, la extensión de la competencia y campo de acción de los órganos receptores de la denuncia y la creación de un conjunto de Tribunales especializados para el juzgamiento de los delitos de violencia de género; constituyéndose así en el único país a nivel Latinoamericano en poseer tribunales de este tipo.

Al respecto, la exposición de motivos de la referida ley, en relación a la innovación en materia procesal, precisa:

“...En materia procesal la principal innovación de la ley lo constituye la creación de los Tribunales de Violencia Contra la Mujer, como órganos especializados en justicia de género, que tendrán la encomiable misión de desarrollar los principios y propósitos de la presente Ley en materia penal y procesal penal. Dicha estructura judicial está conformada por los Juzgados de Primera Instancia en funciones de Control, Audiencia y Medidas; Juicio y Ejecución; en segunda instancia por una Corte de Apelaciones especializada. La organización de este nuevo sistema de

justicia penal corresponderá al Tribunal Supremo de Justicia, según las necesidades de cada Circuito Judicial Penal.

Atendiendo a las necesidades de celeridad y no impunidad, se establece un procedimiento penal especial que preserva los principios y la estructura del procedimiento ordinario establecido en el Código Orgánico Procesal Penal, ante un Juez o Jueza unipersonal para todos los casos, limitando los lapsos y garantizando la debida diligencia y celeridad por parte del Fiscal del Ministerio Público en la fase de investigación para que dicte el acto conclusivo que corresponda, como una forma de materializar una justicia expedita conforme lo consagra el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Dicho procedimiento resguarda los derechos y garantías procesales de las personas sometidas a investigación, enjuiciamiento y sanción....”.

Ahora bien, la existencia de un procedimiento penal especial para procesar los delitos cometidos en razón del género, si bien no comportó, la exclusión de todas y cada una de las diferentes figuras e instituciones, previstas en el Código Orgánico Procesal Penal, para el proceso penal ordinario; indudablemente como suele suceder en estos casos, ha arrastrado una serie de intrínquilis en la aplicación de las diferentes instituciones previstas en la ley especial.

Estas situaciones, exigen por parte de los diferentes intervinientes de nuestro sistema de justicia penal, el análisis acucioso de las diversas figuras y fases previstas en el procedimiento especial, pues no en vano, la práctica forense nos ha enseñado, las dificultades que comporta la aplicación de un instrumento legal, inédito en nuestra cultura jurídica como lo es la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Una de estas dificultades, quizás la que mayores interrogantes ha planteado dentro del foro jurídico, está constituida por todo lo relacionado con la duración de la fase preparatoria y los efectos jurídicos derivados de la falta de presentación oportuna del acto conclusivo en los plazos previstos en la ley especial.

En razón de ello, se propone exponer en el presente artículo, un conjunto de ideas, que permitan disipar las incógnitas que normalmente se presentan en la práctica forense, con relación a la duración de la fase preparatoria en

los procesos penales iniciados con ocasión de los delitos contemplados en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, y la aplicabilidad o no de figuras como la inadmisibilidad de la acusación, el archivo judicial o la caducidad de la acción penal, en los supuestos de mora o presentación tardía del escrito de acusación como acto conclusivo dictado para la culminación de la fase preparatoria.

1. De la Fase Preparatoria.

Como una de las consecuencias del principio de afirmación de libertad, así como del derecho constitucional a la seguridad jurídica, la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, al igual de cómo ocurre en el Código Orgánico Procesal Penal; prevé un período de duración de la fase preparatoria dentro del cual, el Ministerio Público como órgano encargado de ejercer la acción penal, en nombre del Estado Venezolano, estará obligado a poner un finiquito a la fase preparatoria o de investigación, mediante la presentación de un acto conclusivo.

En tal sentido, la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en su artículo 79 prevé inicialmente una disposición en la que se fija un plazo de duración de la fase preparatoria, que dependiendo del tipo de medida de coerción personal que recaiga sobre el imputado, puede variar de treinta días -si existe medida de privación judicial preventiva de libertad- a cuatro meses cuando la medida de coerción personal sea distinta a la privación de libertad-. Asimismo, se prevé la posibilidad de solicitar una prórroga adicional, en el primer caso, es decir, cuando exista medida de privación judicial preventiva de libertad, por un máximo de quince días, previa solicitud fiscal debidamente fundada y presentada con al menos cinco días de anticipación al vencimiento del lapso inicial y en el segundo caso, es decir, cuando la medida de coerción personal sea distinta a la privación de libertad, por un periodo de tiempo que puede transitar entre un lapso no menor de quince días, ni mayor de noventa días.

En tal sentido, el artículo 79 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, dispone:

Lapso para la investigación

Artículo 79. El Ministerio Público dará término a la investigación en un plazo que no excederá de cuatro meses. Si la complejidad del caso lo amerita, el Ministerio Público podrá solicitar fundada-mente ante el Tribunal de Violencia Contra la Mujer con funciones de Control, Audiencia y Medidas, competente, con al menos diez días de antelación al vencimiento de dicho lapso, una prórroga que no podrá ser menor de quince ni mayor de noventa días. El Tribunal decidirá, mediante auto razonado, dentro de los tres días hábiles siguientes a la solicitud fiscal.

La decisión que acuerde o niegue la prórroga podrá ser apelada en un solo efecto.

Parágrafo Único: En el supuesto de que el Tribunal de Control, Audiencia y Medidas haya decretado la privación de libertad en contra del imputado e imputada, el Ministerio Público presentará el acto conclusivo correspondiente dentro de los treinta días siguientes a la decisión judicial. Este lapso podrá ser prórrogado por un máximo de quince días, previa solicitud fiscal debidamente fundada y presentada con al menos cinco días de anticipación a su vencimiento. El juez o la jueza decidirá lo procedente dentro de los tres días siguientes.

Vencido el lapso sin que el o la fiscal presente el correspondiente acto conclusivo, el Tribunal acordará la libertad del imputado o imputada e impondrá una medida cautelar sustitutiva o alguna de las medidas de protección y seguridad a que se refiere la presente Ley.

Por su parte el artículo 103 ejusdem, prevé:

Prórroga extraordinaria por omisión fiscal

Artículo 103. Si vencidos todos los plazos, el o la Fiscal del Ministerio Público no dictare el acto conclusivo correspondiente, el juez o la jueza de Control, Audiencia y Medidas notificará dicha omisión a el o la Fiscal Superior, quien dentro de los dos días siguientes deberá comisionar un nuevo o una nueva Fiscal para que presente las conclusiones de la investigación en un lapso que no excederá de diez días continuos contados a partir de la notificación de la omisión, sin perjuicio de las sanciones civiles, penales y administrativas que sean aplicables a el o a la Fiscal omisivo u omisiva. Transcurrida la prórroga extraordinaria a que se refiere el presente artículo, sin actuación por parte del Ministerio Público, el Tribunal de Control, Audiencia y Medidas decretará el archivo judicial, conforme a lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal.

La razón de dichos lapsos, obedece a la necesidad natural de evitar que la persona o personas, sobre la cual recaiga una individualización e imputación durante la fase preparatoria; quede sujeta a una investigación penal indefinida, cuya conclusión quede supeditada a la voluntad del ente que ejerce la acción penal en nombre del Estado. Por ello, y precisamente en atención a establecer un equilibrio entre el carácter acusatorio que rige nuestro proceso penal, así como el derecho del imputado a no estar sometido a una investigación de manera indefinida; el legislador previó en el artículo 79 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, una serie de plazos y una eventual prórroga para poner fin a la fase preparatoria del proceso penal que se sigue bajo el procedimiento especial previsto para los delitos cometidos en razón del género.

En este sentido, del contenido del artículo 79 “*eiusdem*”, se observa tal como lo referimos anteriormente, el establecimiento de dos regímenes distintos para la conclusión de la fase de investigación, dependiendo del tipo de medida de coerción personal que recaiga sobre el imputado; así tenemos:

1. Procesos penales, en los cuales se haya decretado la medida de privación judicial preventiva de libertad.
2. Procesos penales, en los cuales se haya decretado la medida cautelar sustitutiva de la privación judicial preventiva de libertad, o exista un juzgamiento en libertad sin restricciones.

Ahora bien, tal como se señaló anteriormente, en los procesos penales, en los cuales pese sobre los imputados la medida de privación judicial preventiva de libertad, la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en la misma orientación de lo previsto en el Código Orgánico Procesal Penal, prevé un lapso de duración de treinta (30) días para la presentación del acto conclusivo, contados a partir de la decisión judicial que decretó la medida privativa de libertad, lapso éste que pudiera prórrogarse por quince (15) días más, previa solicitud fiscal debidamente fundada y presentada con al menos diez días de anticipación al vencimiento del lapso inicial.

No obstante, frente a la falta de presentación oportuna del acto conclusivo, la consecuencia sería el decaimiento de la medida y el otorgamiento de

la libertad sin restricciones del imputado o la sustitución de ésta, por una medida cautelar sustitutiva, conforme a lo previsto en el artículo 92 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, ello a los fines de garantizar las resultas del proceso, si así lo considerare el respectivo Juez o Jueza de Instancia.

Ahora, cuando el juzgamiento del o los imputados se hace en plena libertad o bajo la imposición de una medida cautelar sustitutiva a la privación judicial preventiva de libertad, el tratamiento que otorga la ley especial para la duración de la primera fase del procesado penal es diferente, pues de acuerdo al contenido de los artículos 79 y 103 de la ley de violencia de género, la fase de investigación está supeditada en cuanto a su duración, a **dos plazos**, que de acuerdo a la complejidad del asunto, pueden quedar sujetos o no a su agotamiento sucesivo.

En efecto, el artículo 79 de la ley especial dispone que:

“El Ministerio Público dará término a la investigación en un plazo que no excederá de cuatro meses. Si la complejidad del caso lo amerita, el Ministerio Público podrá solicitar fundadamente (...) con al menos diez días de antelación al vencimiento de dicho lapso, una prórroga que no podrá ser menor de quince ni mayor de noventa días...”.

(Plazo inicial de duración y su prórroga adicional)

Y finalmente, en el artículo 103 dispone que:

“Si vencidos todos los plazos, el o la Fiscal del Ministerio Público no dictare el acto conclusivo correspondiente, el juez o la jueza de Control, Audiencia y Medidas notificará dicha omisión a el o la Fiscal Superior, quien dentro de los dos días siguientes deberá comisionar un nuevo o una nueva Fiscal para que presente las conclusiones de la investigación en un lapso que no excederá de diez días continuos contados a partir de la notificación de la comisión...”.

(Prórroga Extraordinaria)

Es así como el legislador, previó la existencia de dos plazos debidamente delimitados para la duración de la fase preparatoria o de investigación en los procesos penales iniciados con ocasión de la comisión de delitos previstos

en la ley de violencia de género. Así tenemos, un plazo de duración inicial de hasta cuatro meses con una prórroga adicional que puede ir de quince a noventa días; y finalmente una prórroga extraordinaria que opera, en los casos en que vencidos el plazo inicial o éste y su prórroga adicional, no se haya presentado el correspondiente acto conclusivo.

Ahora bien, tratándose de dos plazos debidamente diferenciados, la aplicabilidad de la prórroga extraordinaria a la que se refiere el artículo 103 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, no requeriría el agotamiento previo y simultáneo tanto del plazo inicial señalado y la prórroga adicional regulados en el artículo 79 “*eiusdem*”; por el hecho de encontrar en la redacción inicial del encabezado del artículo 103, la expresión: “...*Si vencidos todos los plazos...*”; pues la solicitud del tiempo de prórroga adicional, constituye una potestad exclusiva del Ministerio Público que de acuerdo a las necesidades del caso en concreto (su grado de complejidad); puede solicitar o no.

Ello es así, por cuanto, no todas las investigaciones penales llevadas bajo el procedimiento especial pautado en la Ley de Violencia de Género, suponen el agotamiento de la prórroga adicional, pues puede que ésta no se solicite, o simplemente no sea procedente por ser solicitada fuera del lapso de ley. Sin embargo en toda investigación, si es necesario que el ente encargado de ejercer la acción penal en nombre del Estado Venezolano, la concluya en los espacios de tiempo que otorga la ley, por lo que a los fines de honrar los conceptos de seguridad jurídica, debido proceso y tutela judicial efectiva; siempre será necesario que en todos aquellos procesos penales donde no se haya solicitado la prórroga adicional, vencido los cuatro meses de plazo previsto para la duración inicial de la fase de investigación, sin que se haya presentado el acto conclusivo; el juez o la jueza de Primera Instancia en Funciones de Control, Audiencia y Medidas, notifique de dicha omisión al Fiscal Superior respectivo, para que éste comisione a un nuevo fiscal quien dentro de los diez días continuos siguientes contados a partir de la notificación de su comisión, deberá concluir la investigación penal.

En este sentido, no debe olvidarse que la fase preparatoria, en principio corresponde al Ministerio Público como director de la investigación; sin embargo, es al Juez o Jueza de Primera Instancia en Funciones de Control,

Audiencia y Medidas, a quien corresponde como controlador de dicha fase, velar porque la conclusión de la misma ocurra en los plazos de ley; debiendo notificar al Fiscal Superior de la Circunscripción Judicial respectiva, en los supuestos que incurra el fiscal del proceso a cargo de la investigación en falta de presentación del acto conclusivo.

Precisamente, en razón de ello y a los fines del control que debe llevar el órgano jurisdiccional especializado respecto a la duración de la fase preparatoria, la ley de violencia de género dispone en su artículo 76, lo siguiente:

Competencia

Artículo 76. El o la Fiscal del Ministerio Público especializado o especializada dirigirá la investigación en casos de hechos punibles y será auxiliado o auxiliada por los cuerpos policiales. **De la apertura de la investigación se notificará de inmediato al Tribunal de Violencia contra la Mujer en Funciones de Control, Audiencia y Medidas.**

En consecuencia la prórroga extraordinaria, no aplicaría solamente en los supuestos en que previamente se haya agotado el plazo de duración inicial con su prórroga adicional que regula el artículo 79 de la Ley Especial, pues una interpretación en ese sentido, constituiría la posibilidad de dejar abierta per se una fase preparatoria, en los supuestos que vencido éste plazo no se haya solicitado la prórroga ordinaria; lo cual no es la intención del legislador quien, en la exposición de motivos con respecto a este particular señaló:

“...Atendiendo a las necesidades de celeridad y no impunidad, se establece un procedimiento penal especial que preserva los principios y la estructura del procedimiento ordinario establecido en el Código Orgánico Procesal Penal, ante un juez o jueza unipersonal para todos los casos, **limitando los lapsos y garantizando la debida diligencia y celeridad por parte del Fiscal del Ministerio Público en la fase de investigación** para que dicte el acto conclusivo que corresponda, como una forma de materializar una justicia expedita conforme lo consagra el Artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Dicho procedimiento resguarda los derechos y garantías procesales de las personas sometidas a investigación, enjuiciamiento y sanción...”.

Ahora bien, con fundamento en lo anterior, podemos afirmar que en aquellos casos donde se materialice una situación de inactividad por

parte del Ministerio Público, en la presentación del acto conclusivo en el plazo de ley dispuesto en el citado artículo 79; tal inactividad no puede aparejar una inactividad por parte del órgano jurisdiccional, el cual una vez verificada la falta de presentación del acto conclusivo, se haya solicitado o no la prórroga adicional, deberá activar el mecanismo de la prórroga extraordinaria mediante el procedimiento de notificación al Fiscal Superior de la respectiva Circunscripción Judicial, a los fines que se concluya la investigación mediante la presentación de un acto conclusivo por el nuevo fiscal comisionado e incluso darle finiquito a la fase preparatoria a través del decreto del archivo judicial, en los supuestos que vencida la prórroga extraordinaria, persista la falta de conclusión de la investigación por parte del Ministerio Público. Pues solo así se logra honrar los conceptos de seguridad jurídica, debido proceso y tutela judicial efectiva.

En este sentido, no debe olvidarse que la seguridad jurídica se refiere a la cualidad del ordenamiento jurídico, que implica certeza de sus normas y consiguientemente la posibilidad de su aplicación. Se trata pues de la confianza por parte de la población del país en el ordenamiento jurídico. Sobre este aspecto encontramos la Sentencia N° 3180 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 15 de diciembre de 2004.

1.1. Del inicio de la Fase Preparatoria.

Bajo este escenario, la individualización *ab initio*, del o los(as) imputados(as), aparece de manera casi simultánea la orden de inicio de la investigación, pues el órgano receptor de la denuncia, deberá por mandato de lo previsto en el numeral 8 del artículo 72 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, notificar de inmediato al Fiscal del Ministerio Público, quien a su vez ordenará el correspondiente inicio de la investigación penal y notificará al Juez de Control, Audiencia y Medidas, momento éste a partir del cual comenzará a computarse el lapso para la presentación del acto conclusivo.

Ahora en los supuestos de flagrancia, no existe duda alguna sobre la individualización del imputado, y el momento donde se inician los plazos

para la conclusión de la fase preparatoria o de investigación, pues el Fiscal del Ministerio Público debe ordenar el inicio de la fase preparatoria tan pronto como es notificado sobre la detención del presunto agresor, siendo ese el momento a partir del cual deberán comenzar a contarse los cuatro meses para la conclusión de la investigación.

Es oportuno indicar que en este supuesto de flagrancia, la imputación formal del aprehendido quedará materializada en la Audiencia de Presentación que se celebrará ante el Juez de Control Audiencias y Medidas, quien procederá a decidir sobre la medida de coerción personal solicitada por el Ministerio Público, e igualmente determinará el régimen aplicable para la conclusión de la fase de investigación, el cual puede ir de treinta días continuos, prorrogable previa solicitud por quince días más, en los supuestos en que la medida de coerción personal decretada haya sido la medida de privación judicial preventiva de libertad (ex-artículo 79 parágrafo único de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia); o bien la investigación podrá tener una duración de cuatro meses, más la prórroga ordinaria y la extraordinaria, en los supuestos en que la medida de coerción personal decretada sea una medida cautelar sustitutiva a la privación judicial preventiva de libertad, o se haya otorgado una libertad sin restricciones (artículos 79 y 103 eiusdem)

Ahora bien, cuando el procedimiento se inicie directamente ante el Ministerio Público, bien sea mediante la interposición de la denuncia por parte de la mujer agraviada o de algunas de las personas legitimadas para hacerlo (artículo 70 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia) o bien de oficio en los supuestos que el Ministerio Público tenga conocimiento de cualquier modo del hecho punible; los cuatro meses para la duración de la fase preparatoria, comenzarían a contarse a partir de la fecha en que se dicta la orden de inicio de tal investigación, siempre que en el desarrollo de la referida investigación existan actos de procedimiento que de manera inequívoca permitan individualizar el presunto sujeto activo del delito como autor o partícipe de un hecho punible investigado.

Cuando el proceso penal se inicie con ocasión de la interposición de una querrela, por parte de la mujer víctima de violencia o de sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de conformidad con

el artículo 82 de la referida Ley Orgánica, en caso de que éstas se encuentren imposibilitadas legal o físicamente para hacerlo; el lapso inicial de cuatro meses para concluir la fase preparatoria del proceso, deberá contarse desde que el Ministerio Público ordene el inicio de la correspondiente investigación, orden que deberá efectuar tan pronto sea notificado por parte del tribunal de control de la interposición de la mencionada querrela.

En los supuestos que el imputado debidamente individualizado mediante los actos iniciales del proceso, o en aquellos sobre los cuales exista una solicitud de orden de aprehensión, debidamente acordada por el órgano jurisdiccional, el límite temporal para la conclusión de la fase preparatoria solo podrá computarse a partir del momento en que se haga efectiva su detención, pues sólo en ese momento será a partir del cual el procesado se encuentre a derecho, pudiendo cumplir con las cargas y deberes que le impone su condición de imputado, siendo además ese el momento donde podrá continuarse con el proceso, debido a la prohibición de juicio en ausencia.

Por tanto, salvo los casos de investigaciones donde el o los imputados, se encuentren individualizados y evadidos del proceso penal; es la individualización del investigado mediante actos concretos que de manera inequívoca le atribuyan la condición de imputado -lo cual se puede corresponder o no con el acto de imputación formal-, lo que delimita y actualiza los límites temporales, que para la conclusión de la fase preparatoria, prevén como se indicó ut supra, los artículos 79 y 103 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, pues sólo ello activa a favor de éste la garantía de seguridad jurídica que le otorga el ordenamiento jurídico, para solicitar la culminación, en los plazos de ley, de la fase preparatoria en el proceso penal especial previsto en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

1.2 Consecuencia Jurídica de La Presentación Tardía Del Acto Conclusivo.

1.2.1 Inadmisibilidad de la Acusación.

Una de las solicitudes más frecuentes es la solicitud de inadmisibilidad en los supuestos de mora en la presentación de la acusación fiscal como acto

conclusivo de la fase preparatoria. Sin embargo es de advertir, que si bien el proceso penal regulado en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y el Código Orgánico Procesal Penal, rige el principio de la preclusión, conforme al cual se busca una ordenación adecuada de los diferentes actos que deben sucederse durante el proceso; en ambos instrumentos legales la declaratoria de inadmisibilidad del escrito acusatorio; no constituye una consecuencia jurídica expresamente regulada, pues frente a la mora en la presentación tardía del escrito de acusación, los efectos jurídicos que en todo caso, de ella se derivan, varían dependiendo del tipo de medida de coerción personal que pese sobre el imputado.

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, refiriéndose al proceso penal ordinario del cual se nutre el procedimiento especial previsto en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en decisión No. 586 de fecha 9.4.2007, precisó:

“...Esta alzada deberá decidir en relación con el punto único de impugnación que, de acuerdo con los propios términos de la apelación, expresó el recurrente, consistente en la omisión de valoración, por parte de la primera instancia, del alegato que expresó el quejoso, afirmativo de la ilegalidad de la admisión de la acusación fiscal, por parte del Tribunal de Control, por razón de que la representación fiscal habría presentado dicho acto conclusivo, fuera el lapso legal respectivo. Para su decisión, la Sala estima que es pertinente la expresión de las siguientes consideraciones: (...)

2. En lo que concierne al Código Orgánico Procesal Penal que comenzó su vigencia en noviembre de 2001, que era el aplicable, como quedó establecido supra, para la regulación de la preindicada Audiencia Preliminar de 30 de abril de 2003, tampoco sancionó con nulidad la extemporaneidad en la interposición del acto conclusivo fiscal y tampoco estableció, como consecuencia jurídica de dicha mora, la inadmisibilidad definitiva de la acusación pública. En efecto,

2.1 Si, dentro del procedimiento ordinario, en la ocasión de la presentación del imputado ante el Tribunal de Control, éste hubiera decretado o confirmado medida preventiva de privación de libertad contra dicha

parte, el Ministerio Público tenía los lapsos que señalaba el artículo 250 del referido Código, para la consignación del acto conclusivo, vencidos los cuales, sin que la representación fiscal hubiera consignado la acusación, la resolución de archivo fiscal o la solicitud de sobreseimiento, la consecuencia jurídica de ello era el decaimiento de la predicha medida cautelar y el Juez de Control tenía que decretar la libertad, plena o con restricciones, del encausado; ello, sin perjuicio de que el Fiscal pudiera presentar, posteriormente, su acto conclusivo. En el caso del procedimiento especial de flagrancia, el vencimiento del plazo que establecía el artículo 373 eiusdem, sin que el acusador público hubiera consignado el acto conclusivo correspondiente acarrearba, igualmente, la revocación de la medida cautelar privativa y el Juez debía decretar la inmediata libertad, plena o con restricciones, del procesado; ello, conforme a doctrina que esta Sala estableció en fallos como el n.o 08, de 14 de enero de 2004, y el 2298, de 24 de septiembre del mismo año;

2.2 Si, en la audiencia de presentación del imputado, éste no era sometido a medida judicial preventiva de privación de libertad, entonces los plazos para la presentación del acto conclusivo eran los que el legislador dispuso en los artículos 313 y 314 del Código Orgánico Procesal Penal. Así las cosas, luego del vencimiento de los periodos que establecía el artículo 314 del Código de 2001, sin que el Ministerio Público hubiera consignado el acto conclusivo correspondiente, la consecuencia jurídica de ello tampoco era la preclusión de la acusación y la consiguiente inadmisibilidad definitiva de la misma, pues, en dicho caso, lo que derivaba de la mora fiscal era el decreto de archivo judicial, lo cual ni impedía la reanudación de la investigación, previa autorización judicial y, eventualmente, la presentación de la acusación.

2.3 Por último, en relación con la denuncia que se examina, debe señalarse que el único supuesto de acuerdo con el cual la mora fiscal habría producido la extinción de la acción penal y, por ende, la inadmisibilidad definitiva de la acusación, es el que preceptúa el artículo 110 del Código Penal, el cual, en el asunto de autos, era manifiestamente inaplicable, por razón del término de prescripción aplicable según el artículo 108 eiusdem, de manera que ni siquiera con base en el precitado texto legal, habría podido esperarse que prosperara la pretensión de tutela que se materializaría en la declaración de nulidad de la antes señalada Audiencia Preliminar, por razón de la admisión, con ocasión de la misma, de una acusación fiscal supuestamente inadmisibile. Así se declara...”.

1.2.2. Archivo Judicial de la Investigación.

Asimismo es común observar que en algunos casos, se ha tratado de sostener que la consecuencia jurídica de la presentación tardía del acto conclusivo, la constituye el archivo judicial de la causa, como un efecto jurídico expresamente regulado en el artículo 103 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Sin embargo, esta tampoco nos parece la solución más lógica y ajustada al espíritu y propósito de la ley especial, pues el retardo o mora en la presentación del acto conclusivo, no puede arrastrar como consecuencia la aplicación de la figura del archivo judicial, pues mal podría concluirse, a través de una figura excepcional como lo es el archivo judicial, una investigación que ya se encontraba concluida, aún y cuando dicha conclusión obedeciera a la presentación tardía del acto conclusivo correspondiente.

Ello se afirma así, por cuanto entre la figuras de la omisión y el retardo, existen marcadas diferencias y por consiguiente sus consecuencias jurídicas son distintas, pues la omisión comporta un abandono total de la obligación que por ley le corresponde al Estado cumplir a través de alguno de sus órganos -en este caso al Ministerio Público-, con una determinada actividad. En tanto el retardo, constituye un retraso, una mora justificada o no, en relación a la oportunidad procesal, que dicho órgano tenía, para llevar a cabo una determinada actividad a la que se estaba obligado por ley, y que sencillamente no ejecutó en el plazo legal, es decir, no se trata de un abandono definitivo o per se, como curre en los supuestos de la omisión. En el retardo lo que existe, es un retraso temporal que excusable o no, nunca se perpetúa en el tiempo.

Por tanto, la presentación tardía del escrito acusatorio, es decir, fuera de los lapsos previstos en los artículos 79 y 103 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; no da lugar al posterior decreto del archivo judicial, pues no se trata de un supuesto de omisión como se acaba de explicar; sino de retardo, no pudiéndose decretar judicialmente la conclusión de una fase de investigación, que ya se encontraba concluida aún cuando fuera tardíamente; pues los únicos efectos o consecuencias jurídicas que el legislador penal expresamente prevé para los casos de mora fiscal o presentación tardía del acto conclusivo, van

referidos en principio a la medida de coerción personal que pesa sobre el procesado.

En tal sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante decisión No. 1395 de fecha 22.07.2004, en relación con el retardo en la presentación de la acusación en el procedimiento ordinario, expresó:

“... Respecto del pronunciamiento que se acaba de reproducir parcialmente, debe la Sala advertir que el vencimiento del plazo prudencial que establece el artículo 213 (sic) del Código Orgánico Procesal Penal –y de las prórrogas, si las hubiere-, sin que el Ministerio Público hubiere presentado el correspondiente acto conclusivo, no da lugar, como correctamente lo percibió la legitimada pasiva, a la caducidad de la acción y al correspondiente efecto extintivo de la misma, **sino al decaimiento de las medidas cautelares que estuvieren vigentes, la cesación de la condición de imputado...**”.

1.2.3. Caducidad de la Acción Penal.

También es frecuente ver como, frente a las presentaciones tardías del acto conclusivo, la defensa de los imputados suele excepcionarse de la acción penal ejercida en contra de sus representados mediante la excepción de acción promovida ilegalmente por caducidad de la acción penal (artículo 28.4 literal “h” del código Orgánico Procesal Penal).

Dicha conclusión, jurídicamente resulta igualmente inviable, pues el ejercicio de la acción penal comporta consigo el ejercicio del derecho *al ius puniendi*, que en nombre del Estado ejerce el Ministerio Público en contra de todo aquel que presuntamente ha incurrido en la comisión de un hecho catalogado por la ley penal como delito.

En este sentido, cuando la acción penal se materializa a través de un acto conclusivo como lo pudiera ser el escrito de acusación fiscal, los lapsos a los que está sometido éste acto conclusivo, conforme lo dispuesto en los artículos 79 y 103 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; no se corresponden ni en su duración, ni en su finalidad, a lo que prevé el artículo 108 del Código Penal para el ejercicio del *ius puniendi*.

En razón de ello, la presentación tardía del acto conclusivo, tampoco actualiza el obstáculo para el ejercicio de la acción penal previsto en el artículo 28.4.h del Código Orgánico Procesal Penal; referido a la caducidad de la acción penal.

En efecto, el instituto de la caducidad concebido en su acepción procesal pura, constituye la extinción del derecho de acción por el transcurso del tiempo. Se trata de una figura jurídico-procesal, a través de la cual, el legislador, en uso de sus potestades limita en el tiempo el derecho de accionar que corresponde al Estado y a los particulares, para acceder a la jurisdicción con el fin de hacer valer sus derechos y pretensiones y obtener de éstos una la tutela judicial y efectiva de los mismos.

Su fundamento o justificación, está en la necesidad de otorgar al conglomerado social seguridad jurídica, pues en la medida que el derecho de accionar se supedita a lapsos legales, fatales e ininterrumpibles, se evita que las acciones para el reclamo del derecho material, queden abiertas de manera indefinida. Por ello, se afirma que la caducidad no otorga derechos subjetivos, sino que por el contrario, apunta a la protección de un interés general, como lo es, el principio general de seguridad jurídica inmerso en el texto constitucional (Vid. Sentencia No. 578 de fecha 30.03.2007, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia).

En relación al instituto de la caducidad, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante decisión No. 691 de fecha 02.06.2009, precisó lo siguiente:

“...De lo anterior se desprende claramente que lo que está sometido a la revisión constitucional de esta Sala guarda relación con el lapso de caducidad, el cual es un aspecto de orden público dentro del proceso, dado su contenido ordenador y su vinculación con la seguridad jurídica que tiene que garantizar todo sistema de administración de justicia. Así, la Sala en sentencia N° 1.167 del 29 de junio de 2001, caso: ‘Felipe Bravo Amado’, se pronunció en relación a la caducidad de la acción en los siguientes términos:

‘(...) La acción es el derecho de las personas a exigir de los órganos jurisdiccionales, mediante el proceso, la resolución de una controversia o de una petición, independientemente de que obtengan o no sentencia

favorable. La acción pone en movimiento a la jurisdicción y una de las formas de su extinción es la sentencia que finaliza definitivamente el proceso. Con el ejercicio del derecho de acción se crea en el Estado, por intermedio del órgano jurisdiccional competente, la obligación de prestar la función jurisdiccional.

La ley muchas veces exige que ese derecho sea ejercido en un determinado lapso, y si no se incoa en dicho tiempo, la acción deviene en inadmisibles y la tutela jurídica del Estado, invocada por el accionante, no tiene lugar, si ella se ejerce después de vencido el plazo. A ese término fatal se le llama caducidad, y es un plazo en el cual se debe realizar la actividad que la ley previno para el lapso, cual es -en el caso de la acción- interponerla formalmente con la pretensión que mediante ella se hace valer. Si ello no ocurre, la acción caduca y se extingue, al igual que la pretensión que por medio de ella se proponía deducir (...).

Igualmente, se ha afirmado que la finalidad del lapso de caducidad es la materialización de la seguridad jurídica y el aseguramiento, de esa forma, de que tras el transcurso del lapso que preceptúa la ley, se extinga el derecho de toda persona al ejercicio de la acción que el ordenamiento jurídico le proporcione; ello para evitar que acciones judiciales puedan proponerse indefinidamente en el tiempo, lo cual incidiría negativamente en la tutela de la seguridad jurídica (Vid. Sentencia de esta Sala N° 727 del 8 de abril de 2003, caso: ‘Osmar Enrique Gómez Denis’).

Esta Sala Constitucional ha precisado que los lapsos procesales establecidos en las leyes y aplicados jurisdiccionalmente son elementos temporales ordenadores del proceso, esenciales al mismo y de eminente orden público...”.

Ahora bien, trasladados los anteriores conceptos al derecho procesal penal, debe indicarse que el ejercicio del derecho de acción, a través del cual el Ministerio Público en representación del Estado, ejerce el derecho material conocido como “*ius puniendi*”; no se ve impedido u obstaculizado por el hecho de que la acusación penal, como acto conclusivo de la fase de investigación, haya sido presentado tardíamente (mora fiscal), es decir, fuera de los lapsos previstos en los artículos 79 y 103 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, pues incluso aún en los casos, en que esa presentación tardía se haya efectuado con posterioridad al decreto del archivo judicial, existe para el

Estado representado en el Ministerio Público, la posibilidad de reaperturar nuevamente la investigación, cuando previa autorización judicial, surjan nuevos elementos que justifiquen la continuación de la investigación, al punto que la acusación inicialmente omitida, sea oportunamente presentada en esta nueva oportunidad.

En tal sentido, la parte *in fine* del artículo 103 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia dispone:

Prórroga extraordinaria por omisión fiscal.

Artículo 103.

...omissis...

Transcurrida la prórroga extraordinaria a que se refiere el presente artículo, sin actuación por parte del Ministerio Público, el Tribunal de Control, Audiencia y Medidas decretará el archivo judicial, conforme a lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal.

Mientras que la parte del único aparte del artículo 314 del Código Orgánico Procesal Penal, aplicable supletoriamente conforme a lo dispuesto en el artículo 64 de la referida Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, prevé:

Artículo 314. Prórroga.

...Omissis...

(...) La investigación sólo podrá ser reabierta cuando surjan nuevos elementos que lo justifiquen, previa autorización del juez o jueza.

Acorde con lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión No. 586 de fecha 09.04.2007, precisó:

“... Si, en la audiencia de presentación del imputado, éste no era sometido a medida judicial preventiva de privación de libertad, entonces los plazos para la presentación del acto conclusivo eran los que el legislador dispuso en los artículos 313 y 314 del Código Orgánico Procesal Penal. Así las cosas, luego del vencimiento de los periodos que establecía el artículo 314 (...) sin que el Ministerio Público hubiera consignado el acto

conclusivo correspondiente, la consecuencia jurídica de ello tampoco era la preclusión de la acusación y la consiguiente inadmisibilidad definitiva de la misma, pues, en dicho caso, lo que derivaba de la mora fiscal era el decreto de archivo judicial, lo cual ni impedía la reanudación de la investigación, previa autorización judicial y, eventualmente, la presentación de la acusación. (...) **el único supuesto de acuerdo con el cual la mora fiscal habría producido la extinción de la acción penal y, por ende, la inadmisibilidad definitiva de la acusación, es el que preceptúa el artículo 110 del Código Penal**, el cual, en el asunto de autos, era manifiestamente inaplicable, por razón del término de prescripción aplicable según el artículo 108 eiusdem, de manera que ni siquiera con base en el precitado texto legal, habría podido esperarse que prosperara la pretensión de tutela que se materializaría en la declaración de nulidad de la antes señalada Audiencia Preliminar, por razón de la admisión, con ocasión de la misma, de una acusación fiscal supuestamente inadmisibile. Así se declara...”.

Por tanto, conforme al criterio jurisprudencial *ut supra* expuesto se concluye que en el proceso penal, el único supuesto de caducidad de la acción penal, existe o tiene lugar, cuando ha transcurrido el lapso de prescripción especial, judicial o extraordinaria, que prevé la parte in fine del primer aparte del artículo 110 del Código Penal, pues aún y cuando la ley se refiere a éste como un lapso de prescripción, el mismo se trata propiamente de un lapso de caducidad, por cuanto se trata de un lapso fatal que no es objeto de interrupción, y que una vez consumado o verificado, impide intentar la acción penal para el juzgamiento del correspondiente delito.

Acorde con lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual mediante decisión No. 165 de fecha 28.02.2008, señaló:

“...En tal sentido, para el cálculo de la prescripción ordinaria de la acción penal, el juez cumplirá lo dispuesto en el artículo 110 del Código Penal, para realizar un análisis de los actos que interrumpen la prescripción ordinaria, como lo son la sentencia condenatoria, la requisitoria que se libre contra el imputado si éste se fugare, la citación que como imputado practique el Ministerio Público, la instauración de la querrela por parte de la víctima o de cualquier persona a quien la ley reconozca con tal carácter y, las diligencias procesales que le sigan, actos éstos que interrumpen el cálculo ordinario de la prescripción, por lo cual no puede operar la

prescripción ordinaria de la acción, mientras ocurran actos procesales subsiguientes que mantengan vivo el proceso. Asimismo, el artículo 110 eiusdem, dispone el cálculo para determinar la prescripción extraordinaria de la acción, el cual será igual al tiempo de la prescripción aplicable más la mitad del mismo. Al respecto, esta Sala Constitucional en sentencia N° 1.118 del 25 de junio de 2001, antes reseñada, estableció la conceptualización de la prescripción judicial o procesal; como un término de caducidad y no de prescripción propiamente '(...) por ser ininterrumpible por actos procesales'.

Ciertamente, esta Sala Constitucional mediante decisión N° 1.118 del 25 de junio de 2001, caso: 'Rafael Alcántara Van Nathan', indicó que: (...)

El comentado artículo 110 del Código Penal, y debido a que el proceso penal, en caso de fallo condenatorio restringe la libertad, garantiza al reo la extinción del proceso, si éste se prolongase por un tiempo igual al de la prescripción de la acción, más la mitad del mismo, y siempre que la dilación judicial ocurra sin culpa del reo. A esta extinción la llama el artículo 110, prescripción.

En realidad, la figura del artículo 110 comentado, no se trata de una prescripción, ya que la prescripción es interruptible, y este término no puede interrumpirse. Más bien se trata de una forma de extinción de la acción derivada de la dilación judicial. La fórmula también se aplica cuando la ley establece un término de prescripción menor de un año, y si desde el día en que comenzó a correr la prescripción no se dicta sentencia condenatoria en el término de un año, se tendrá por 'prescrita' (extinguida) la acción penal.

A juicio de esta Sala no se trata realmente de prescripciones, sino de extinciones de las acciones, por decaimiento de las mismas, debido a la falta de impulso pleno del proceso, hasta el punto que transcurre el tiempo y no se dictan sentencias definitivas.

Se trata de la prolongación del proceso por causas imputables al órgano jurisdiccional, ya que si la dilación es atribuible al reo, el lapso extintivo no corre. Pero, a juicio de esta Sala, la prolongación puede resultar del proceso que se paraliza, y por ello se prolonga sin culpa del reo, a quien no se le sentencia, lo que puede causar la extinción de la acción.

En el proceso penal no existe la figura de la perención de la instancia. No puede pensarse en una causa penal que se paralice (aunque podría

sucedan), y menos con el sistema del Código Orgánico Procesal Penal, así el proceso penal comience en la fase investigativa, como lo señala el artículo 292 del Código Orgánico Procesal Penal.

Es más, la disposición del artículo 110 del Código Penal bajo comentario, abarca procesos en pleno desarrollo (...)”....”.

Por su parte, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia mediante decisión No. 575 de fecha 19.06.2006, ha ratificado dicha postura al señalar:

“...El Código Penal en los artículos 108 y 110 regula los presupuestos para el cálculo e interrupción de la prescripción de la acción penal, por tal motivo se han precisado dos circunstancias para su establecimiento: la primera referida al transcurso del tiempo y a la falta de acción de los órganos jurisdiccionales sobre una determinada causa (prescripción ordinaria); mientras que la segunda, relativa al transcurso del juicio, cuando sin culpa del imputado se prolongare por un tiempo igual al de la prescripción aplicable más la mitad del mismo (prescripción judicial).

Para el cálculo de la prescripción ordinaria de la acción penal, el juez cumplirá lo dispuesto en el artículo 110 del Código Penal, para realizar un análisis de los actos que interrumpen la prescripción ordinaria: la sentencia condenatoria, la requisitoria que se libre contra el imputado si éste se fugare, la citación que como imputado practique el Ministerio Público, la instauración de la querrela por parte de la víctima o de cualquier persona a quien la ley reconozca con tal carácter y, las diligencias procesales que le sigan, son actos que interrumpen el cálculo ordinario de la prescripción.

Así mismo, en el referido artículo se dispone el cálculo para determinar la prescripción extraordinaria de la acción, el cual será igual al tiempo de la prescripción aplicable más la mitad del mismo, Al respecto, la Sala Constitucional en la sentencia N° 1.118 del 25 de junio de 2001, estableció la conceptualización de la prescripción judicial o procesal; como un término de caducidad y no de prescripción propiamente: “por ser ininterrumpible por actos procesales”.

De manera tal, que la caducidad de la acción penal, sólo se actualiza y es oponible, en los supuestos que el proceso penal se haya dilatado por un tiempo igual al de la prescripción aplicable al delito imputado (ex-artículo

108 del Código Penal), más la mitad del mismo, siempre y cuando dicha dilación no obedezca a causas imputables al reo.

Colofón.

Finalmente y como consecuencia del orden de ideas anteriores, estimamos oportuno concluir lo siguiente:

1.- En los procesos penales seguidos bajo el procedimiento especial previsto en la ley de violencia de género, en los cuales se haya dictado medida de privación judicial preventiva de libertad en contra del imputado, la duración de la fase preparatoria será de treinta (30) días, contados a partir de la decisión judicial que decretó la medida, lapso éste prorrogable por quince (15) días más, previa solicitud fiscal debidamente fundada y presentada con al menos cinco días de anticipación al vencimiento del lapso inicial.

2.- Cuando se trate de procesos penales, en donde se haya decretado la medida cautelar sustitutiva a la privación judicial preventiva de libertad, o exista un juzgamiento en libertad sin restricciones; la fase de investigación está supeditada en cuanto a su duración, a dos plazos: Un plazo de duración inicial de hasta cuatro meses con una prórroga adicional que puede ir de quince a noventa días; y finalmente una prórroga extraordinaria que opera, en los casos en que vencidos el plazo inicial o éste y su prórroga adicional, no se haya presentado el correspondiente acto conclusivo.

3.- El plazo inicial de cuatro meses que tiene el Fiscal para concluir la fase preparatoria del proceso, debe empezar a contarse desde el momento de la individualización del imputado, la cual se verifica con el acto o los actos iniciales que dan origen al proceso los cuales pueden o no corresponderse con el acto de imputación formal, pues sólo la individualización del investigado mediante un acto concreto de la investigación activa a favor de éste la garantía de seguridad jurídica que le otorga el ordenamiento jurídico, para solicitar la culminación en los plazos de ley de la fase preparatoria en el proceso penal especial previsto en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

4.- La aplicabilidad de la prórroga extraordinaria a la que se refiere el artículo 103 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, no requiere el agotamiento previo y simultáneo tanto del plazo inicial, como de la prórroga adicional regulados en el artículo 79 “*eiusdem*”; pues el otorgamiento del tiempo de prórroga adicional constituye una potestad exclusiva del Ministerio Público.

5.- Vencido el lapso de cuatro meses establecido en el artículo 79 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, se haya solicitado o no la prórroga adicional, el Juez de Control, Audiencia y Medidas deberá activar el mecanismo de la prórroga extraordinaria, previsto en el artículo 103 “*eiusdem*”.

6.- La presentación tardía del escrito acusatorio, no comporta la inadmisibilidad de la misma, por extemporaneidad, pues ello no aparece dispuesto como consecuencia jurídica ni en la Ley Especial, ni en el Código Orgánico Procesal Penal.

7.- En el supuesto de retraso en la presentación del escrito acusatorio, no puede dictarse el archivo judicial de las actuaciones, pues dicha figura está reservada únicamente para los casos de omisión fiscal.

8.- La presentación tardía del escrito acusatorio tampoco arrastra la caducidad de la acción penal, pues el único supuesto de caducidad, existe o tiene lugar, cuando ha transcurrido el lapso de prescripción especial, judicial o extraordinaria, que prevé la parte in fine del primer aparte del artículo 110 del Código Penal.

9.- Sólo en aquellos supuestos en que se haya verificado la omisión fiscal, por el transcurso del lapso inicial (artículo 79), así como de la prórroga extraordinaria (artículo 103), debe decretarse el archivo judicial de las actuaciones, pues así está establecido expresamente.

10.- La falta de presentación oportuna del acto conclusivo, solamente incide en el decaimiento de la medida y el otorgamiento de la libertad sin restricciones al imputado (s) o la sustitución de ésta por una medida cautelar sustitutiva o alguna de las medidas de protección y seguridad de las

previstas en los artículos 91 y 92 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, cuando a los fines de garantizar las resultas del proceso así lo considere el respectivo Juez o Jueza de Instancia.

Finalmente, es necesario enfatizar que la importancia del acto que concluye la investigación, en los delitos de violencia cometidos en razón del género, no resulta un simple acatamiento de los límites temporales dispuestos en la ley; sino fundamentalmente una garantía para la concreción de la justicia en materia de violencia contra la mujer, en el marco de un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia como el nuestro.

Este libro se terminó de imprimir el mes de abril de 2012
en los talleres
Se imprimieron

Nuevos avances sobre arbitraje en Venezuela

Análisis práctico a recientes sentencias de la Sala Constitucional

*Gilberto A. Guerrero-Rocca**

Sumario:

Aplicación inmediata del efecto negativo del Principio *Kompetence-Kompetence*; medidas cautelares antes y después de la conformación del panel arbitral; flexibilidad en la renuncia al acuerdo arbitral; falta de jurisdicción de los tribunales locales y continuidad del procedimiento arbitral; aparente innecesidad de “*anti suit injunctions*”; nueva postura “pro arbitraje” de la Sala Político Administrativa; consolidación del arbitraje como el mejor mecanismo en materia arrendaticia comercial; recurribilidad de la sentencia que resuelva un recurso de nulidad contra un laudo arbitral

I. Ámbito general de los avances:

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo “SC”), ha dictado una serie de importantes decisiones, en donde destaca la N° 1.067/2010, publicada con carácter *vinculante* en la Gaceta Oficial

de la República N° 39.561 del 26 de Noviembre de 2010 (en lo sucesivo la “Sentencia 1.067”)¹ en materia de **arbitraje comercial**, con un notable y beneficioso impacto en la **sana operatividad** del medio alternativo.

Ello debido, principalmente, al reconocimiento definitivo en nuestro foro:

- (i) De la aplicación inmediata al efecto negativo del Principio *Kompetence-Kompetence*²;
- (ii) La admisión de medidas cautelares antes de la conformación del respectivo panel arbitral (sin que tal solicitud por ante los tribunales locales constituya una “*renuncia*” o “*waiver*” al pacto arbitral)³. También la posibilidad de obtener medidas cautelares ante el árbitro de emergencia del centro escogido (si así se encuentra previsto en el Reglamento del Centro de Arbitraje seleccionado en la cláusula contractual);
- (iii) Coherente con lo anterior, la admisión y *constitucionalidad* de los *árbitros de emergencia* para procurar la obtención de medidas cautelares;

* Abogado (UCAB, “Summa Cum Laude”, 1997). Especialista en D° Administrativo. (UCAB, 2000). Master en D° de los Negocios. (ICAM- UFV. España, 2003). Profesor de Arbitraje Nacional e Internacional (UCAB). Autor de diversas obras y monografías. Abogado Asistente de la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia y de su Sala Constitucional. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. El presente trabajo constituye un apretado resumen a la exposición efectuada en el Comité de Arbitraje de la Cámara Venezolano Americana de Comercio e Industria (Venamcham). Caracas, 7 Dic. 2010.

¹ Para consultar el texto íntegro de la sentencia puede leerse el libro “Venezuela en el Contexto del Arbitraje. Jurisprudencia de la Sala Constitucional y Laudos Internacionales Relevantes”. de la Dra. LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO. Serie Normativa N° 10. Fundación Gaceta Forense. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2011.

² Para conocer sobre el tratamiento inicial que nuestro foro otorgaba al principio en estudio, recomendamos el trabajo de HERNANDO DÍAZ-CANDIA ““*Why Has Kompetenz-Kompetenz Not Been Fully Recognized In Practice in Some Developing Countries? The Venezuelan Example*”. Journal of International Arbitration, Vol.24. Kluwer Law International. 2007. Y para profundizar sobre el efecto negativo del Principio bajo estudio no puede faltar la lectura de EMMANUEL GAILLARD, y YAS BANIFATEMI, “*Negative Effect of Competence-Competence: The rule of Priority in Favor of the Arbitrator*” en la obra “*Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, the New York Convention in Practice*”, Editado por Emmanuel Gillard y Domenico Di Pietro. Cameron May, Londres, Reino Unido (UK). 2008.

³ Sobre la renuncia al pacto arbitral recomendamos la lectura del trabajo de MICHAEL PRYLES “*When is an Arbitration Agreement Waived?*”. Journal of International Arbitration. Kluwer Law International, Volume 27, Number 2, Abril 2010.

- (iv) La erradicación en nuestro foro del meticuloso y rígido control “judicial” al acuerdo arbitral a través de la “regulación de la jurisdicción” y, en su lugar, la aplicabilidad de un simple control “prima facie” o “preliminar”;
- (v) Una profunda flexibilización o mitigación al riguroso estándar que, sobre renuncia “tácita” al acuerdo arbitral, venía aplicando la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo “SPA”);
- (vi) Erradicó la aparente pugna o contradicción entre los tribunales ordinarios y los paneles arbitrales, más específicamente en lo relativo al auxilio en la emisión de medidas cautelares y su ejecución. En ese sentido, contribuyó al establecimiento de un régimen de complementariedad, y de control sólo en forma excepcional (entre el arbitraje y los tribunales locales);
- (vii) La desaparición en nuestro foro -sólo en la praxis- de la utilidad en la discusión sobre si la existencia de un acuerdo arbitral constituye un problema de “competencia” o de “jurisdicción” respecto al Poder Judicial, debido a que la decisión que deben tomar las cortes locales (incluyendo a la SPA) se limitará –ahora debido a la sentencia 1.067- a un control “preliminar”, y que no imposibilita a las partes – en paralelo- de obtener protección cautelar (ante los tribunales locales o ante árbitros de emergencia, según los casos) e, inclusive, tampoco las limita de iniciar la conformación del panel arbitral. Con lo cual, pierde así utilidad la vieja discusión sobre la vía que debe aplicarse a la “incidencia” que se genera cuando -en sede judicial- se opone la existencia de un pacto arbitral ante el tribunal local, lo cual se decantaba entre un problema de competencia o de jurisdicción; o inclusive, como una causal de “prohibición de la ley de admitir la acción en sede judicial”.

Ahora, a partir de la Sentencia 1.067, se garantiza que el inicio de una demanda ordinaria (ante juez local, y en contravención a la cláusula arbitral de un contrato), no detenga o paralice el procedimiento arbitral ya en curso, o en vísperas de iniciarse. Ello, ni siquiera en el supuesto

que se instaure una incidencia por regulación de la jurisdicción ante la SPA.

La Sentencia 1.067, además de las contribuciones anteriores, **procedió a ratificar y consolidar importantes avances jurisprudenciales**⁴ sobre la materia arbitral en nuestro foro: A la Sentencia N° 572/2005 (caso “Coinmarca”); Sentencia N° 1.121/2007 (caso “Punto Fuerte”); Sentencia N° 192/2008 (caso “Ley Indecu”); Sentencia N° 1.541/2008 (caso “Art. 22 LPPP”. Publicada con carácter vinculante en la Gaceta Oficial de la República N° 39.055 del 10 de Noviembre de 2008) y Sentencia N° 462/2010 (caso “CEDCA 1”), en cuanto al:

- (i) Principio interpretativo “*Pro Arbitraje*” que vincula y obliga al operador judicial venezolano;
- (ii) La necesaria precisión o aclaratoria que al admitirse la “*constitucionalización*” de los Medios Alternativos para la Resolución de Conflictos⁵, se postula el “*derecho de acceso a ellos*” dentro de la noción de “*tutela judicial efectiva*”; pero con la importante salvedad que lo anterior no significa la desnaturalización del arbitraje, al punto de postular una sustitución de sus reglas, principios, mecanismos y elementos de control, por otros -ajenos al arbitraje- por su pretendida “*naturaleza constitucional*” (e.g. el amparo constitucional versus recurso de nulidad. Avance tempranamente iniciado con votos salvados en los casos “*Nokia*” en Sentencia N° 3.610/2005 y caso “*Haagen Dasz*” en Sentencia N° 174/2006”);
- (iii) Que el recurso de nulidad contra un Laudo – que conoce un juez ordinario, i.e. Juez Superior ex Artículo 43 LEY DE ARBITRAJE

⁴ Para una revisión de la evolución jurisprudencial de la Sala Constitucional en materia de arbitraje, léase nuestro trabajo “Breve resumen al Tratamiento Jurisprudencial de la Sala Constitucional venezolana sobre arbitraje”, en la Revista de Derecho N° 27 del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2008.

⁵ Para profundizar sobre el impacto de la llamada “constitucionalización de los medios alternativos en Venezuela”, recomendamos el trabajo de EUGENIO HERNÁNDEZ-BRETÓN “*Constitución y Arbitraje: El Arbitraje como Derecho Fundamental*”. En Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones técnicas y experiencias prácticas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Comité Venezolano de Arbitraje. Serie Eventos N° 18, Caracas 2005.

COMERCIAL- puede proveer sobre aquellas denuncias que – inclusive- sean “*subsumibles en razones de inconstitucionalidad*”, descartándose así al amparo constitucional o a la revisión constitucional contra Laudos (Vid. Sentencia N° 462/2010, caso “*Cedca I*”). Punto sobre el cual volveremos (*infra*);

- (iv) El establecimiento del principio por el cual toda decisión o interpretación judicial que esté reñida con todo lo anterior, deviene en una insalvable “*inconstitucionalidad*” (Principio o cláusula de protección constitucional al arbitraje);
- (v) El reconocimiento a la aplicabilidad en nuestro foro de los principios *Kompetenz-Kompetenz* y *Separabilidad*. Aunque (*infra*) mejor desarrollados –en la praxis- por la Sentencia 1.067 (*infra*), dado que ésta no se limitó a su mero reconocimiento y “*proclamación*”, sino que les otorgó un efecto práctico procesal invalorable. Más particularmente, respecto a los resultados inmediatos que se desprenden del efecto negativo del Principio *Kompetenz-Kompetenz*, y a la erradicación de la práctica que, hasta entonces, venía realizando la SPA al momento de decidir una regulación de la jurisdicción⁶.
- (vi) Igualmente, la Sentencia 1.067 insistió sobre la compatibilidad entre el Arbitraje y las materias “*sensibles*” o sometidas al principio tuitivo (e.g. laboral, arrendamiento, operaciones inmobiliarias, consumo, etc.), ratificando que el estándar aplicable para conocer si alguna materia es arbitrable, es la del “*test*” del conocimiento del juez ordinario (i.e. “*si puede conocer un juez, también un árbitro*”) y la diferenciación que existe de tal conocimiento con el de las competencias administrativas de los entes públicos⁷.

⁶ Para profundizar sobre la aplicabilidad de los principios de *Kompetence-Kompetence* y *Separabilidad* recomendamos la lectura de TIBOR VÁRADY, JOHN BARCELÓ III, y ARTHUR VON MEHREN. “*International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*”. 4th Edition. West Publishing, Thompson West. St. Paul, 2006, y a PEDRO MARTÍNEZ-FRAGA, en su magnífica obra “*The American Influence on International Commercial Arbitration*”. Cambridge University Press. NY, 2009. También conviene la lectura de FRANCISCO GONZALES DE COSSÍO. “*El Principio Competence-Competence Revisado*”, en la Revista de la Corte Española de Arbitraje, (ISSN 0213-2761), 2007.

- (vii) También, la sentencia bajo análisis consolidó el reconocimiento a los poderes cautelares de los Árbitros; aunque, en esta ocasión con un visible avance y profundización en el tema (*infra*.) al avalarse la existencia de *árbitros de emergencia*⁸ en los Centros de Arbitraje⁹.
- (viii) Incluso, la misma sentencia ratificó la constitucionalidad de la exigencia de una caución, para el supuesto que se solicite la suspensión en la ejecución de un Laudo; ello debido a la compatibilidad de la exigencia con los principios procesales constitucionales relativos a la tutela judicial efectiva, justicia gratuita y, la eliminación del principio “*solve et repete*” (Vid. Sentencia 1.121/2007).

⁷ Respecto a la aplicabilidad del arbitraje en materias sensibles como arrendamiento, consumo laboral, e inmobiliario en general, léase nuestras publicaciones “*Tratado de Derecho Arrendaticio Inmobiliario*”. 3era edición. Tomo II. Publicaciones UCAB, Caracas, 2006. “El Arbitraje Arrendaticio”. Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia, N° 3. Caracas, 2001. “¿Siguen siendo el Arbitraje un medio alternativo para la Resolución de Conflictos en Materia Arrendaticia? (comentarios al tratamiento jurisprudencial)”. Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia, N° 18. Caracas, 2005. y “*El Arbitraje en materia Laboral: más allá de lo previsto en la nueva LOPT*” http://www.pgr.gov.ve/Doctrina/Opiniones/materia_laboral_leyorganica.htm. Y más recientemente en materia arrendaticia, artículo de opinión en “Acción Empresarial”. Año 01, Edición N° 10. Agosto 2011. Caracas.

En este mismo punto relavito a la “Arbitrabilidad”, léase a PATRICK BARON y STEFAN LINIGER en “*A Second Look at Arbitrability*”, en la Revista “*Arbitration International*”, The Official Journal of the London Court of International Arbitration (LCIA), Vol. 19, N° 1, Londres, Reino Unido (UK). 2003, y a PIERO BERNARDINI, en “*The Problem of Arbitrability in General*”, en la obra editada por Emmanuel Gillard y Domenico Di Pietro. “*Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, The New York Convention in Practice*”, Cameron May, Londres, Reino Unido (UK). 2008. Así como la interesante obra de HERNANDO DÍAZ-CANDIA “El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje”. Cuando en su Título II desarrolla la “Aceptación Jurídica del Arbitraje para cuestiones de orden público, incluyendo el arbitraje contencioso administrativo”. Legis, Caracas, 2011. Y respecto a la arbitrabilidad en materia de contratos administrativos lea a RAMÓN J. ESCOBAR ALVARADO en “Arbitraje en contratos de interés público de naturaleza commercial internacional”. Libro Homenaje a Gert Kummerow. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004. y a MYRIAM SALCEDO CASTRO en “El Arbitraje en los contratos concluidos por la Administración” Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2006.

⁸ Con esto el Poder Judicial venezolano reconoce la procedencia de los árbitros de emergencia, tal y como ya lo prevén diversos Centros de Arbitraje Nacionales (i.e. CEDCA) como Internacionales (e.g. CCI, Estocolmo, ICDR de la AAA y más recientemente la ACICA, entre otros).

⁹ Sobre medidas cautelares en materia de arbitraje, léase a MICHAEL MUSTILL en “Comments and Conclusions, *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*”, The ICC International Court of Arbitration. París, 1993. Y a ALAN REDFERN en “Interim Measures” en *The Leading Arbitrators’ guide to international arbitration*. Edited by Lawrence W. Newman y Richard D. Hill. Juris Publishing, Inc, USA, 2004. En el plano de EEUU resulta relevante la lectura del caso reciente “*Sojitz Corp. v. Prithvi Info Solutions Ltd.* 2011 (NY. App. Div. Mar 10, 2011).

(ix) Por último, pero no menos importante, la Sentencia 1.067 ratifica que la relación entre el Arbitraje y los tribunales locales debe ser de *complementariedad, auxilio* y sólo –eventualmente- de *control* (e.g. asistencia para designar árbitros en arbitrajes independientes o “*Ad Hoc*”; recolección de pruebas; ejecución de medidas cautelares o ejecutivas; control del laudo vía recurso de nulidad). En ese mismo sentido, la Sentencia 1.067 postula erradicar la inútil tensión entre uno y otro, para lo cual se asistió de la ilustración formulada por Michael Mustill¹⁰ de la “*carrera de relevos*”, y las tesis de los tratadistas Bruno Oppetit¹¹ y Francisco Fernández de Cossío¹², entre muchos otros autores, a todo lo largo de su contenido. Abonando así el terreno para una conceptualización que justifica el porque no se puede seguir tratando a los pactos arbitrales como una “*excepción*” al Poder Judicial, y la razón para sostener que los jueces deben abstenerse de efectuar el análisis que sólo corresponde a los árbitros¹³ (conforme al principio *Kompetence-Kompetence*, y en salvaguarda de la garantía

¹⁰ La Sentencia 1.067 textualmente expresó lo siguiente: “...comparte esta Sala las consideraciones de MUSTILL en cuanto a que idealmente, el manejo de los conflictos arbitrables debería parecerse a una carrera de relevos. En las fases iniciales, cuando los árbitros no se han hecho cargo de la disputa, el bastón está al alcance de los tribunales, por cuanto para ese momento no hay ninguna otra organización que pueda tomar medidas para prevenir la falta de efectividad del pacto arbitral. Cuando los árbitros asumen sus funciones, toman el testigo y lo conservan hasta la expedición de un laudo. En este estadio, no teniendo funciones adicionales, los árbitros retornan el bastón de forma tal que los tribunales, en caso necesario, prestan sus poderes coercitivos para la efectividad del laudo. Pero en la vida real esto no es tan claro. Muy pocos comentaristas aseverarían en la actualidad que las funciones legítimas de los tribunales cesan íntegramente cuando los árbitros reciben el expediente y, correlativamente, muy pocos dudarían que hay un punto donde aquellos asumen un papel netamente subordinado -Cfr. MUSTILL, MICHAEL. Part III: Comments and Conclusions, Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration, The ICC International Court of Arbitration, París, 1993, p. 119 y GAMBOA MORALES, NICOLÁS. La Inmunidad Soberana de Jurisdicción en el Marco del Arbitraje Comercial Internacional. Evolución y Actualidad. Universidad del Rosario, Colombia, 2007-.”

¹¹ De quien recomendamos su obra “*Théorie de l’arbitrage*”. Editorial Presses Universitaires de France, 1998. (“*Teoría del Arbitraje*”. Edición en español). Legis Editores. Bogotá. 2006.

¹² Connotado tratadista mexicano que expone la relación entre el arbitraje y los tribunales en su obra “*El Arbitraje y la Judicatura*”. Editorial Porrúa. México. 2007.

¹³ Respecto a los problemas que se generan entre los paneles arbitrales y los tribunales locales, recomendamos la lectura de JAN PAULSON en “*Interference by National Courts*” en la compilación “*The Leading Arbitrator’s Guide to international Arbitration*.” Editado por Lawrence W. Newman and Richard D. Hill Editors. Juris Publishing, Inc. New York. 2004.

constitucional del “*juez natural*” de las partes, al haberlo pactado así en un contrato)¹⁴.

II. Postura acogida por la SC para “orientar” la regulación de la jurisdicción que venía conociendo la SPA: (i) un simple control “prima facie”; (ii) remisión inmediata a los árbitros de los cuestionamientos sobre “existencia, validez y ámbito” del pacto arbitral y; (iii) abandono a la postura rígida e inflexible de “renuncia tácita al pacto”.

La Sentencia 1.067 fijó posición – en el foro venezolano- sobre el tratamiento que deben darle los tribunales ordinarios a la oposición – en juicio - de la existencia de un acuerdo arbitral, cuando se persigue la remisión de la causa a un panel arbitral (dada la existencia de una cláusula o pacto arbitral). Con ello, la SC se apartó radicalmente del tratamiento que, hasta ese entonces, venía haciendo la SPA al momento de conocer una regulación de jurisdicción (dado que la SPA hacía un examen “*exhaustivo*” y de “*fondo*” del acuerdo arbitral).

En ese mismo sentido, la SC realizó un detenido análisis de *derecho comparado*, y optó por inclinarse por aquella solución que postula un control sencillo, “*prima facie*” o “*preliminar*” del acuerdo arbitral, concretando así un reconocimiento absoluto y práctico (a la vez) al llamado efecto negativo del principio *Kompetence-Kompetence*, y del principio de la *separabilidad*¹⁵.

¹⁴ La Sentencia 1.067, textualmente señaló que: “el análisis judicial de las instituciones del arbitraje debe abandonar cualquier postura dogmática o excluyente que genere un sobredimensionamiento del aspecto contractual que da origen al sometimiento de las partes al sistema arbitral, de forma tal que se desconozca la necesaria participación de los órganos del Poder Judicial para la efectividad de ese mecanismo alternativo de resolución de conflictos -vgr. Medidas cautelares-, o bien que asuma una visión hipertrofiada de la actividad jurisdiccional, que termine por afectar el núcleo esencial del sistema de arbitraje como un medio idóneo y eficaz para la resolución de conflictos -vgr. El pernicioso análisis de fondo sobre cuestiones relativas a la validez o existencia del acuerdo de arbitraje, como será tratado infra-.

¹⁵ La Sentencia 1.067, señaló textualmente sobre este particular, lo siguiente: “También la Sala ha asumido principios universalmente aceptados en la materia, orientados a garantizar la sana operatividad de la institución arbitral, como lo son el de competencia obligatoria para las partes, aún y cuando se haya alegado la nulidad del negocio jurídico que contiene al compromiso arbitral (*severability*, que plantea la distinción entre la alegación de nulidad

Con lo cual, sólo pueden los tribunales ordinarios verificar el carácter escrito (del pacto), absteniéndose de escrutar y por ello motivar (sobre un controvertido extenso) sobre la “*existencia, validez y ámbito*” de la cláusula o pacto arbitrales (i.e. la *arbitrabilidad* y el respeto al principio de *separabilidad*). Sólo en caso “*manifiesto*” de nulidad o inexistencia corresponderá al Poder Judicial conocer de la causa.

Este tratamiento es totalmente compatible con el artículo II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras¹⁶ (en lo sucesivo “Tratado de NY”), y el artículo 8 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CDNUMI), así como respecto de las previsiones contenidas en los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial (LAC) venezolana (inspirada en la primera)¹⁷.

Inclusive, la misma Sentencia 1.067 reconoció la posibilidad de obtener **medidas cautelares anticipativas, aún antes de la constitución del panel arbitral, y sin que ello signifique una renuncia al pacto arbitral.**

En este último particular, la sentencia señaló lo siguiente:

“...el logro de una verdadera tutela judicial efectiva por parte del sistema de arbitraje, requiere necesariamente la intervención de los órganos del Poder Judicial, en ámbitos tales como el ejercicio del poder cautelar de los árbitros.

del contrato, de la referida a la cláusula arbitral, evitando así “torpedear” al mecanismo con tan sólo alegar la nulidad del negocio de que se trate); así como la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia (kompetenz-kompetenz), conforme a los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana -Vid. Sentencias de esta Sala N° 827/01 y de la Sala Político Administrativa N° 5.249/05-.”

¹⁶ Ley Aprobatoria de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, publicada en la Gaceta Oficial N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994.

¹⁷ La Sentencia 1.067, luego de un extenso análisis, concluyó en este punto, en la forma que sigue: “En definitiva, sobre la base de las consideraciones expuestas respecto al principio de competencia-competencia y a las relaciones de coordinación y subsidiariedad de los órganos del Poder Judicial frente al sistema de arbitraje, los órganos del Poder judicial sólo pueden realizar un examen o verificación “prima facie”, formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, que debe limitarse a la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y se excluye cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito, en los términos expuestos ut supra, y así expresamente se declara”.

Así, no es controvertido en el ordenamiento jurídico vigente el poder cautelar de los órganos arbitrales, en los términos expuestos por esta Sala en la sentencia N° 572/05. Sin embargo, cabe cuestionarse si frente a un sometimiento a la jurisdicción arbitral **¿es posible que alguna de las partes, pueda solicitar ante los órganos del Poder Judicial de forma autónoma medidas cautelares mientras se constituye el tribunal arbitral, sin que ello se constituya como una renuncia tácita al arbitraje?**

Para resolver tal planteamiento, es claro que si la ley otorga a las partes la posibilidad de acudir al arbitraje para dirimir las controversias surgidas entre ellas, y el laudo que culmine dicho proceso goza de plena eficacia y puede incluso revestirse con la fuerza de la cosa juzgada, ello presupone al igual que ante los juicios ordinarios la posibilidad de contar con medios idóneos para garantizar el resultado de los derechos en controversia, como manifestación propia del derecho a una tutela judicial efectiva en los términos expuestos supra respecto al arbitraje.

Ciertamente, los procesos llevados tanto por los órganos que integran el Poder Judicial como por órganos arbitrales, constituyen un instrumento fundamental para la obtención de la justicia (artículo 257 constitucional), y tienen repercusiones más allá de los mecanismos adjetivos que de forma abstracta el Poder Nacional instaura por vía legislativa (*justicia formal*), por lo que alcanzan la aplicación concreta que de tales mecanismos realiza el juzgador (*justicia material*).

En tal sentido, los principios constitucionales destacan la naturaleza instrumental, simple, uniforme y eficaz que debe observar todo proceso, así como que el fin primordial de éste, es garantizar que las decisiones que se dicten a los efectos de resolver las controversias entre las partes aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver.

Con base a ello, deviene en una verdadera obligación del Poder Judicial la búsqueda de medios para propender a armonizar en el marco de un debido proceso, los distintos componentes que conforman la sociedad y los medios para resolver sus conflictos, tales como el arbitraje, debiendo a tal efecto lograr un justo equilibrio entre los intereses que se debaten en un caso, siendo que el medio para lograr esa necesaria armonización de la sociedad, debe ser el resultado necesario de una interpretación de la Constitución que responda a las necesidades de la sociedad en un momento determinado, tomando en cuenta el impacto y alcance de las decisiones que se asuman.

Así, para la materialización del derecho a una tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución y, dado que la existencia de estos medios alternativos no presupone mella alguna en atributos exclusivos de los órganos del Poder Judicial, pues cuestiones fundamentales de orden público se hacen inderogables frente a la voluntad de los particulares, es necesario admitir la existencia de un poder general de los órganos del Poder Judicial para dictar medidas de cautela para asegurar o anticipar una determinada resolución arbitral.

Ello no se fundamenta exclusivamente en el contenido del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme al cual *“toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”*, sino que además, resulta de una circunstancia práctica vinculada con el funcionamiento del sistema arbitral, ya que mientras se constituye el tribunal arbitral conforme a la cláusula de arbitraje del contrato es posible que se afecten los derechos e intereses de alguna de las partes.

Lo anterior no sólo ha sido puesto de relieve por la doctrina especializada, en casos en los cuales las partes que someten una controversia al sistema arbitral no tienen una opción distinta que acudir a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial -Cfr. REDFERN, ALAN. *Interim Measures*; en LAWRENCE W. NEWMAN Y RICHARD D. HILL (EDITORS). *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*. Juris Publishing, Inc. USA, 2004, p. 217-243-, sino que además tales circunstancias, han sido reguladas en diversos instrumentos internacionales en materia de arbitraje.

En ese orden pueden mencionarse la normativa elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), recogida en la Ley Modelo (tantas veces aludida) sobre Arbitraje Comercial Internacional, y el Reglamento de Arbitraje de la misma Comisión, los cuales establecen en sus artículos 9 y 26, respectivamente, lo siguiente:

“Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas cautelares por el tribunal.

(Omissis)...

“Medidas Provisionales de Protección

Artículo 26

(Omissis)...

De igual forma, el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), reconoce que las partes que someten una controversia a arbitraje, podrán solicitar a la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares, al establecer que:

“Artículo 23.- Medidas cautelares

(Omissis)...

A la par de las anteriores disposiciones normativas, la necesidad de contar con medios de tutela cautelar efectivos, ha generado una serie de regulaciones en el ámbito internacional y nacional, que permiten contar en el marco interno del sistema arbitral, con árbitros de emergencia o especiales para la obtención de medidas cautelares, antes que se constituya el correspondiente tribunal arbitral.

En tal sentido, resulta particularmente ilustrativa la regulación adoptada por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en el Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral, cuyo fundamento se encuentra recogido en la “Introducción” del citado Reglamento, al señalar que “[u]n gran número de contratos, particularmente aquellos que tienen por objeto operaciones a largo plazo, pueden dar lugar a problemas que requieran una respuesta urgente. Frecuentemente, no es posible obtener en el tiempo requerido una decisión definitiva de un tribunal arbitral o de un juez (...). En consecuencia, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha establecido el presente Reglamento instituyendo un procedimiento precautorio prearbitral con el fin de permitir a las partes que así lo hayan convenido, recurrir rápidamente a una persona (llamado el Tercero) facultada para ordenar medidas tendentes a resolver un problema urgente, incluyendo mantener o conservar pruebas. Las medidas precautorias ordenadas, por tanto, podrán proveer una solución provisional de la disputa y podría sentar las bases para su solución definitiva ya sea mediante acuerdo o de alguna otra forma (...). La utilización del procedimiento precautorio prearbitral no sustituye la jurisdicción arbitral o estatal competente”.

Para el logro de tales objetivos, el referido Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral establece un procedimiento que dispone el nombramiento inmediato de una persona (el “Tercero”) que tiene la facultad de dar ciertas órdenes antes de que el tribunal arbitral o estatal competente para conocer del caso (la “Autoridad Competente”)

(Omissis)...

Igualmente, desde el año 2006 el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD o por sus siglas en inglés ICDR), división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), adoptó un nuevo procedimiento para garantizar a las partes que se someten a un procedimiento arbitral, la posibilidad de acudir a un árbitro de urgencia que tendrá la facultad de ordenar u otorgar cualquier medida provisional o cautelar que considere necesaria, incluyendo órdenes de hacer o no hacer y medidas para la protección o conservación de propiedad, en los precisos términos del artículo 37 del Reglamento de Arbitraje Internacional, en los siguientes términos:

(Omissis)...

Sobre el contenido del artículo parcialmente transcrito, la doctrina ha señalado que el artículo 37 es más que una norma cualquiera sin aplicación efectiva, en tanto se constituye como una verdadera herramienta que las partes pueden utilizar eficazmente, cuando su contraparte intenta cambiar el “*status quo*” existente antes de la constitución del tribunal arbitral -Cfr. GUILLAUME LEMENEZ y PAUL QUIGLEY. *The ICDR’s Emergency Arbitrator Procedure in Action*. <http://www.allbusiness.com/legal/legal-services-litigation/11776155-1.html>, consultado el 3 de agosto de 2010-.

Sobre este tema también cabe destacar, que desde el año dos mil nueve, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo había considerado la adopción de esa clase procedimientos cautelares de emergencia, siendo adoptada tal solución en las vigentes normas de arbitraje de dicho Instituto. Así, en los artículos 1 al 10 del Apéndice II de las Normas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (2010), se reconoce el derecho de la parte interesada a solicitar la constitución de un árbitro de emergencia, el cual podrá dictar cualquier medida de emergencia, la cual mantendrá sus efectos, salvo que el árbitro de emergencia o el tribunal arbitral la revoque, se dicte el laudo definitivo o el caso no se remita al tribunal arbitral dentro de los 90

días siguientes a la fecha en la cual se adoptó la medida de emergencia, entre otros supuestos regulados en el artículo 9 eiusdem.

Por último, en el ámbito nacional el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), reguló en forma similar la intervención de árbitros de emergencia que dieran eficaz respuesta a situaciones de urgencia que pueden presentarse antes del nombramiento de los árbitros, en los siguientes términos:

“Artículo 35. Medidas cautelares.

(Omissis)...

El esfuerzo reglamentario evidenciado en las normativas parcialmente transcritas, denota que en el curso de muchas relaciones contractuales, particularmente en el caso de aquellas que tienen una duración prolongada o compleja por los términos en los cuales se desarrolla la relación -pagos, valuaciones de obras u otras circunstancias-, comportan en muchos ocasiones que ante la probabilidad de conflictos entre las partes, que puedan perjudicar sus derechos o intereses, se requiere de la existencia de medios de tutela urgentes, que no pueden supeditarse hasta constitución del tribunal arbitral.

Ahora bien, una vez reconocido con fundamento en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, **el poder general de los órganos del Poder Judicial para dictar medidas de cautela para asegurar o anticipar una determinada resolución arbitral** antes del inicio de las actuaciones arbitrales, sin que ello pueda interpretarse como una renuncia tácita al compromiso arbitral; debe igualmente señalarse que el ejercicio de tal potestad por parte de los mencionados órganos jurisdiccionales, no puede ser arbitraria en la medida que se encuentra limitada y sometida a los principios y normas aplicables, tales como los criterios atributivos de competencia para el conocimiento de la solicitud de medida cautelar -vgr. Ubicación del bien- o las normas adjetivas y sustantivas aplicables, tales como la verificación de los extremos para la procedencia de las medidas cautelares -presunción de buen derecho y peligro de mora- o la tramitación de la oposición a las medidas acordadas.

Así pues, **el ejercicio del mencionado poder cautelar se agota en la medida que la controversia sea sometida a su jurisdicción natural y una vez constituida ésta, el respectivo órgano arbitral tendrá plenas facultades conforme al artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial,**

para modificar, ampliar o revocar las medidas cautelares previamente otorgadas.

Conforme a tales asertos, **si con ocasión de una determinada acción -vgr. Demanda por resolución de contrato- ante los órganos que integran el Poder Judicial, se solicitan medidas cautelares, aún cuando se determine la falta de jurisdicción para el conocimiento del fondo del asunto controvertido en virtud de la existencia de un compromiso arbitral, dicho órgano jurisdiccional mantiene su competencia para resolver (exclusivamente) sobre la medida cautelar solicitada o para la resolución de la eventual oposición a la misma, en los términos expuestos; salvo que se verifique la existencia en las normas o reglamentos del respectivo centro de arbitraje -al cual se encuentra sometida la controversia- de árbitros de emergencia para el otorgamiento de medidas cautelares en los términos expuestos *infra* -vgr. Artículo 1, 1.1 del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o el artículo 35.2 del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje-**.

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, esta Sala en orden a armonizar el sistema de tutelas cautelares en materia de arbitraje, advierte que el artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial -al establecer que *“salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto al objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante”*- debe ser objeto de una interpretación constitucionalizante, en la cual se de plena eficacia al *“derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, considerando el derecho a una tutela cautelar como un elemento intrínseco del primero”* -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 710/05-.

Así, no es posible afirmar bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que por voluntad de las partes sea posible excluir una potestad intrínseca al ejercicio de la actividad jurisdiccional, como lo es la de garantizar las resultas del juicio a través de medidas cautelares, por lo que esta Sala establece con carácter vinculante, que los árbitros designados para la resolución del fondo de una controversia tienen como parte de sus competencias la facultad de dictar medidas cautelares en el marco del ordenamiento jurídico estatutario aplicable. Así se declara.

Por otra parte, esta Sala observa que frente al presente reconocimiento del poder cautelar general de los órganos que integran el Poder Judicial, podría argumentarse en contra, que se obvia el carácter instrumental de las medidas cautelares, que se concreta en la pendencia de las mismas a un proceso principal.

Ciertamente, esta Sala reconoce que como principio general se deduce la necesidad de que las medidas cautelares se soliciten, como muy pronto, al momento de la interposición de la demanda, pero ello en forma alguna niega la existencia y necesidad de reconocer, la posibilidad de solicitar medidas cautelares antes de la interposición de la respectiva acción o, incluso sin que ello deba verificarse con posterioridad.

(Negrillas de la Sentencia).

También la Sentencia 1.067 mitigó la postura de la SPA sobre la “*Renuncia Tácita al Arbitraje*”, dado que afirmó que la misma debe vincularse directamente con el necesario análisis de la actividad desarrollada por las partes en el juicio, en la medida en que se debe formular un examen respecto de si las conductas procesales de las partes en disputa expresan una indiscutible orientación de someterse al arbitraje, y no, una fraudulenta intención de sujetar los conflictos a ese medio alternativo. Así, según la SC, deben abandonarse los criterios jurisprudenciales de la SPA, entre otras, Sentencias Nros. 1.209 del 20 de junio de 2.001 caso: “*Hoteles Doral, C.A.*” y N° 832 del 12 de junio de 2.002 caso: “*Inversiones San Ciprian, C.A.*”), que habían sido ratificados durante todos estos años por la SPA.

III. Consecuencia práctica de la posición adoptada por la SC (Sentencia 1.067), en el supuesto que alguna de las partes pretenda desconocer a la cláusula o pacto arbitral, mediante la interposición de una demanda ante un tribunal ordinario.

A lo largo del presente trabajo hemos comentado las ventajas ofrecidas por la sentencia 1.067 al foro judicial; pero ninguna tiene mayor importancia práctica para las partes litigantes, que aquellos asertos del fallo destinados a resolver la siguientes interrogantes: (a) ¿Qué pasa si la otra contratante, en lugar de honrar su obligación de someter las diferencias contractuales a un arbitraje pactado, opta por recurrir a la vía judicial ordinaria? Además,

(b) ¿Qué pasa si esa conducta la asume, luego que ya se ha iniciado el procedimiento arbitral según lo pactado en el contrato?

En el primer supuesto, si la parte que se está representando es “*sorprendida*” con una demanda en la vía judicial (aunque el contrato estipule un arbitraje), la carga procesal que se tiene (regida por el “*imperativo del propio interés*”, es decir, si es que se quiere conservar a la vía arbitral), es la de hacer valer inmediatamente la existencia de la cláusula o pacto arbitral ante el Tribunal de la causa, mediante la oposición de una cuestión previa conforme lo prevé el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil (en lo adelante CPC), contenida en el ordinal 1° referida a la “*falta de jurisdicción*” o a la “*prohibición de Ley de admitir la acción*” contenida en el ordinal 11°, respectivamente, y según la postura que adopte (ya sea por razones dogmáticas o meramente pragmáticas)¹⁸.

¹⁸ En el foro jurídico local existía una discusión sobre cuál debe ser la causal a ser invocada. La contenida en el ordinal 1° o 11° del artículo 346 del CPC. Particularmente, consideramos que esa discusión hoy por hoy es inútil (en la praxis) porque a raíz de la sentencia vinculante 1.067 bajo estudio, tanto los tribunales ordinarios como la SPA están obligados a remitir inmediatamente a los árbitros las causas que les sean presentadas, absteniéndose de efectuar cualquier juicio de valor sobre la validez de la cláusula o pacto, así como pronunciarse sobre la arbitrabilidad o no del conflicto. Incluso, la misma sentencia 1.067 expresa que la potencial regulación de la jurisdicción que debe ser resuelta por la SPA **no tiene efecto suspensivo sobre el arbitraje en curso o que esté por iniciarse** (enervándose así los efectos suspensivos del artículo 62 del CPC en materia de arbitraje). Más aún, si se observa que gran parte de quienes empezaron a ofrecer como alternativa la invocación del ordinal 11° del artículo 346 del CPC, lo hacían como “válvula de escape” frente a esa suspensión originada por la regulación de la jurisdicción ante la SPA; es decir, como un mecanismo para evadir a la SPA. Con lo cual, en conclusión, hoy por hoy cualquiera que sea la causal invocada los tribunales ordinarios tienen el deber de remitir la causa inmediatamente a los árbitros, y el procedimiento arbitral puede iniciarse inmediatamente, o bien continuar (si ya se había iniciado).

Aunque debemos admitir que encontramos en el punto de la **regulación de la jurisdicción**, nuestra única observación a la sentencia 1.067; específicamente, porque la SC ha podido ir más allá, y haber optado por suprimirla definitivamente para el caso que nos ocupa, pero sometiendo la decisión interlocutoria sobre la cuestión previa, a la solución que sobre problemas de “competencia” prevé el CPC. Opción que suponía, obviamente, que la SC optase por acoger la postura de quienes consideramos a este problema como una situación de “competencia” en lugar de “jurisdicción”. Máxime aún cuando la propia sentencia 1.067 proscribió –expresamente– aquella ortodoxa conceptualización del arbitraje como una “excepción a la jurisdicción”, y cuando postula –además– que no puede continuar el divorcio entre los órganos judiciales y el arbitraje, y por la proclamación que se hace de una relación de “complementación, auxilio, y control sólo eventual” (supra).

En este mismo punto, entendemos que en la SC privó la prudencia (que es necesaria y usual en casos que generan fuertes cambios), al no querer excederse en la revisión efectuada a la SPA, al considerar que ya era suficiente con la nueva “racionalización” que se imponía a la

En todo caso, en el supuesto que su representada opte por una cualquiera de las siguientes alternativas: (i) contestar la demanda, (ii) reconvenga o contra demande; (iii) no conteste y resulte “confeso”; o (iv) convenga en la demanda. La consecuencia jurídica será el perfeccionamiento de una “renuncia bilateral” (tácita) a la cláusula o pacto arbitral, consolidando así el conocimiento del tribunal ordinario. Aunque aquí debemos destacar que la propia SC (en la sentencia que nos ocupa), señaló que no toda conducta procesal distinta a la oposición de una cuestión previa (ex artículo 346 del CPC) debe considerarse “per se” como una renuncia tácita al arbitraje y, ejemplo de ello lo constituye la oposición que haga una parte a una medida cautelar, o la negativa que se formule de aceptar una oferta (criterio ya acogido por la propia SPA en sentencias 247/2011 del 23 de Febrero; 690/2011 del 25 de Mayo y 974/2011 del 20 de Julio).

En este último sentido la SC fue clara cuando señaló que:

“...esta Sala considera que no sólo debe admitirse la posibilidad que el demandado se oponga a las medidas cautelares contra él dictadas, sino que **además la conducta defensiva del demandado, no puede derivarse la voluntad de sumisión, en la medida que se evidencie en el contexto del proceso que se trate, la necesidad del demandado de actuar en defensa de su propio interés** frente a la actuación irrita de los órganos jurisdiccionales, lo cual debe ser analizado de forma casuística.”

(Negrillas nuestras).

También, es importante señalar que conforme a la sentencia que nos ocupa, la parte interesada en hacer valer el arbitraje (según lo pautado), puede instar inmediatamente al arbitraje, aún a pesar de haber opuesto la cuestión previa en el juicio ordinario (que fue iniciado por la contraparte). Esto, sin perjuicio que se encuentre pendiente una “*regulación de jurisdicción*” ante la SPA (dado que no tendrá efecto suspensivo), o bien la decisión de un Tribunal Superior que conozca de la apelación contra la sentencia interlocutoria que resolvió la cuestión previa (ex artículo 346.11 CPC).

regulación de la jurisdicción en materia de arbitraje, en los propios términos de la sentencia 1.067. (i.e. tan sólo un “control preliminar o prima facie” en salvaguarda del principio kompetence-kompetence).

Incluso, en virtud de la sentencia vinculante que nos ocupa (i.e. Nro. 1.067), cualquiera de las partes puede solicitar una medida cautelar ante el árbitro de emergencia del Centro de Arbitraje seleccionado (si lo hubiere según el Reglamento del Centro), o bien ante un Tribunal ordinario. Medida cautelar que luego podría ser revocada, ampliada o modificada por el panel arbitral llamado a constituirse (*infra*).

Vale destacar acá que al momento de interponer su demanda ante el panel arbitral, se podría denunciar como un incumplimiento contractual adicional – generador de daños y perjuicios-, la circunstancia que su contraparte haya optado por recurrir a los tribunales ordinarios.

Ahora bien, volviendo al segundo supuesto, el marcado (b) (*supra*); es decir, si ya se ha iniciado un procedimiento arbitral según lo pactado en una cláusula del contrato o en un pacto independiente, se puede solicitar a los árbitros que dicten y dirijan a la contraparte una “prohibición de continuar la acción judicial ordinaria” (petición conocida como “*anti suit injunction*”), y peticionarles –como ya se dijo- que sea valorada esa conducta como un incumplimiento adicional al contrato, generando así nuevos daños y perjuicios.

En ese mismo sentido, la aludida sentencia vinculante (i.e. Nro. 1.067), confirmó que conforme al tantas veces aludido principio kompetenz-kompetenz (recogido en los artículos 5 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial), el panel arbitral puede decidir sobre su propia competencia, y así proseguir el procedimiento arbitral, sin tener que esperar el “*desenlace*” de la vía judicial paralela.

De todas formas -y para este mismo supuesto, marcado (b)- somos partidarios en acoger una postura pragmática orientada a hacer frente a la demanda judicial ordinaria (intentada por una parte rebelde al arbitraje), mediante la oposición de la cuestión previa conforme al artículo 346 del CPC (invocando al ordinal 1° o 11°, según su escogencia, *supra*).

Obviamente, en este mismo supuesto -y siempre que ya esté constituido el panel arbitral-, se podrán solicitar las medidas cautelares que se estimen convenientes, para el caso que no se hayan obtenido –previamente-conforme a las alternativas ya mencionadas (i.e. árbitro de emergencia o ante tribunal ordinario).

IV. Protección cautelar antes y después de la conformación del Panel de Árbitros: Reglas aplicables a su obtención y los árbitros de emergencia.

Según la Sentencia 1.067:

- (i) Cualquiera de las partes puede peticionar ante los **tribunales ordinarios** las medidas cautelares que estime convenientes sin que ello comporte una “*renuncia tácita*” al pacto arbitral (Art. 9 Ley Modelo CNUDMI; Art. 26 Reglamento Arbitraje Ad Hoc CNUDMI; Art. 23 Reglamento de Arbitraje CCI);
- (ii) La medida cautelar adoptada puede ser *ampliada, revocada, o mantenida* por el panel arbitral;
- (iii) Los tribunales ordinarios dictarán las medidas cautelares –antes que el panel- conforme a las normas y principios que los rigen en forma cotidiana (ex CPC);
- (iv) Se admiten los **árbitros de emergencia para medidas cautelares** (e.g. Art. 1, 1.1 del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral CCI, y el artículo 29 del novísimo Reglamento de Arbitraje de la CCI¹⁹ (en concordancia con su Apéndice V relativo al Arbitro de Emergencia²⁰), o el art. 35.2 del Reglamento del CEDCA²¹; Art. 37 del Procedimiento para la Resolución de Disputas Internacionales (ICDR de la AAA²²); Art. 1 al 10 Apéndice II Normas Centro Arbitraje de la Cámara de Estocolmo y las normas de emergencia del ACICA²³ entre otros), opción que expresamente es calificada por la sentencia 1.067 conforme a la Constitución, y que procede sólo en caso que el Reglamento del Centro de Arbitraje escogido en el pacto así lo prevea;

¹⁹ Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

²⁰ Este novísimo instrumento entrará en vigencia el 1 de enero de 2012.

²¹ Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (Caracas, Venezuela).

²² Centro Internacional para la Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje.

²³ El novel Reglamento de la ACICA (Centro Internacional de Arbitraje Comercial Australiano) que introduce a los árbitros de emergencia entró en vigencia el 1 de Agosto de 2011.

- (v) Para el supuesto que no esté a la disposición de las partes la existencia de árbitros de emergencia en el Centro escogido, o que se haya pactado un arbitraje independiente o “*Ad Hoc*”, las partes podrán peticionar a la jurisdicción ordinaria la obtención de una medida cautelar, sólo quedando sometida – la solicitud y la medida- a unas normas creadas por la SC (*Infra*), a través de la sentencia 1.067.

V. Características del Procedimiento Cautelar creado por la SC:

El procedimiento cautelar creado por la SC por la Sentencia 1.067, para llenar el “*vacio*” legislativo en la materia se caracteriza en:

- (i) Que la petición de una medida cautelar no constituye una “*renuncia tácita*” al pacto arbitral;
- (ii) Puede ser dictada por el juez aún admitiendo su falta de jurisdicción, por la existencia de un compromiso arbitral. Por supuesto, ese análisis lo hará el juez -conforme a la propia Sentencia 1.067- en forma *prima facie*, tan sólo verificando el carácter escrito del pacto, y si no es manifiesta su nulidad o inexistencia;
- (iii) Tiene carácter no suspensivo, es decir, la “*incidencia*” cautelar no se **suspende o paraliza** por la interposición de una regulación de la Jurisdicción para ante la SPA. Tampoco la ejecución de las medidas, ni la oposición a ellas;
- (iv) Es **residual**, dado que aplica sólo en el supuesto de ausencia de árbitros de emergencia en el Centro escogido; es decir, se aplicará el procedimiento de la sentencia 1.067, sólo en caso que el centro escogido no tenga previsto a los árbitros de emergencia, o se haya pactado un arbitraje independiente (“*Ad Hoc*”).
- (v) En él priva el **imperativo del interés** y el **principio dispositivo**, pues el peticionante debe probar los extremos de la cautelar (i.e. peligro en la mora y apariencia de buen derecho) y debe, además, **acreditar** -antes de 30 días posteriores- que ha interpuesto la solicitud de conformación del panel (e.g. la llamada “*solicitud de arbitraje*” o “*request for arbitration*”), o inclusive, acreditar ello con la misma solicitud de la medida cautelar;

(vi) Es **provisionalísimo**, visto que **decae el decreto** que acuerde una medida cautelar – de pleno derecho- a los 30 días, si no se ha instado la constitución del panel arbitral. En ese sentido, la parte solicitante debe comprobar que ha hecho la solicitud formal ante el Centro respectivo dentro de los treinta (30) días. Carga de la cual queda relevado si la solicitud de medida cautelar ha sido acompañada con la copia de la solicitud de arbitraje hecha ante el centro respectivo (Si el arbitraje pactado es institucional), o ante el Tribunal respectivo (si es un arbitraje independiente).

Igualmente, decae automáticamente la medida -de pleno derecho- cualquiera que sea el supuesto, siempre que hayan transcurrido noventa (90) días luego de su **ejecución**. Todo lo cual persigue que la parte peticionante de la medida sea diligente en hacer todo a su alcance para constituir el panel arbitral y que, éste último -una vez constituido- decida si **amplia, mantiene o revoca la medida cautelar antes dictada y/o ejecutada**.

VI. Aparente innecesidad práctica en el Foro de las llamadas órdenes de prohibición de inicio o paralización de juicios (“*Anti Suit Injunctions*”) dictados por los árbitros, y la ausencia de base legal para ello en los jueces venezolanos contra los paneles arbitrales.

El tema de las medidas cautelares dictada por los árbitros para **evitar el inicio o la continuación** de causas judiciales **paralelas** (“*anti suit injunctions*”), o dictadas por los tribunales ordinarios contra los árbitros (“*anti arbitration injunctions*”)²⁴, es un tema apasionante y extenso que excede con creces el reducido espacio de la presente publicación²⁵; no

²⁴ Sobre este punto Léase la visión práctica de PIERRE A. KARRER en “Anti-Arbitration Injunctions. Theory and Practice”. ICCA Congress Series. No. 13 (2006). Ed. Albert Jan van den Berg. 2007. pp. 228-232.

²⁵ Interesante resulta en este tema el agravio -y su compensación-, que se produce cuando una parte “incumple” una cláusula o pacto arbitral al haber demandado a la otra ante un tribunal ordinario. Sobre este punto y el tratamiento al tema de los “anti suit injunctions” en materia arbitral recomendamos la lectura de ALEJANDRO LEAÑEZ en “The Future of Anti-Suit Injunctions: The Power of the Arbitral Tribunal to issue Anti-Suit Injunctions”. Publicado en la edición 4.1 de Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration on 2010 (Vienna, Austria).

obstante, consideramos que a pesar que la Sentencia 1.067 no se refirió a ello expresamente, sin embargo, sí dejó abierto su análisis visto que generó muchos beneficios en **pro de la sana operatividad** del arbitraje en nuestro foro que hacen presumir una pretendida innecesidad de tales medidas. ¿Por qué?: debido a que – y sin exceso de optimismo- si los tribunales locales aplican a plenitud los postulados de la Sentencia 1.067 (la cual tiene carácter *vinculante, supra*), la contratante que sea *leal* en honrar y cumplir con el acuerdo o cláusula de arbitraje **cuenta con suficientes herramientas para enfrentar el embate que significa que su contraparte haya iniciado un juicio ante un tribunal ordinario en forma paralela, antes de la conformación del panel arbitral, o –inclusive- durante su desarrollo.**

En efecto: **(i)** puede obtener una medida cautelar en forma expedita. Bien ante un árbitro de emergencia o ante el mismo tribunal ordinario donde se inició la causa paralela (y a quien también se le debe oponer la cláusula de arbitraje) o, inclusive, ante otro tribunal ordinario (siempre que resulte competente por la ubicación del bien sobre el cual recaiga la medida). Lo cual es considerado totalmente ajustado a la constitucionalidad por la sentencia 1.067;

(ii) La solicitud cautelar (ante un tribunal ordinario, y menos si es ante un árbitro de emergencia) no será considerada una “*renuncia*” al pacto arbitral;

(iii) La petición cautelar es autónoma e independiente del curso de esa causa judicial “*paralela*”, de manera que no se verá paralizada o perturbada por el curso de esa acción ordinaria, ni por la tramitación de la regulación de la jurisdicción ante la SPA;

(iv) La actuación del árbitro de emergencia, o la del juez ordinario que la acuerde no podrán atacarse mediante la acción de amparo constitucional, sino a través de la oposición natural que corresponde ante cualquier medida cautelar.

(v) El juez que conozca de la causa “*paralela*” (dado el incumplimiento de la parte demandante al pacto o cláusula de arbitraje), no podrá realizar un estudio exhaustivo de la misma, limitándose tan sólo a verificar su existencia escrita, y sin hacer ninguna valoración sobre su validez o ámbito; teniendo el deber de remitir la causa inmediatamente a los árbitros;

(vi) Como consecuencia del reconocimiento absoluto del efecto negativo del principio *Kompetence-Kompetence* y de la *Separabilidad*, ni ese juez, ni la SPA deberían emitir cautelares ordenando paralizar a los procedimientos arbitrales (“anti suit injunctions”), al carecer de base legal para ello.

Por todo lo anterior, prolongadas contiendas judiciales y arbitrales paralelas como las ocurridas en el famoso caso “Hotel Four Seasons Vs. Consorcio Barr. CA” no debería reproducirse en nuestro foro, y menos aún la emisión de órdenes de paralización a los procedimientos arbitrales en curso (Vid. Sentencia de la SC N° 2.635 del 19 de noviembre de 2004, que emitió un auténtico “*Anti Arbitration Injunction*”).

El título de este apartado que se inicia como “aparente innecesidad práctica...” de los “*anti suit injunctions*”, responde a un legítimo anhelo (pro arbitraje), en el entendido que los jueces locales aplicarán con celo las consecuencias prácticas que se desprenden de la sentencia 1.067²⁶; no obstante, insistimos en recomendar a las partes la solicitud de tales medidas a los árbitros (i.e. la orden de prohibición de iniciar o continuar procesos judiciales paralelos, o “anti suit injunction” contra la parte reacia a cumplir con la cláusula arbitral), dado que:

- (i) Los **árbitros sí poseen base legal** para dictarlos (tal como la propia sentencia 1.067 reconoce, ex Artículo II.3. del Tratado de Nueva York, y los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial), por lo cual, de conformidad con el principio *kompetence-kompetence* (además de decidir sobre su propia competencia), **deben velar por garantizar la sana continuidad de su procedimiento arbitral, y dictar todo lo necesario para garantizar la ejecución de su laudo** (Obsérvese que un juicio paralelo significa un riesgo objetivo de hacer ilusoria la ejecución de un laudo);
- (ii) Las partes deben cumplir (conforme a la buena fe), con todas y cada una de las estipulaciones contractuales y, entre ellas, la de **honrar su compromiso de someter sus disputas a un panel arbitral**. Accionar

²⁶ La aplicación de la sentencia 1.067 por parte de los jueces locales, es una obligación legal al ser una sentencia expresamente declarada “vinculante” por la Sala Constitucional y publicada en la Gaceta Oficial de la República (Vid. G.O. N° N° 39.561 del 26 de Noviembre de 2010).

ante un tribunal ordinario -en inobservancia a la cláusula arbitral-, es un acto manifiesto de mala fe²⁷ ; **aún en el supuesto que se invoque la nulidad del contrato o la cláusula arbitral; o se considere que la disputa no es arbitrable; o que la disputa no entra en el ámbito (“scope”) de la cláusula.** Ello debido a la aplicación y reconocimiento en nuestro foro de los principios de la *separabilidad* y *Kompetence-Kompetence -supra-*, ex artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial. Principios además reconocidos con carácter “vinculante” por la SC en sentencias 1.541/2008 y 1.067/2010, entre muchas otras.

- (iii) Como consecuencia de la obligación contractual contenida en la cláusula arbitral, las partes tienen el deber de no imponer cargas litigiosas no previsibles (i.e. la carga ilegítima que significa litigar fuera del arbitraje ante tribunales ordinarios locales o, inclusive, foráneos). Carga que, además de generar gastos, se constituye en un incumplimiento objetivo, autónomo e independiente al contrato en general, siendo susceptible de indemnización mediante **una condena especial en el Laudo arbitral.**
- (iv) Como consecuencia de todo lo anterior, y teniendo en cuenta la solución adoptada por la sentencia 1.067 (*supra* tratada), respecto al deber de remisión que tienen los jueces ordinarios cada vez que conozcan de una situación que envuelva una cláusula o pacto arbitral, debemos señalar que éstos **carecen de base legal** para dictar los llamados “*anti arbitration injunctions*” o imponer prohibiciones a las partes de continuar los procedimientos arbitrales. ¿Por qué?: (a) por la interpretación vinculante dada por la sentencia 1.067 en interpretación de los artículos III.3 del Tratado de Nueva York y de los artículos 7 y 25 de LAC; (b) porque el juez ordinario no es el juez natural para conocer sobre el fondo de la controversia, ni siquiera para pronunciarse sobre la validez o existencia de la cláusula o del contrato en general; (c) y por el reconocimiento absoluto del efecto

²⁷ Según el artículo 1.160 del Código Civil: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley.”

negativo del efecto *kompetence-kompetence* ampliamente analizado por la sentencia 1.067, y en líneas previas.

VII. Postura “pro arbitraje” de la Sala Político Administrativa (SPA):

Recientemente, la SPA ha dictado noveles fallos en donde ha modificado su criterio tradicional en materia arbitral y, en su lugar, ha acogido los fallos vinculantes de la SC.

Más particularmente, ha experimentado una tendencia “*pro arbitraje*” dado que:

- (i) Ha mitigado la ortodoxa rigidez que venía aplicando para considerar cuándo se entendía que había ocurrido una “*renuncia tácita*” al pacto arbitral. En efecto, la SPA ahora sostiene (siguiendo así a la sentencia 1.067 de la SC) que no toda conducta procesal (en un tribunal ordinario) que sea **distinta** a la oposición de una cuestión previa (alegando la existencia de una cláusula arbitral) debe considerarse “*per se*” como una **renuncia tácita al arbitraje** y, ejemplo de ello lo constituye la oposición a una medida cautelar, o la negativa de aceptar una oferta real (Vid. Sentencias **247/2011 del 23 d e Febrero; 621/2011 del 12 de Abril; 690/2011 del 25 de Mayo y 974/2011 del 20 de Julio**. Con esto, resulta mitigada la extrema rigidez con que se trataba a las conductas procesales de las partes.
- (ii) Admite ahora -sin reservas- la posibilidad de someter en arbitraje, aquellas disputas contractuales en áreas especialmente reguladas por leyes especiales; consciente como está que ello no atenta contra el orden público y/o al principio tuitivo (tal como ha aclarado la SC en diversos fallos, *supra*, Vid. sentencia 1.541/2008 y 1.067/2010 de la SC). En efecto, los recientes fallos de la SPA, numerados **250 y 266 del 23 de febrero de 2011** (casos “*Llano Mall*” y “*Accesori Land*”, respectivamente), así como el número **877 del 12 de julio de 2011** (caso “Residencias Doral”), son un claro ejemplo que la SPA está a la vanguardia en materia de **arbitrabilidad y orden público** (i.e. arrendamiento).

Incluso, en esta última decisión (la 877/2011 del 12 de julio), debemos destacar que la SPA fue enfática en resaltar que, inclusive, la entrada en vigencia del DECRETO CON RANGO Y FUERZA DE LEY CONTRA EL DESALOJO Y LA DESOCUPACIÓN ARBITRARIA

DE VIVIENDAS (publicado en la Gaceta Oficial N° 39.668 del 6 de mayo de 2011), no afecta la procedencia del mecanismo arbitral, debido a que tal elección de las partes *no significa una renuncia a las protección, beneficios o cautelas previstos en las leyes* (sustantivas) especiales, acatando con ello el criterio así establecido (en forma vinculante) por la SC en los fallos tantas veces aludidos (i.e. Nros 1.541 y 1.067). Aserto importantísimo que efectuó la SPA, que se complementa con la aclaratoria de que, en materia arrendaticia, tanto ese Decreto-Ley (“Contra el desalojo y la desocupación arbitraria de viviendas”), como la reciente LEY PARA LA REGULARIZACIÓN Y CONTROL DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA (G.O. N° 6.053, Ext. del 12 de Noviembre de 2011, en lo sucesivo LRCAV), **tienen un ámbito material exclusivamente limitado a bienes destinados a vivienda**. Razón por la cual, tanto los árbitros como los jueces ordinarios, no deben aplicar sus disposiciones para resolver los conflictos arrendaticios, sino (i) las disposiciones o cláusulas contractuales; (ii) LAI (de 1999) y (iii) el Código Civil en forma supletoria. De suerte tal que la estipulación de un arbitraje para dirimir disputas en materia arrendaticia (vivienda, comercial o industrial), tiene –actualmente- plena protección jurisprudencial en nuestro foro, **aunque –como será tratado infra- sometido a unas cargas preliminares exorbitantes que lo convierten en impráctico (en materia de viviendas).**

- (iii) También la SPA ha tenido ocasión de modificar su criterio clásico que consistía en entrar a realizar – en lugar de los árbitros- un examen exhaustivo sobre la “validez, existencia y ámbito” del pacto arbitral. Ahora, ha venido acogiendo – sin reservas- la solución adoptada en nuestro foro por la SC de reconocer los efectos prácticos que se desprenden del efecto “*negativo del principio Kompetenz-Kompetence*”, adoptando un control “preliminar” en los términos supra expuestos, que fueron establecidos por la SC en la sentencia 1.067. (Vid. diversas sentencias ya citadas como las 247; 250; 621; 690; 877 y 974, todas del 2011).
- (iv) También, la SPA ha adoptado una postura “pro arbitraje” en materia de **arbitrabilidad** (i.e. lo susceptible a la resolución arbitral). Esto,

debido a que ha empezado a admitir la libre y válida elección de las partes a resolver disputas de diversa índole. Desde la materia inmobiliaria en general (Vid. Sentencia 974/2011 del 20 de julio, relativa a un contrato de compra venta de inmueble) y, en esta las disputas arrendaticias (Vid. sentencias 250; 266 y 877 todas 2011), pasando por conflictos de rendición de cuentas a una sociedad mercantil con ocasión a un contrato de obra (Vid. Sentencia 272/2011 del 2 de marzo, caso “*Atlantis Supply*”) o rendición de cuentas en una sociedad civil de abogados (Vid. Sentencia 247/2011 del 23 de febrero), hasta llegar a conflictos entre socios dentro de un club social I (Sentencia 621/2011 del 12 de Abril, caso “*Centro Portugués*”). Acogiendo así una postura progresista en materia de arbitrabilidad.

VIII. Consolidación del arbitraje como el mejor mecanismo en materia arrendaticia comercial.

La lucha de muchos de nosotros por consolidar al arbitraje como un mecanismo válido para resolver disputas en materia arrendaticia²⁸ es de vieja data; pero es sólo ahora cuando su aplicación deviene en incuestionable en nuestro foro a raíz de recientes decisiones *vinculantes* de la SC (ya aludidas 1.541/2008 y 1.067/2010), que luego han sido acogidas -más recientemente- por la SPA (Vid. sentencias 250/2011 caso “*Llano Mall*”; 266/2011 caso “*Accesori Land*” y 877/2011 caso “*Residencias Doral*”)²⁹.

Todas tienen en común la admisión del arbitraje para resolver conflictos originados en un contrato de arrendamiento sobre un inmueble comercial (local, galpón u oficina) o, inclusive, destinado a vivienda.

²⁸ Para profundizar sobre el tema léase nuestras publicaciones “Tratado de Derecho Arrendaticio Inmobiliario”. 3era edición. Tomo II. Publicaciones UCAB, Caracas, 2006. “El Arbitraje Arrendaticio”. Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia, N° 3. Caracas, 2001. “¿Sigue siendo el Arbitraje un medio alternativo para la Resolución de Conflictos en Materia Arrendaticia? (comentarios al tratamiento jurisprudencial)”. Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia, N° 18. Caracas, 2005, y más recientemente “Definitivamente el Arbitraje es un medio alternativo para dirimir disputas en materia arrendaticia en Venezuela”. III Jornadas de Arrendamiento de la UCAB. Publicaciones UCAB. Caracas, 2010.

²⁹ Inclusive, la SPA ha admitido al arbitraje para dirimir disputas en **materia inmobiliaria** (i.e. contrato de opción de compra venta de casa) mediante reciente decisión N° 974 del 20 de julio de 2011.

Sin embargo, dado que el arbitraje es una experiencia relativamente novedosa para una gran porción de la comunidad comercial y productiva nacional, hemos considerado oportuno redactar una suerte de “cuestionario” para disipar las dudas e inquietudes más comunes en **materia arrendaticia**.

1.- Se podría pensar que: *“Pactar un arbitraje conlleva una “renuncia” a los derechos del “inquilino”, y ¿se puede pactar un arbitraje para “burlar” o “saltarse” las leyes especiales?”*

No, debido a que la estipulación (i.e. cláusula o pacto de arbitraje) sólo abarca la elección de un mecanismo alternativo al judicial ordinario; es decir, sólo implica la escogencia de un *vehículo* para resolver conflictos en forma más expedita, esto es, una estipulación de carácter adjetivo. Además, los árbitros están obligados a aplicar, en caso de inmuebles comerciales, industriales o de oficina: (i) las disposiciones del contrato; (ii) la LEY DE ARRENDAMIENTOS INMOBILIARIOS (LAI) y el resto del bloque de la legalidad que les resulte aplicable (Por Ej. el respeto al debido proceso contemplado en la Constitución Nacional, CRBV). Así, por el sólo hecho de pactar un arbitraje no se está *“renunciando”* de forma anticipada a las garantías, cautelas y derechos previstos en la legislación especial (Ejemplo: Prórroga Legal, Consignación de Alquileres, Derecho Preferente, etc.), dado que éstas tienen el carácter sustantivo, y los árbitros están en la obligación de decidir con apego a ellas.

2.- Se podría pensar que: *“La cláusula de arbitraje es impuesta al inquilino por el arrendador; aún en contra de su voluntad”*

No, debido a múltiples motivos: (a) tratándose en la mayoría de los casos de un arrendamiento relativo a **comercio, industria u oficina**, el estándar o promedio de las partes contratantes o involucradas es de elevado nivel (no nos referimos aquí necesariamente en términos económicos sino, al menos, al

³⁰ La LEY PARA LA REGULARIZACIÓN Y CONTROL DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA (G.O. N° 6.053, Ext. del 12 de Noviembre de 2011, en lo sucesivo LRCAV), dispone en su Disposición Transitoria Tercera, que los arrendamientos sobre inmuebles destinados a comercio, industria u oficina se seguirán rigiendo por la LEY DE ARRENDAMIENTOS INMOBILIARIOS, hasta tanto se dicte una ley sobre la materia. E incluso, dispone en el numeral 5 de su artículo 8, que los inmuebles destinados a fines comerciales, industriales, profesionales, de oficina o enseñanza quedarán excluidas de su ámbito de aplicación.

promedio de un sujeto con vocación de arrendar un inmueble para tales fines) al estar integrado por empresas, comerciantes, ejecutivos o profesionales libres, y que dada la importante inversión económica que reviste, ha supuesto para ellos la contratación o asistencia de un profesional del Derecho; (b) Dado ese mismo carácter comercial, de oficina o de industria de los contratos (por el uso que del inmueble se hace)³¹, las partes están en la capacidad de discutir los términos y condiciones del contrato; y (c) No existe espacio o duda sobre la libre y consciente voluntad del arrendatario para someterse a un procedimiento arbitral.

3.- Se podría pensar que: *“Pactar un arbitraje supone el riesgo de someterse a una decisión discrecional, anárquica, caprichosa y parcializada por parte de un tercero desconocido que, además ha sido impuesto por el arrendador. Incluso, ello se constituye en una especie de “parcela” carente de cualquier control judicial”*.

Incorrecto, debido a que los Centros de Arbitraje son instituciones profesionales especializadas cuyo procedimiento está regulado por la LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL (LAC) y por su respectivo Reglamento interno (que es público y ampliamente difundido); no existiendo espacio para la *“discrecionalidad o anarquía”*, estando constituidos por renombrados árbitros (cuya lista es igualmente pública) especialistas en la materia, los cuales – como ya se dijo – deben decidir ajustados a las leyes que resulten aplicables al caso concreto (en esta materia, LAI, LAC, CRBV, y Código de Procedimiento Civil- CPC-, entre otros cuerpos legales).

³¹ No estamos postulando aquí que el contrato de arrendamiento (civil por excelencia), sea reputable como un contrato mercantil; sólo nos referimos con insistencia sobre el uso comercial, de oficina o industrial que se le efectúa al inmueble, en contraposición del destinado a vivienda o habitación. Aunque debemos señalar que el arbitraje también sería admisible en arrendamientos de vivienda, aún y con la entrada en vigencia de la **LEY CONTRA EL DESALOJO Y LA DESOCUPACIÓN ARBITRARIA DE VIVIENDAS** (G.O. N° 39.668 del 6 de Mayo de 2011, en lo sucesivo LCDAV) y la **LEY PARA LA REGULARIZACIÓN Y CONTROL DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA** (G.O. N° 6.053, Ext. del 12 de Noviembre de 2011, en lo sucesivo LRCAV), por las razones expuestas en la sentencia 877/2011 de la Sala Político Administrativa del TSJ, en acatamiento de las sentencias 1.541/2008 y 1.067/2010 de la Sala Constitucional. Aunque vale acotar aquí, que el demandante (en arbitraje) estará sometido a la carga insoportable de agotar **el procedimiento administrativo** previsto en la primera Ley (**Artículos 7 al 10**), en concordancia con lo previsto en el **artículo 96** de la última mencionada, y el **artículo 35** de su Reglamento (G.O. Nro. 39.799 del 14 de Noviembre de 2011), cuya constitucionalidad ponemos en duda, y cuyas razones exceden con creces el ámbito de la presente publicación.

Además, los árbitros deben cumplir con todas las exigencias y garantías que alimentan el desarrollo de cualquier procedimiento judicial (i.e. respeto al debido proceso; derecho a la defensa; control y valoración de pruebas; motivación del laudo; entre otras exigencias). Y están sujetos, inclusive, a la separación de su cargo cuando esté en riesgo su imparcialidad (mediante la recusación o inhibición).

La violación de cualquiera de esos principios, derechos y garantías, puede generar la **nulidad absoluta** del Laudo arbitral, mediante una acción de nulidad ante un Tribunal Superior competente del lugar donde fue emitido; esto de conformidad con lo previsto en el artículo 43 y siguientes de LAC (*infra*).

Entre el **arbitraje y el Poder Judicial debe existir una relación de coordinación, auxilio y control**, por lo cual, y según los casos: (i) los árbitros deben requerir el auxilio de los jueces para la practica de medidas cautelares y ejecutivas (e.g. embargos o secuestros); (ii) los árbitros pueden requerir el auxilio de los jueces para la recolección de pruebas; (iii) particularmente en **materia arrendaticia**, los árbitros deberán valorar las consignaciones de cánones efectuadas en los Tribunales de Municipio (Vid. Art. 51 y 56 LAI); (iv) los laudos arbitrales son susceptibles de **control judicial excepcional**, mediante la interposición de un recurso de nulidad ante un Juez Superior competente por el lugar de su emisión, cuando, precisamente, se invoquen razones taxativas vinculadas con el quebrantamiento a los principios jurídicos ya señalados. Este recurso no constituye una “*apelación*”; (v) conforme a la jurisprudencia de la SC, **los laudos no pueden atacarse por la vía del amparo constitucional**, so pena de ser declarados inadmisibles conforme al ordinal 5to. del artículo 6 de la LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES (LOA). Inclusive, la misma Sala Constitucional del TSJ ha señalado que las denuncias sobre eventuales violaciones a derechos constitucionales producidas por los árbitros pueden ser objeto de control mediante el recurso de nulidad contra el Laudo final (Vid. Sentencia 462/2010).

4.- Se podría pensar que: “*Un arbitraje priva a los arrendatarios de la protección que le ofrecen las Direcciones de Inquilinato y, en algunos casos, de las alternativas de protección que algunos tribunales otorgan como la consignación inquilinaria*”.

Totalmente falso, debido a que desde la entrada en vigencia de LAI en 1999, las Direcciones de Inquilinato (ahora “Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Viviendas” conforme a la LRCAV) sólo poseen competencia administrativa para la regulación de alquileres, esto es, que **sólo les compete la fijación de los cánones máximos a cobrar, dejando a la vía judicial o arbitral a todas y cada una de las acciones del catálogo arrendaticio** (e.g. demandas por cumplimiento de contrato, resolución de contrato, desalojo, interpretación, nulidad, etc.). Con esto LAI eliminó el conocimiento en **vía administrativa**³² de tales acciones. Un arbitraje supone el mismo conocimiento (ni en mayor o menor medida) que el que tendría un juez civil. Inclusive, como se dijo, el árbitro debe aplicar las mismas leyes y principios jurídicos (Sobre este particular véase el estándar o test a que se refiere la sentencia N° 1.541/2008 de la Sala Constitucional, ratificada en la sentencia 1.067/2010 y por la Sala Político Administrativa en las sentencias 250/2011, 266/2011 y 877/2011). Inclusive, debe insistirse, las competencias de esas autoridades administrativas están limitadas a los arrendamientos sobre viviendas; no respecto a inmuebles destinados a comercio, oficina, industria o educación.

Además, **sólo para el caso de arrendamientos sobre viviendas**, las Direcciones de Inquilinato (ahora “Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Viviendas”), el Instituto Para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS) y el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Vivienda y Hábitat, conservan el ejercicio de sus competencias administrativas (sancionatorias) de conformidad con LAI y la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (en lo sucesivo Ley Indepabis), y las noveles leyes de **LEY CONTRA EL DESALOJO Y LA DESOCUPACIÓN ARBITRARIA DE VIVIENDAS** (G.O. N° 39.668 del 6 de Mayo de 2011, en lo sucesivo LCDAV) y la **LEY PARA LA REGULARIZACIÓN Y CONTROL DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA** (G.O. N° 6.053, Ext. del 12 de Noviembre de 2011, en lo sucesivo LRCAV) para el supuesto de ilícitos administrativos (Ejemplo: La

³² Aunque vale acotar aquí, que para el **exclusivo caso de viviendas** (no inmuebles comerciales, de oficina, industria, profesionales o de enseñanza) el demandante (en arbitraje) estará sometido a la carga insoportable de **agotar el procedimiento administrativo** previsto en la primera LCDAV (**Artículos 7 al 10**), en concordancia con lo previsto en el **artículo 96** de la LRCAV. Normas cuya constitucionalidad ponemos en duda.

imposición de multas por avisos discriminadores, ofertas engañosas, etc.), que para nada compiten o riñen con el conocimiento de los árbitros o los jueces en el conocimiento de demandas de contenido patrimonial.

Aunque lamentablemente debemos advertir, y **sólo para el caso de viviendas**, que antes de la potencial interposición de una solicitud de arbitraje, el demandante tendría la carga de agotar, previamente, el “*procedimiento administrativo*” a que se refiere la LCDAV (Vid. artículos 7 al 10) y la LRCAV (Vid. artículo 96)³³, en concordancia con su Reglamento (Vid. Artículo 35). **Lo que convierte al arbitraje en materia de arrendamiento de viviendas, totalmente impráctico e inviable.** Situación que afortunadamente no ocurre para el caso de inmuebles destinados a comercio, industria, oficina, libre profesión o enseñanza.

Por otra parte, como ya se dijo, el arrendatario de una oficina, local comercial o galpón industrial, podrá consignar sus cánones de arrendamiento por ante un Tribunal de Municipio competente por la ubicación del Inmueble³⁴, independientemente que el contrato incluya una cláusula de arbitraje, dado que los árbitros (al igual que los jueces), luego deberán valorarlas conforme a lo previsto en el artículo 56 de LAI.

5.- Se podría pensar que el “*arbitraje arrendaticio es más rápido que la vía judicial*”, y ¿*Se puede recuperar el inmueble arrendado con un laudo (decisión) arbitral?*

Una de las principales virtudes del arbitraje, comparativamente con la vía judicial ordinaria, es que suele ser mucho más expedito. De entrada hay que destacar que supone el ahorro de una segunda instancia y de una eventual “*casación*”³⁵ ante la SALA DE CASACIÓN CIVIL del TSJ (consideraciones infra).

³³ Respecto al Decreto contra El Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas, debemos señalar que la SALA DE CASACIÓN CIVIL, mediante decisión Nro. 502 de fecha 1 de Noviembre de 2011, aclaró que su entrada en vigencia no debía significar la “paralización” de las causas judiciales ya en curso.

³⁴ En el área Metropolitana de Caracas, existe un Tribunal con competencia exclusiva para ello.

³⁵ En el subtítulo siguiente explicaremos con detalles la situación respecto a los recursos de casación contra las Sentencias dictadas por los Tribunales Superiores que decidan sobre un recurso de nulidad contra un Laudo

Supone también contar con un “*juez*” (en realidad árbitro) especialista en la materia, y que no posee (como sí lo tiene un Tribunal ordinario) un cúmulo de causas o expedientes en curso.

La decisión de los árbitros (para las partes) tiene la misma fuerza vinculante que tendría una sentencia emitida por un Tribunal ordinario de nuestro Poder Judicial. De suerte tal que pueden ejecutarse (aún forzosamente) con el auxilio de los órganos del Poder Judicial con competencia para la ejecución de fallos y medidas.

De manera que un laudo que sea pronunciado en materia arrendaticia puede imponer (a la parte vencida) condenas de sumas de dinero y, además, la imposición de órdenes específicas orientadas a la restitución del inmueble dado en arrendamiento.

6.- *¿Qué pasa si la otra contratante, en lugar de honrar su obligación de someter las diferencias del contrato a un arbitraje, opta por recurrir a la vía judicial ordinaria?, ¿Qué pasa si esa conducta la asume, luego que ya he iniciado el arbitraje según lo pactado en el contrato?*

Esta inquietud es una de las más importantes, y de mayor extensión en su respuesta, razón por la cual remitimos al punto de este trabajo marcado III. (“*Consecuencia práctica de la posición adoptada por la SC -Sentencia 1.067-, en el supuesto que alguna de las partes pretenda desconocer a la cláusula o pacto arbitral, mediante la interposición de una demanda ante un tribunal ordinario*”)

IX. Control Judicial sobre el Laudo Arbitral y la recurribilidad de la decisión que resuelva una nulidad en contra del Laudo (la elección entre la casación, amparo constitucional y revisión constitucional):

A lo largo del presente trabajo hemos acotado que la SC no ha vacilado en reconocer y proclamar que el mecanismo idóneo para atacar o impugnar a un Laudo arbitral, no es otro que el **recurso excepcional de nulidad** a que se refiere el artículo 44 y siguientes de LAC.

En efecto (*supra*), la SC ha establecido en forma “*vinculante*” que el amparo constitucional que se intente contra un Laudo arbitral debe declararse inadmisibile

(Vid. Sentencias 1.541/2008; 462/2010, 1.067/2010 y 1.773/2011, entre otras) a tenor a lo previsto en el artículo 6.5 de LOA, por la existencia previa de un recurso judicial *ad hoc*, como lo es el recurso de nulidad que nos ocupa.

No obstante, hasta ahora la SC no ha fijado posición (al menos de forma expresa), en cuanto a la posibilidad de una solicitud de revisión constitucional contra un Laudo arbitral (aunque no faltara alguno que pudiese especular lo contrario haciendo una interpretación excesiva de la sentencia nro. 1.942/2003 de la SC). No obstante, pensamos que dado el carácter informado, detallado y de compromiso que ha mostrado la SC con los medios alternativos a través de los fallos “*vinculantes*”- tantas veces aludidos aquí-, es lógico pensar que mantendría su tendencia de ordenar a las partes a “*agotar*” al recurso de nulidad y, luego entonces, quedar abierta la posibilidad de interponer una solicitud de revisión constitucional contra la “*sentencia definitivamente firme*” que dicte el Tribunal Superior Civil y Mercantil. No, en cambio, la admisión “*autónoma*” de una revisión constitucional contra el Laudo. (Sobre esto volveremos *infra*). Inclusive, “*mutatis mutandis*” respecto al amparo constitucional, pues, suponemos que la SC sería constante y coherente con su tendencia jurisprudencial, y solo le admitiría cuando se intentase contra la sentencia de fondo que dictase el Tribunal Superior Civil y Mercantil al decidir sobre la nulidad, mas no cuando se intente de forma directa contra el Laudo arbitral (*supra*) que inexorablemente sería inadmisibile a tenor del artículo 6.5 LOA.

Adicionalmente, la propia SC cuando se ha referido al recurso de nulidad contra laudo, al reputarlo como el mecanismo judicial natural que debe emplearse para impugnarlo, ha aprovechado de aclarar que puede contener graves denuncias –inclusive- de magnitud constitucional. Es decir, la propia SC ha admitido que denuncias sobre quebrantamientos constitucionales puedan hacerse valer a través del recurso de nulidad (Vid. Sentencia 462/2010). Otra razón adicional para desechar al amparo y a la revisión constitucional para atacar directamente a un laudo arbitral. Cosa distinta –y que no excluye de plano- que contra la sentencia del Tribunal Superior, sí puedan interponerse amparos o revisiones constitucionales (*infra*).

Dicho todo lo anterior, salta entonces a la vista la alternativa del **recurso de casación contra la sentencia de un Tribunal Superior** que haya resuelto en el fondo, algún recurso de nulidad contra un laudo arbitral.

Sobre la posibilidad de **casación** respecto a la decisión que emita un Tribunal Superior que conozca de un eventual recurso de nulidad contra el Laudo, debemos adelantar que solo la compartiríamos (con muchas reservas de por sí) en el **exclusivo supuesto** que la decisión del Tribunal Superior haya sido la de declarar – ni más ni menos- la NULIDAD del Laudo por cualquiera de los **motivos taxativos** a que se refiere el artículo 44 de LAC.

En cambio, no acompañamos la tesis que admite la casación contra sentencias de tribunales superiores que hayan desestimado al recurso de nulidad del laudo:

- (i) Dado el carácter alternativo y expedito del arbitraje, orientado a disminuir a su mínima expresión el conocimiento de los tribunales ordinarios;
- (ii) El sistema debe procurar la firmeza del laudo, sólo admitiendo “nuevas” instancias de forma excepcional;
- (iii) Indiscutiblemente, la admisión de la casación implica la posibilidad de la “casación múltiple”, lo cual a todas luces degrada una de las principales virtudes de la opción arbitral, como lo es la celeridad y el principio de unicidad de procedimiento;
- (iv) La sentencia del Tribunal Superior que se pretende someter a casación no es una alzada, es decir, no se corresponde con una segunda instancia, pues no es una apelación. Por tanto, no puede dársele el mismo tratamiento al que tiene una sentencia cotidiana de segunda instancia;
- (v) En virtud de lo anterior, la consecuencia de estimar a un recurso de casación - por algún error del panel arbitral (no analizado o mal interpretado por el Tribunal Superior)- estaría condenada al absurdo de ordenar – a la postre- un reenvío en un panel que ahora es inexistente;
- (vi) Inclusive, visto que los motivos taxativos (Art. 44 LAC) por los cuales se estimaría una nulidad de laudo están referidos exclusivamente a graves quebrantamientos de forma (literales b, c, y

e) y a la arbitrabilidad o no del conflicto (literales a, d y f); la única consecuencia posible sería la nulidad absoluta no sólo del laudo, sino de todo el procedimiento arbitral que le precedió, con lo cual, sólo podría entonces ordenarse – de ser el caso- la constitución de un nuevo panel arbitral para que conozca de la causa “*ex novo*”.

- (vii) La casación sobre la sentencia que dicte el Juez Superior al decidir sobre un recurso de nulidad contra un laudo, **carece de base legal. Ni LAC ni el CPC lo prevén.** Nos explicamos. Con la entrada en vigencia de LAC (inspirada en la Ley Modelo de la CNUDMI), las normas que sobre “arbitramento” prevé el CPC, devienen en derogadas, por lo cual, sería incorrecto e incompatible invocar al ordinal 4to. del artículo 312 *eiusdem* para justificar la casación contra una decisión de un Tribunal Superior que conozca de una nulidad de Laudo. Por qué? (a) Debido a que las normas del CPC aplicaban para el arbitraje que debía “formalizarse” ante el juez de primera instancia (i.e. el arbitramento); (b) con LAC se supera ese esquema y las partes pueden “constituir” un panel arbitral en forma independiente o institucional, sin estar “controlado” o “administrado” por el juez ordinario en base al CPC (distinto es que se solicite su auxilio en un arbitraje Ad Hoc); (c) prueba de lo que afirmamos es la propia redacción del ordinal 4to. del artículo 312 CPC cuando dice que el recurso de casación procede contra la sentencia de los Tribunales Superiores “...*que conozcan en apelación de los laudos arbitrales*”. ¿Cuál apelación?; ¿dónde está la nulidad?; ¿Es que acaso el Tribunal Superior esalzada del panel arbitral?. En efecto, esa redacción del ordinal 4to. responde al sistema del arbitramento en donde los Tribunales Superiores eran alzadas del “tribunal” arbitral. Era el arbitraje en su versión más primitiva o elemental, en donde el laudo era casi similar a una sentencia dictada por “asociados”, dado que se dictaba con ocasión al procedimiento del CPC. Todo lo contrario al sistema vigente que regula LAC: (a) el arbitraje se inicia fuera del “régimen judicial del CPC”; (b) el panel arbitral NO tiene alzada y, por tanto, contra los laudos NO cabe apelación alguna; (c) solo se admite un recurso extraordinario de nulidad por motivos taxativos contra el laudo arbitral, sin que por esa circunstancia se pueda considerar como una alzada. Razón por lo cual no puede invocarse el ordinal 4to.

del artículo 312 del CPC, porque sencillamente esa norma no tiene vigencia formal ni material.

- (viii) El arbitraje si bien ya no puede continuar reputándose como una excepción a la vía judicial (Vid. Sentencia 1.067/2010), no obstante, no deja de ser una válida y auténtica renuncia a la misma. Razón por la cual, las partes al optar por el arbitraje han renunciado al conocimiento del fondo de sus disputas en instancias judiciales. Con lo cual, la interpretación sobre la posibilidad de actuación judicial debe hacerse en forma restrictiva; esto es, solo debe admitirse la participación judicial cuando no existe duda de ello.
- (ix) ¿Existe derecho constitucional a la casación sobre las sentencias dictadas por un Superior? No. La SC a través de una jurisprudencia pacífica, consolidada y sin vacilaciones ha sido tajante en negar cualquier conceptualización que postule el “derecho constitucional a la casación”, siendo además conteste con la jurisprudencia comparada sobre el particular (Vid. Sentencias 2.667/2002; 613/2003 y 1.929/2008, entre muchas otras). La SC ha considerado que es potestativo del legislador establecer si alguna sentencia es o no susceptible de casación e, inclusive, la misma Sala ha expresado que la interposición de recursos está sujeta a la existencia de una base legal expresa.

A pesar de todo lo anterior, la Sala de Casación Civil del TSJ³⁶ (en lo sucesivo la SCC), actualmente postula la admisión del recurso de casación contra la sentencia de un Tribunal Superior que haya resuelto la acción de nulidad contra Laudo arbitral; indistintamente de la orientación de la

³⁶ Para analizar la evolución jurisprudencial de la Sala de Casación Civil, léase a VICTORINO TEJERA PÉREZ y PEDRO SAGHY CARDENAS en “Arbitraje Comercial y Casación Civil”. Revista Derecho y Sociedad, N°9. Universidad Monteavila. Caracas, Noviembre 2.010, y a HERNANDO DÍAZ-CANDIA en “La Conciliación y el Arbitraje Comercial en el Contexto de la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela”. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. Vol. IV, n° 3. Madrid, 2011, quien refuerza con mucha claridad la posición en contra de la admisión del recurso de casación en Venezuela, ante la ausencia de base legal expresa. Con lo cual, sólo admitiría su posibilidad, en el supuesto que la Ley de Arbitraje Comercial así lo contemplase. También sobre este punto, destaca la posición del connotado profesor universitario RAMÓN ESCOVAR LEÓN, quien con mucha vehemencia y autoridad científica (al ser precisamente casacionista), sostiene la inadmisibilidad del recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior, al no existir base legal expresa y al significar una grave contradicción con los valores y pilares que sustentan el sistema arbitral regido en LAC.

misma. Esto, principalmente a partir de la sentencia RH N° 0383 del 12 de junio de 2008, caso “Galerías Ávila Center”, más recientemente ratificada mediante fallo³⁷ RC Nro. 507 del 2 de Noviembre de 2011, y sentencia Nro. RC 000586 del 29 de Noviembre de 2011.

Ahora bien, para el momento en que el presente trabajo se encontraba en revisión para su entrega en imprenta, la SC ha dictado novedoso fallo jurisprudencial (**Sentencia N° 1773/2011 del 30 de Noviembre**, caso “*Van Raalte*”; luego ratificada en sentencia N° **95/2012 del 17 de Febrero** caso “*Hernando Díez y Bernardo Weininger*”) que se orienta en la posición de negar la admisión al recurso de casación contra la sentencia de un Tribunal Superior que conozca de una demanda de nulidad contra un laudo. Esto, **indistintamente de la suerte de la sentencia del Tribunal Superior; es decir, la SC niega la casación, se haya o no anulado al laudo arbitral. Sencillamente, la SC optó por abrir la vía del amparo constitucional y de la revisión constitucional contra la sentencia que dicte el Tribunal Superior.**

La SC consideró lo siguiente:

Ahora bien, no escapa a la Sala que tal como ocurrió en el presente caso, muchas de las decisiones que se producen como consecuencia de la interposición de recursos de nulidad contra laudos son objeto de recursos de casación, lo cual a juicio de esta Sala, contraría los principios contenidos en sentencias vinculantes, relativas al arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflicto (...).

(...) compele a esta Sala plantearse ante el silencio normativo en la Ley de Arbitraje Comercial, cuáles son los posibles controles que puede ser objeto la sentencia que conozca un recurso de nulidad de un laudo arbitral.

³⁷ Estas recientes sentencias de la SCC, desestimaron a un recurso de casación contra una sentencia de un Tribunal Superior, considerando que la última había actuado correctamente, dado que inadmitió al recurso de nulidad contra el laudo, al no haberse caucionado suficientemente. Es decir, la SCC fue conteste con la recurrida en cuanto a que es totalmente ajustado a la legalidad (ex artículos 43 y 45 LAC), la exigencia de una caución suficiente para oír la nulidad. El recurrente en casación –y antes en nulidad- había denunciado la inconstitucionalidad de la exigencia. Lamentablemente la SCC no invocó para su racionamiento a la sentencia Nro. 1.121/2007 (caso “Punto Fuerte”) de la SC, que dispuso cualquier duda sobre la constitucionalidad de la exigencia.

Al respecto, debe destacarse el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial prevé el recurso de nulidad contra el laudo arbitral, en los siguientes términos:

*“Artículo 43. Contra el laudo arbitral **únicamente** procede el recurso de nulidad. Este deberá interponerse por escrito ante el Tribunal Superior competente del lugar donde se hubiere dictado, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente. El expediente sustanciado por el tribunal arbitral deberá acompañar al recurso interpuesto.*

La interposición del recurso de nulidad no suspende la ejecución de lo dispuesto en el laudo arbitral a menos que, a solicitud del recurrente, el Tribunal Superior así lo ordene previa constitución por el recurrente de una caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en el caso que el recurso fuere rechazado”. (Destacado de la Sala).

De una simple lectura del artículo parcialmente transcrito, se evidencian dos elementos fundamentales a considerar en lo relativo a la recurribilidad de los laudos, en primer lugar, que contra ellos solo procede el recurso de nulidad y, en segundo término, que se limita el conocimiento de éstas acciones a una **única instancia**, en la medida que el legislador optó por otorgarle la competencia a un Juzgado Superior y no a un tribunal de inferior jerarquía.

(...)

Tales principios, serían frontalmente desconocidos si se admitiera la posibilidad de Casación respecto a la decisión que emita un Tribunal Superior que conozca de un eventual recurso de nulidad contra el Laudo.

Ciertamente, el carácter alternativo y expedito del arbitraje, orientado a disminuir a su mínima expresión el conocimiento de los tribunales ordinarios, lo cual constituye el fundamento pragmático del sistema de arbitraje en particular y los medios alternativos de resolución de conflictos en general.

(...)

En ese sentido, al no existir en el marco del proceso de arbitraje ni del Código de Procedimiento Civil, una previsión expresa en torno a la recurribilidad en casación de las sentencias de nulidad de laudos arbitrales, resulta plenamente aplicable el contenido del criterio reiterado de esta

Sala en sentencia N° 613/03, que precisó que “***el derecho a recurrir supone, necesariamente la previa previsión legal de un recurso o medio procesal destinado a la impugnación del acto.*** No toda decisión judicial dentro del proceso puede ser recurrida. Ello atentaría, también, contra la garantía de celeridad procesal y contra la seguridad jurídica y las posibilidades de defensa que implica el conocimiento previo de los litigantes de las reglas procesales. El derecho a la doble instancia requiere entonces del preestablecimiento legal de la segunda instancia, así como del cumplimiento por quien pretende el acceso a ella, de los requisitos y presupuestos procesales previstos en la ley aplicables”.

Por lo tanto, sobre la base de la jurisprudencia parcialmente transcrita, es claro que no procede el recurso de casación, contra la sentencia que resuelve la pretensión de nulidad de un laudo arbitral, bien sea resolviendo el fondo o inadmitiéndolo, lo cual no obsta para la procedencia de otros medios de control jurisdiccional, que en virtud de la Constitución u otras leyes especiales, sometan cualquier decisión jurisdiccional al control de los órganos competentes que integran el Poder Judicial, tal como ocurre en caso del **amparo constitucional o la solicitud de revisión constitucional**.

(Negrillas de la Sala).

Con lo cual, debemos considerar a manera de conclusión sobre este tópico y, conforme con el estado actual de la jurisprudencia de la SC con carácter “vinculante” (Vid. Diversos fallos supra citados) lo siguiente:

- i. La interposición de un **amparo constitucional** contra un Laudo Arbitral deviene en **inadmisible** a tenor de lo previsto en el artículo 6.5 de la LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES; y a la pacífica, diuturna y reiterada jurisprudencia de la SC sobre la aplicación de ese artículo, tanto en forma general, como respecto al arbitraje mismo (Vid. Sentencias N° 1.541/2008; N° 462/2010; N° 1067/2010; N° 1.773/2011, entre otras). Lo anterior, dada la existencia de un remedio procesal específico como lo es el recurso de nulidad contra Laudo previsto en LAC (*supra*).
- ii. Dado que el recurso de nulidad previsto en LAC³⁸ está limitado a los Laudos arbitrales definitivos; nada obsta para que los **laudos**

parciales (e.g. en materia cautelar) puedan ser objeto de **acciones de amparo constitucional o, inclusive, de una solicitud de revisión constitucional** (dado que está satisfecha la exigencia de una sentencia definitivamente firme, Vid. Sentencias de la SC N° 442/2004; N° 428/2005 y N° 144/2012); pero siempre que la parte contra quien obra la medida haya agotado la “oposición” a que se refiere el artículo 602 y siguientes del C.P.C, o la articulación equivalente por ante la misma autoridad arbitral que dictó la medida cautelar. En este sentido, debe aplicarse la jurisprudencia pacífica de la SC, en considerar al agotamiento de esta “oposición” como necesaria o, salvo que haya transcurrido un lapso – a criterio del juez constitucional- excesivo en la espera a la resolución de dicha incidencia que ha sido generada por la “oposición” a la medida.

- iii. Conforme a la tendencia de la SC en los fallos citados, es coherente pensar que no se admita –de forma directa- una solicitud de revisión constitucional contra un Laudo arbitral; siempre que esté en curso una demanda de nulidad contra el laudo ante un Tribunal Superior. Ahora bien, debemos advertir que queda abierta a la interpretación de la SC, el supuesto en el cual la parte perdedora o condenada por un Laudo, - habiendo omitido la interposición de una demanda de nulidad contra aquel - luego, intente una revisión constitucional como “válvula de escape” ante semejante omisión o interposición tardía. En este particular, resulta interesante anotar que la SC ha tratado con rigidez -y por ello tiende a desestimarlas- aquellas revisiones constitucionales que son interpuestas luego que la parte ha omitido el recurso específico (e.g. recurso de apelación o de casación), o lo ha hecho en forma tardía. Lo que hace pensar que la SC no vería con buenos ojos aquellas revisiones que sean interpuestas como

³⁸ Las causales de nulidad del Laudo de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de LAC, están inspiradas tanto en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDM) en su artículo 34, como el artículo V de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de NY, 1958). Para profundizar sobre Convención de Nueva York y la nulidad de los Laudos Arbitrales, recomendamos ampliamente la lectura de la obra colectiva “Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice”. Edited by EMMANUEL GAILLARD and DOMENICO DI PIERTO. Cameron May LTD. London, 2008.

“recurso de salvamento” ante mayúscula omisión o desatención. Adicionalmente, la propia SC admite la denuncia de violaciones de entidad constitucional a través del recurso de nulidad (*infra*) contra Laudos arbitrales.

- iv. La SC ha admitido la posibilidad de denunciar – mediante la demanda de nulidad de Laudo- aquellas violaciones graves subsumibles en el rango constitucional. Es decir, que el **recurso de nulidad**³⁹ debe reputarse como el mecanismo primigenio que debe emplearse contra un Laudo final, aun y cuando se considere que se tienen argumentos de inconstitucionalidad (Vid. Sentencia N° 462/2010; 1.067/2010 y 1.773/2011).
- v. Exclusivamente, contra las sentencias de fondo dictadas por los Tribunales Superiores que conozcan de una demanda de nulidad contra un Laudo Arbitral de conformidad con la LAC, son admisibles la acción de amparo constitucional o la solicitud de revisión constitucional (ex Art. 25.10 y 35 de la LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA), ante la SC.

³⁹ Para profundizar sobre el control judicial sobre el Laudo y su nulidad, recomendamos la lectura de “El Arbitraje y la Judicatura” de FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO. Editorial Porrúa. México, 2007. Así como la obra del connotado catedrático “The Law and Practice of Arbitration” de THOMAS E. CARBONNEAU, así como la gran obra conjunta “International Commercial Arbitration” Third Edition. Thomson West. USA, 2006. de los profesores TIBOR VÁRADY, JOHN BARCELÓ y ARTHUR T. VON MEHREN.

