

# El caso de los procesados por la crisis bancaria de 2009. Una aproximación de tipo hermenéutico a la sentencia 794/2011 de la Sala Constitucional\*

## *The Case of the Accused Persons for the 2009 Banking Crisis A Hermeneutic Approach to Judgment 794/2011 by the Constitutional Chamber*

Oscar Riquezes Contreras\*

Abogado. Cursante del Doctorado en Derecho. Profesor Asistente.  
Profesor de las asignaturas Derecho Romano I, Derecho Civil I (Personas)  
y Derecho Civil II (Bienes y Derechos Reales)

### Resumen

El 20 de noviembre de 2009 el ministro de Economía y Finanzas anunció la intervención, con operaciones con el público, de los bancos Canarias, Confederado, Bolívar y ProVivienda (Banpro), por incumplir la normativa bancaria. Luego, se intervinieron sin operaciones los bancos Confederado y Bolívar\*\*\* y se ordenó la liquidación de los bancos Canarias y Banpro. Por este caso fueron detenidos Ricardo Fernández Barrueco, comprador de los bancos mencionados en último término, y Mario Dickson, expresidente de la Comisión Nacional de Valores. Una reforma legal posterior a su detención

### Abstract

On November 29th 2009, the Minister of the Economy and Finance announced the intervention of the following banks: Canarias, Confederado, Bolívar, and Provienda (Banpro) for non-compliance with banking regulations, while authorizing transactions with the public. Then, Confederado and Bolívar were intervened, not having the power to make transactions. The liquidation of Canarias and Banpro was ordered. With this case came the arrest of Ricardo Fernández Barrueco, buyer of the aforesaid banks, and Mario Dickson, former president of the National Securities Commission. A legal reform

---

\* Este artículo es una versión modificada del trabajo final presentado en la asignatura “Problemas Teóricos y Prácticos de la Interpretación de Derecho en el Actual Ordenamiento Venezolano”, que imparte el profesor Francisco Delgado, en el Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

\*\* **Correo electrónico:** oriquezes@gmail.com

\*\*\* Tiempo después se ordenó la fusión de estos bancos, con los también intervenidos bancos Central y Federal, para crear el estatal Banco Bicentenario.

**Recibido:** 22-04-2013

**Aprobado:** 18-07-2013

los estimuló a pedir su libertad ante la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, causando revuelo en el Ministerio Público, que pidió el avocamiento de la Sala Constitucional. Esta desestimó la petición de los detenidos, basándose en una interpretación de la Constitución, que puede traer graves consecuencias a futuro, pues dicho texto –antes que constituir una defensa efectiva del ciudadano frente al Poder– solo serviría para privilegiar el *ius puniendi* estatal.

### Palabras clave

Hermenéutica; método gramatical; método histórico; Estado social de derecho; interpretación según la Constitución; derecho penal; principio de legalidad penal; *in dubio pro reo*; ley penal intermedia

after their arrest allowed them to request their liberation before the Criminal Cassation Chamber of the Supreme Court of Justice. This caused a stir in the Office of the Prosecutor-General, and requested the hearing of the Constitutional Chamber, which dismissed the request of the arrested persons, on the grounds of a Constitutional interpretation that may have serious consequences in the future because said text would only serve to privilege the State's *ius puniendi* in lieu of being an effective defense of the citizen against Power.

### Key words

Hermeneutics; grammatical method; historical method; social rule of law; interpretation in accordance with the Constitution; criminal law; criminal lawfulness principle; *in dubio pro reo*; intermediate criminal law.

## INTRODUCCIÓN

A raíz de la crisis bancaria de diciembre de 2009, varias personas relacionadas con esa área económica fueron imputadas por la comisión del delito de apropiación o distracción de recursos de instituciones financieras, previsto en el artículo 432 de la Ley General de Bancos de 2008. Posteriormente, se produjo una situación por demás interesante, ya que el 28 de diciembre de 2010 se promulgó la Ley de Instituciones del Sector Bancario, en cuyo artículo 213 se enunció el mismo delito mencionado arriba, pero con la descripción de una conducta punible distinta, lo que hizo pensar a sus defensores que hubo una despenalización.<sup>1</sup> Ante esta circunstancia, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia se avocó al conocimiento de los respectivos expedientes, pero antes de que pudiera pronunciarse, el Ministerio Público pidió el avocamiento de la Sala Constitucional del mismo Tribunal, pues en su criterio es “contrario a nuestro sistema constitucional, sostener, como pretenden algunos, que hubo una voluntad del Estado en despenalizar tan grave y lesiva conducta criminal”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Declaración de José Benigno Rojas al periodista Oscar Medina. Diario *El Universal*, 10 de abril de 2011, Sección Nacional y Política, Expediente <<http://www.eluniversal.com/2011/04/10/y-si-no-es-delito-que.shtml>>

<sup>2</sup> Alegato reseñado por la Sala Constitucional en su sentencia 425 del 4 de abril de 2011. Esta petición del Ministerio Público se basó en el artículo 114 constitucional.

Lo antes señalado nos permite decir que la Sala Constitucional debía elegir entre dos normas de rango constitucional: el artículo 24, que permite la aplicación retroactiva de la ley, cuando imponga menor pena al reo, invocado por la defensa, y el artículo 114, invocado por el Ministerio Público, que dispone que la ley castigará severamente al ilícito económico y otras figuras ilícitas conexas. La Sala Constitucional se pronunció mediante sentencia número 794, de fecha 27 de mayo de 2011, acogió el alegato del Ministerio Público, desestimó la despenalización y declaró vinculante la aplicación del artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras de 2008, a todas las actuaciones del proceso.

En las líneas siguientes analizaremos la sentencia en dos partes: en la primera la abordaremos desde la óptica de los principios que podemos llamar ortodoxos o tradicionales, recogidos en el artículo 4 de nuestro Código Civil. También nos referiremos a otros principios interpretativos, invocados por la Sala. En la segunda parte, y dada su importancia en este caso, nuestro análisis se centrará en puntos vinculados con el derecho penal, para poner de relieve la interacción de principios que podemos considerar clásicos de esta disciplina, con el nuevo marco constitucional.

## PRIMERA PARTE

### **Parámetros interpretativos usados por la Sala Constitucional. Subvaloración del elemento gramatical**

La Sala, a fin de determinar si el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2010 despenalizó el delito imputado a los procesados, declaró que para establecer su significado y alcance usaría los parámetros establecidos en el artículo 4 del Código Civil. El primero de los cuales, como sabemos, es el gramatical. Esto luce razonable porque el legislador y el intérprete (Delgado, 2005, p. 87) hablan el mismo idioma. En épocas pretéritas, la convicción de la suficiencia del lenguaje para interpretar una norma, quedó reflejada en el aforismo *in claris non fit interpretatio*, recordado por la Corte Federal y de Casación:

(...) Cuando la Ley es diáfana muestra su propia transparencia; cuando la ley es clara, ella misma refleja la imagen de su contenido de una manera sencilla y natural; sin un gran trabajo de la mente, sin mayor esfuerzo de raciocinio, por lo cual el juez la aplica sin propiamente interpretarla según las reglas clásicas de

interpretación, pues en este caso es cuando se entiende el adagio que dice que cuando la Ley es clara no necesita interpretación (...).<sup>3</sup>

Por supuesto, habrá ocasiones en las que la interpretación gramatical no será adecuada; por ejemplo, cuando la redacción de las normas sea defectuosa o equívoca<sup>4</sup> (Carrillo Perera, 2003, p. 100). Pero queremos destacar que la Sala dijo que la interpretación gramatical “no es jurídicamente posible”, cuando contradiga el sistema de principios constitucionales, pues en ese caso: “(...) la interpretación contraria a la disposición normativa será la correcta, en la medida que es la exigida por el Derecho Constitucional (...)”.<sup>5</sup>

Esta declaración nos merece las siguientes réplicas:

A) Ante la colisión de una norma de cualquier rango con la Constitución, el juez debe aplicar preferentemente la segunda, como dispone el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, es decir, no se trata de *contrariar el texto* de la norma infractora del texto fundamental, sino de *no aplicarla* en absoluto.

B) La insuficiencia u oscuridad de la norma no justifica prescindir de su texto, pues este marca el límite de la interpretación, y su irrespeto convierte la actividad del juez en una formulación modificativa del derecho (Larenz, 1966, p. 256).

Consideramos que la subvaloración que la Sala hace del elemento gramatical puede explicarse en su adopción de un parámetro hermenéutico no tradicional: la interpretación conforme con la Constitución,<sup>6</sup> que se traduce en una búsqueda mediatizada del sentido de la norma, especialmente de aquella cuyo texto sugiera varias opciones, pues se cotejará con el texto fundamental y este fijará –en definitiva– su significado, pues en caso de conflicto “(...) debe prevalecer en el proceso de exégesis el sentido de la norma, entre los posibles, que sea adecuado a ella”.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Fallo del 7 de marzo de 1951, citado por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Civil, en sentencia 202 del 14 de junio de 2000.

<sup>4</sup> Aunque en nuestro criterio, la oscuridad o ambigüedad del texto puede superarse con los demás parámetros fijados en el artículo 4 del Código Civil.

<sup>5</sup> Criterio expuesto en sus sentencias 1.684/2008; 1.326/2009 y 1.115/2010.

<sup>6</sup> Postulado por las nuevas corrientes del derecho constitucional, derivado del carácter normativo de la Constitución.

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional español, sentencia 77/1985, de 27 de junio. Reseñada por Pibernat Domenech, Xavier, en “La sentencia constitucional como fuente del derecho”. *Revista de Derecho Político*, n° 24, 1987, <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=56961>>, p. 79, consulta: 2012, mayo 23.

Por otra parte, hemos encontrado abundantes referencias a la predilección de los magistrados por el estudio de los procesos históricos que rodearon la aparición de la norma. Este parámetro, en definitiva, fijará el rumbo que debe seguir el intérprete. Así se desprende de las palabras de Arcadio Delgado Rosales, quien al hablar de la interpretación de la Constitución, dice:

(...) en el proceso de interpretación constitucional no sólo se trata de despejar o aclarar el sentido de ese texto “legal”, sino además de la Constitución, como texto normativo de carácter fundamental, abstracto y general, *deben examinarse los procesos históricos formativos del Derecho Constitucional en su plenitud, la costumbre, la autoridad de los fallos judiciales y la tradición de cultura*, es decir, que se involucra en ella todas las fuentes del Derecho Constitucional y otros factores extrajurídicos (Delgado Rosales, 2001, p. 189. Cursivas nuestras, comillas en el original).

Idéntico pensamiento se constata en las afirmaciones de Francisco Carrasquero López y Carmen Zuleta de Merchán:

(...) los Derechos Humanos no se encuentran inscritos en ninguna tabla de validez universal, *sino que se enraizan en la historia de las sociedades y de los pueblos que los han ido construyendo*, los cuales han superado los enunciados puramente formales del Estado Liberal, para construir, a través de sus luchas, otros derechos (económicos, sociales y culturales), (2012, p. 11; cursivas nuestras).

Consecuente con esa premisa, la Sala hizo un farragoso recuento de las legislaciones babilónica, romana, estadounidense, mexicana y venezolana, que lamentablemente se revela como un fútil ejercicio de erudición, ya que el conocimiento del dato histórico no es determinante para la interpretación, pues no tiene fuerza normativa (Larenz, 1966, p. 252). Además, en este caso concreto, ese recuento no aporta dato alguno que permita establecer si se produjo la despenalización invocada por la defensa de los procesados; a lo sumo, permite comprender la existencia de una *legislación* (entiéndase: conjunto de normas de rango legal), dirigida a controlar al sector bancario de la economía.

### **El análisis del régimen jurídico estatutario de derecho público de la actividad bancaria, desde el ángulo del Estado social de derecho**

A pesar de la invocación del artículo 4 del Código Civil, mencionada anteriormente, la Sala dijo además:

A los fines de abordar el fondo del asunto planteado, esta Sala fijará el marco teórico para poder juzgar el caso concreto, para lo cual se precisará el régimen jurídico estatutario de derecho público aplicable al sector bancario, *desde el ángulo del Estado Social de Derecho que determina la interpretación del sistema económico consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* y, de los cimientos históricos y económicos que dieron origen a la actual regulación penal vinculada con la normativa que rige la denominada actividad bancaria o financiera (...), (cursivas nuestras).

Es decir, a los fines de determinar si hubo despenalización, la interpretación normativa partirá de un concepto político como el “Estado social de derecho”. En efecto, el Estado social de derecho se presenta como una superación del Estado de derecho de corte liberal<sup>8</sup> y persigue: (...) la armonía de las clases, evitando que la clase dominante, por tener poder económico, político o cultural, abuse o subyugue a otras clases sociales, impidiéndoles el desarrollo y sometiéndolas a la pobreza y a la ignorancia, a la categoría de explotados naturales y sin posibilidad de redimir su situación (...).<sup>9</sup>

Tal armonía de clases se busca mediante la transformación de la realidad social, a través de la intervención decisiva del Estado en la conducción de la economía, con el propósito de orientar el mercado y corregir sus desequilibrios, garantizar el aumento de la producción y el pleno empleo, disminuir la desigualdad material, distribuir equitativamente el ingreso nacional, asegurar a la población un conjunto de condiciones vitales mínimas y garantizar el disfrute de los servicios fundamentales.<sup>10</sup>

La clave para lograr tal transformación es la planificación, que es una actividad estatal eminentemente política, como dice Araujo García: Al analizar –desde una perspectiva jurídica– la planificación y sus modalidades de instrumentación legal,

<sup>8</sup> Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, sentencia 23 del 22 de enero de 2003 (caso Harry Gutiérrez Benavides y Johbing Richard Álvarez Andrade).

<sup>9</sup> Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, sentencia 85 del 24 de enero de 2002 (caso Asociación de Propietarios de Vivienda Principal del Estado Lara).

<sup>10</sup> En tal sentido coinciden: Delgado, F. *La idea de derecho en la Constitución de 1999*. Serie Trabajos de Grado, 16, Caracas: Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2008, p. 20; Madrid Martínez, C. “Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, el Estado social de derecho y la sentencia sobre los créditos indexados”. *Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Temas de derecho civil, I*, Colección Libros Homenaje, 14, Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004, p. 784; Delgado Ocando, J.M. Diez tesis sobre el Estado social de derecho. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 73, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1989, pp. 170-171.

estamos conscientes de las raíces eminentemente políticas y económicas del tema, así como observamos que el fenómeno planificador destaca en el marco de las funciones de la Administración contemporánea (...), (Araujo García, 1991, p. 25).

El Estado planificador no surgió en Venezuela en 1999. La doctrina menciona algunas medidas de estímulo económico (incentivo fiscal, limitación de las importaciones, etc.) tomadas mucho tiempo atrás, en el marco de los planes de desarrollo de la nación), (Lares Martínez, 1988, pp. 267-272; Brewer-Carías, 1996, tomo I, pp. 166-167); pero la planificación pasó de ser una simple fijación de metas de crecimiento económico para convertirse en un fenómeno político más complejo, pues “al utilizar la planificación como instrumento del desarrollo económico y social, es importante buscar ese difícil equilibrio entre la eficacia y la libertad, tratando de que ninguno sea sacrificado al otro” (Araujo García, 1991, p. 29).<sup>11</sup>

Sin embargo, dentro de la corriente militante del Estado social de derecho está el exmagistrado de la Sala Constitucional, José Manuel Delgado Ocando, quien critica la planificación del Estado de derecho por ser fragmentaria y dirigida al reforzamiento del mercado, mientras que la del Estado social de derecho *no se preocupa tanto* por la libertad, la propiedad o la seguridad, como por el derecho a la justa participación en el beneficio social (Delgado Ocando, 1989, p. 169). Cabría preguntarse si con esta despreocupación por la libertad, la propiedad o la seguridad, se corre el riesgo de desembocar en el surgimiento de una *nueva* clase dominante que subyugue a las demás clases sociales, convirtiendo el artículo 2 constitucional en una vacua mención retórica.

Por otra parte y para complicar más el panorama, tenemos que la noción de Estado social abarca también la legitimidad de los órganos estatales, en su rol de representantes del pueblo que los eligió. Así dijo la propia Sala Constitucional:

Ahora bien, en el contexto del Estado democrático y social (artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), la legitimidad de quienes ejercen la función pública no es sólo *ab initio*, o formal, sino también el resultado de una continua interacción entre el Estado y la sociedad (...) con la consecuente materialización de los postulados de la Constitución. Así, quienes ejercen la función pública, dada la transparencia y publicidad en su ejercicio (artículo 141 *eiusdem*), son escrutados día a día por los ciudadanos, quienes

---

<sup>11</sup> Esta autora agrega que el equilibrio debe extenderse también a la relación gobierno central-gobiernos locales, para evitar que estos se vean abrumados por aquel.

evalúan de manera permanente la *performance* de aquellos que la ejercen (cursivas en el original).<sup>12</sup>

Expresiones similares formula Adalid Ambriz Landa, al referirse al principio de legalidad penal “como pilar de un sistema de Derecho penal en un Estado social y democrático de derecho” en México: “(...) la voluntad del legislador (*poder electo a través del sufragio del pueblo*) plasma las conductas que en caso de actualizarse, por así haberlo decidido el propio Parlamento (*que actúa en representación de la sociedad*), darán lugar a imponer una sanción” (Ambriz Landa, s.f., p. 29; paréntesis en el original, cursivas nuestras).

No ignoramos que para la Sala Constitucional la política es un parámetro fundamental para su labor interpretativa, especialmente de la Constitución. Así lo declaró en su sentencia 1.309 de fecha 19 de julio de 2001 (caso Hermann Escarrá):

*(...) la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (...). En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado democrático y social de derecho y de justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza (...), (cursivas nuestras).*

En coincidencia con la opinión de la Sala, está la llamada “interpretación integrativa”, postulada por Carrillo Perera, según la cual toda norma jurídica es producto, en última instancia, de ciertas convicciones políticas y morales que una sociedad considera que deben ser protegidas; por consiguiente: “(...) cuando un juez tenga que interpretar una norma, no podrá hacerlo según sus convicciones morales, políticas o jurídicas particulares, sino que lo debe hacer como expresión de un estado (*sic*) que tiene una visión coherente de la teoría política que lo justifica (Carrillo Perera, 2003, pp. 107 y 110).

Sin embargo, advierte que:

Interpretar el derecho integrativamente no es politizarlo (en el sentido de acomodarlo a los requerimientos del gobierno o de las circunstancias de turno), es

---

<sup>12</sup> Sentencia 23 del 22 de enero de 2003.



interpretarlo como un evento que forma parte de la filosofía política y moral que trasciende lo personal o coyuntural y justifica la actuación del estado (*sic*) dentro de un marco teórico y de un contexto institucional que debe ser respetado por cualquier persona que actúe como vocero de alguna de las ramas del poder público (p. 111).

Antes de concluir este apartado queremos decir que la obsesión de la Sala por lo político nos causa gran preocupación, puesto que la interpretación ya no tendrá como objeto la norma, que en virtud de su vocación de duración (pues regirá a la sociedad hasta el momento en que sea eliminada del ordenamiento), proporciona certeza al individuo acerca de qué conducta se espera que despliegue (acción) o deje de ejecutar (abstención). Ahora el parámetro será algo tan etéreo y cambiante como *el proyecto político*. Nuestro país, con 25 Constituciones aprobadas en 200 años de vida republicana,<sup>13</sup> es un buen ejemplo de lo inestable y cambiante de los *proyectos políticos*.

En todo caso, en el apartado correspondiente a los principios del derecho penal verificaremos la fidelidad de la sala al proyecto político plasmado en la Constitución, que contempla principalmente el respeto a los derechos humanos.

### **El rango de las normas del régimen estatutario de derecho público de la actividad bancaria**

Otro aspecto de la sentencia que atrae nuestra atención está relacionado con el examen del sistema económico consagrado en la Constitución, que la Sala realizó basada en el “régimen jurídico estatutario de derecho público aplicable al sector bancario” y que, en sus propias palabras, se sistematiza en la creación, funcionamiento y liquidación de las instituciones que son autorizadas para la captación, manejo, aprovechamiento y la inversión del ahorro.

En primer lugar, porque la Sala declaró que verificaría si la despenalización alegada por la defensa de los procesados, incidiría en la eficacia y vigencia de las *normas constitucionales dirigidas al sector bancario*; sin embargo, es necesario destacar que en el texto fundamental no existen disposiciones dirigidas exclusivamente a la banca. Por el contrario, ese sector económico goza de los mismos

---

<sup>13</sup> Las cuales en su inmensa mayoría fueron aprobadas por gobiernos militares.

derechos reconocidos por la carta magna a todos los particulares, que se dediquen a una actividad económica. En segundo lugar, porque las normas que sí están dirigidas al sector bancario, mencionadas expresamente por la Sala, tienen en su totalidad *rango legal* (verbigracia: Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras; Ley de Regulación de la Emergencia Financiera y Ley de Instituciones del Sector Bancario).

Esta circunstancia plantea un conflicto con el artículo 7 constitucional, que establece su carácter de *norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico* y, agregamos, siguiendo a Peña Solís, que es la única que goza de ese rango, pues: “(...) la Carta Magna no contempla ninguna fuente que sea equiparable a ella en rango, ni tampoco ninguna disposición que eleve a determinados textos legislativos a parámetros de constitucionalidad” (2009, pp. 102-103).

Por consiguiente, los textos *legales* no pueden servir de parámetro de interpretación constitucional; por el contrario, son las normas legales las que deben interpretarse *conforme a la Constitución* (Da Silva, 2005)<sup>14</sup> y así lo afirmó la propia Sala Constitucional, en una decisión bastante reciente:

De allí que esta Sala, *al analizar la expresión jurídica legal o sub legal con el Texto fundamental de acuerdo al principio de supremacía constitucional, debe tener presente que toda manifestación de autoridad del Poder Público debe seguir los imperativos o coordinadas trazadas en la norma fundamental, como un efecto del principio de interpretación conforme a la Constitución* y de la funcionalización del Estado a los valores que lo inspiran (cursivas nuestras).<sup>15</sup>

Con base en lo ya expuesto, podemos afirmar que el análisis de la Constitución a través de normas de rango inferior, que hizo la Sala, en contradicción de su propio criterio, es incorrecto desde el punto de vista metodológico.

### **El artículo 114 constitucional como parámetro interpretativo**

En la sentencia de marras, la Sala elevó el artículo 114 constitucional, al rango de: “(...) *un parámetro interpretativo, para el juez en el análisis de la legislación*

<sup>14</sup> En idéntico sentido, Pibernat Domenech, p. 79.

<sup>15</sup> Sentencia 973 del 1° de julio de 2012 (caso Constitución del Estado Apure).

*penal en la materia*, que debe ponderarse con otros principios aplicables a la legislación penal como los derechos fundamentales referidos a la irretroactividad de la ley, debido proceso, el principio de tipicidad entre otros” (cursivas nuestras).

Ahora bien, ¿qué dice el artículo 114 constitucional? Lo siguiente: “El ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, serán penados severamente de acuerdo con la ley”. Es claro que este artículo no es más que una orden al legislador ordinario, para que castigue una serie de conductas que ya se prefiguran delictivas, pero cuyo contenido esencial –en aras “de evitar groseras o escandalosas lagunas de punibilidad”– debe desarrollarse en la ley, no en la Constitución.

El parámetro para juzgar el cumplimiento de este mandato, es el principio de legalidad, no el artículo constitucional ya señalado, pues la propia Sala agregó:

(...) una aproximación [al cumplimiento del artículo 114], es la obligación del legislador de evitar groseras o escandalosas lagunas de punibilidad, que deberá llenar con la creación de delitos nuevos, perfeccionando los existentes mediante la delimitación de conductas que difícilmente puedan ser sancionadas con los delitos ya existentes (...), (corchetes nuestros).

Por otra parte, no podemos soslayar que ese artículo contiene una serie de términos, cuyo significado es desconocido, pues, ¿qué es el “ilícito económico”? ¿Qué debemos entender por “penados severamente”? y más grave aun: algunos otros tienen varias acepciones y el legislador deberá escoger una, para construir el tipo penal. El ejemplo menos complicado de este último caso es el concepto de usura.

La usura es, en sentido estricto, el interés o precio que recibe el mutuuario o prestamista por el uso del dinero prestado en el contrato de mutuo o préstamo. En significado más amplio, es sinónimo de excesivo interés, de odiosa explotación del necesitado o del ignorante, de precio o rédito exagerado por el dinero anticipado a otro, que debe devolverlo además de abonar tales intereses. Figuradamente, todo provecho, utilidad que se obtiene con una cosa; y de modo especial cuando es grande o excesivo.<sup>16</sup> Creemos que la usura punible corresponderá a la acepción amplia.

<sup>16</sup> Diccionario Cabanellas. Voz “usura”. <<http://ebookbrowse.com>>. Consulta 2013, marzo 7.

Pero tal facilidad no se da respecto de la “especulación”, que es definida como la ganancia o beneficio que se obtiene en la compra-venta en las operaciones bursátiles y en diversas transacciones lucrativas.<sup>17</sup> Por cuanto es obvio que no todo lucro es ilícito, cabe preguntar: ¿Cuál es la especulación punible, a los efectos del artículo 114 constitucional? La Sala no dio esa respuesta.

A lo anterior debemos agregar que del propio pasaje de la sentencia, arriba copiado, se desprende que el artículo 114 constitucional –antes que un parámetro que guía la actividad interpretativa– es una norma que debe –a su vez– ser interpretada de manera sistemática con otros principios recogidos en normas de rango constitucional como la irretroactividad de la ley (artículo 24), debido proceso (artículo 49, encabezamiento) y tipicidad (artículo 49, numeral 6). Esto significa que la ejecución del mandato dado al legislador ordinario debe respetar el principio de legalidad; las normas que dicte no podrán aplicarse a hechos cometidos con anterioridad a su vigencia y, en todo caso, debe respetarse el debido proceso de los imputados por tales delitos.

Por todo lo anteriormente expuesto, afirmamos que el artículo 114 constitucional no es un parámetro interpretativo que permita justificar la decisión tomada en definitiva por la Sala.

## SEGUNDA PARTE

### Principio de legalidad. Potestad para crear y eliminar tipos penales

La Sala, citando su sentencia 490/2011, dijo que en virtud del principio de legalidad:

(...) [el] Poder [Público] no está legitimado para perseguir y sancionar a una persona por un comportamiento que la Ley no asocia a una sanción para el momento del hecho (corchetes nuestros).

Por lo que se refiere a la materia penal, agregó en el fallo que nos ocupa:

El principio de legalidad en materia sancionatoria está estrechamente vinculado a otro principio reconocido como el de la tipicidad de los delitos, conforme al cual, no existe delito sin ley previa que lo consagre (...).

<sup>17</sup> Diccionario Cabanellas. Voz “especulación”. <<http://ebookbrowse.com>>. Consulta 2013, marzo 7.

Es obvia la alusión de la Sala al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que ha sido reconocido internacionalmente como una garantía a favor del ciudadano, como afirma Faúndez Ledezma:

Un segundo aspecto del principio de legalidad (...), se refiere a la certeza de la ley penal, en lo que concierne a la forma rigurosa y exacta de su redacción, permitiendo distinguir entre lo prohibido y lo permitido (...). *Requerir del legislador un alto grado de precisión en la tipificación de los delitos presenta dos ventajas evidentes: en primer lugar, permite al ciudadano conocer con exactitud qué es lo que se prohíbe u ordena bajo la amenaza de una sanción penal; en segundo término, ello reduce substancialmente el margen dentro del cual el Juez debe interpretar la ley (...)*, (Faúndez Ledezma, 1992, pp. 369-370; cursivas nuestras).

Por su parte, Adalid Ambriz Landa (s.f.) afirma:

Conviene inicialmente precisar que la sanción es una consecuencia de la tipicidad, y esta última a su vez actúa como la base fundamental del principio de legalidad; esto deriva en la importancia que la dogmática jurídico-penal asigna al elemento del delito llamado tipicidad, entendido esto como la constatación plena del encuadramiento exacto entre los componentes de una hipótesis delictiva descrita en la ley y un hecho concreto acontecido y probado en el mundo fáctico (...), (pp. 51-52).

En tal sentido, el enjuiciamiento de los banqueros se originó en una conducta tipificada como delito, en el artículo 432 de la Ley General de Bancos de 2008; por consiguiente, podemos afirmar que se respetó el principio de legalidad.

Ahora bien, en otro pasaje de la sentencia, la Sala afirmó que: “(...) el legislador puede establecer o eliminar figuras delictivas (...)”, lo cual nos lleva a cotejar los artículos pertinentes, a fin de verificar la despenalización alegada por la defensa de los procesados.

El artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras de 2008, es del siguiente tenor:

Los miembros de la junta administradora, directores, administradores, funcionarios o empleados de un banco, entidad de ahorro y préstamos, institución financiera o casa de cambio que se apropien o distraigan en provecho propio o de un tercero, los recursos del banco, entidad de ahorro y préstamo, institución financiera o casa de cambio, cuyo depósito, recaudación, administración o

custodia tengan por razón de su cargo o funciones, serán penados con prisión de ocho (8) a diez (10) años.

Consideramos oportuno mencionar que la Sala también dijo que la distracción o apropiación en el derecho penal económico se corresponde con la apropiación indebida calificada del derecho penal. La Corte Federal y de Casación describió el delito mencionado en estos términos: “(...) Incurrir en este delito cualquiera que se hubiese apropiado o invertido en su provecho alguna cosa mueble ajena que se le hubiese entregado por cualquier título que conlleve la obligación de restituirlo o de hacer de ella un uso determinado (...)”, (Corte Federal y de Casación, 1951, p. 40).

Por su parte, el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2010 dice:

Quienes con la intención de defraudar a una institución del sector bancario y a los efectos de celebrar operaciones bancarias, financieras, crediticias o cambiarias, presenten, entreguen o suscriban, balances, estados financieros, y en general, documentos o recaudos de cualquier clase que resulten ser falsos, adulterados o forjados, o que contengan información o datos que no reflejen razonablemente su verdadera situación financiera, serán penados con prisión de diez a quince años y con multa igual al cien por ciento (100%) del monto total distraído.

Con la misma pena serán castigadas las personas naturales que señala el artículo 186 de la presente Ley, de las instituciones sometidas al control de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, que conociendo la falsedad de los documentos o recaudos antes mencionados aprueben las referidas operaciones.

Analizando esta última norma desde el punto de vista gramatical, observamos que no se menciona la acción de *apoderarse de una cosa ajena*, como núcleo del tipo penal, sino por el contrario, se señala la acción de *defraudar*, es decir, de engañar a través de la presentación, suscripción o entrega de documentos falsos, adulterados o forjados.

Esta evidente discrepancia podría interpretarse como una eliminación del delito de apropiación imputado a los banqueros, pues se describen conductas distintas. Esta eliminación del tipo o despenalización es perfectamente factible y constitucional, en virtud de la potestad dada al Legislativo. No obstante, la Sala, en evidente menosprecio del texto legal y de abierta injerencia en las competencias de otro poder, declaró:

*(...) en materia de delitos económicos la discrecionalidad del legislador penal, no es tan amplia como en otros ámbitos dado el contenido del mencionado artículo 114, en concordancia con los artículos 2, 112, 299 y 308 del Texto Fundamental, lo que permite afirmar con mayor claridad que el control de la actividad legislativa por esta Sala, pueda y deba corregir la protección deficiente de los derechos y, en general de los imperativos Constitucionales (cursivas nuestras).*

Y agrega otro pasaje realmente asombroso por lo que significa:

Asumir otra posición interpretativa, resultaría contraria a la naturaleza de los valores, principios y derechos que informan la Constitución, por cuanto en el presente caso se procedería a despenalizar una conducta lesiva *per se*—derivada de la naturaleza de la actividad de intermediación bancaria—, reconocida como tal en el propio texto de la ley, y cuya legalización o deficiente penalización, desconocería el derecho de la sociedad, y de los afectados directa e indirectamente por la presunta apropiación o distracción indebida de recursos imputada, lo que inexorablemente incidiría, como se ha señalado, en el normal desarrollo de la sociedad.

Estas afirmaciones merecen las siguientes réplicas:

1) Ninguno de los artículos constitucionales mencionados establece limitaciones a la potestad del Legislativo de crear y eliminar tipos penales. Por el contrario, tales artículos solo establecen:

Venezuela es un Estado social democrático y social de derecho y de justicia, que tiene como valores fundamentales la vida, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la solidaridad y la preeminencia de los derechos humanos (artículo 2).

Todas las personas pueden dedicarse a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y las leyes (artículo 112).

Serán severamente sancionados por la ley el ilícito económico, la especulación, la usura, el acaparamiento, la cartelización y demás delitos conexos (artículo 114).

El régimen económico de la República se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad (artículo 299).

El Estado protegerá y promoverá la pequeña y mediana industria, las cooperativas y las cajas de ahorro (artículo 308).

2) A lo anterior cabe agregar que en nuestro país ya se han producido despenalizaciones, en materia consideradas sensibles. En efecto, cuando en 1984 se promulgó la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (LOSSEP), su consumo fue despenalizado, pues se consideró que el adicto, antes que un delincuente, era un individuo enfermo que debía ser rehabilitado y reinserto en la sociedad. Nadie consideró que tal despenalización era lesiva para el orden constitucional de la República. La Sala Constitucional, cuyos miembros son apasionados seguidores de *los procesos históricos*, debería saberlo.

3) En nuestro ordenamiento no existe una interpretación *correctiva* que permita al Poder Judicial enmendar la “protección deficiente de los derechos”, realizada por el Poder Legislativo.<sup>18</sup>

4) Llama la atención que la Sala diga que hay conductas delictivas por naturaleza (*per se*), es decir, el tipo penal ya no es *creación* del Poder Legislativo, sino su *reconocimiento* de la existencia de algo *anterior y externo* a la ley y cuya naturaleza es intangible, pues la Sala es clara al afirmar que su despenalización es contraria a los valores reconocidos por la carta magna. Esta afirmación no encuentra asidero en la Constitución de 1999.

### **Falta de aplicación del principio *In dubio pro reo***

En estrecha relación con lo mencionado en el punto anterior, pues deriva del cotejo de las normas de 2008 y de 2010, está esta afirmación de la Sala:

(...) a pesar de que el legislador reconoció la antijuricidad de la conducta referida a la apropiación o distracción de recursos en materia bancaria, existe una inconsistencia en los elementos que integran la norma penal, que no permite a la aplicación de la misma (...), ya que (...) en el contexto de una interpretación literal o sistemática de la norma, generan un desorden que la erigen como contradictoria y de imposible entendimiento (...), en tanto no permite calificar claramente el hecho punible que se corresponde con la pena en ella establecida.

<sup>18</sup> A despecho de la sentencia 607 del 03 de junio de 2004 (caso Deportes El Marqués), dictada por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político-Administrativa, con cuestionable fundamentación jurídica.



Queremos empezar diciendo que llama nuestra atención la admisión del irrespeto al principio de legalidad penal, pues si el hecho punible descrito en el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2010, no está claramente determinado, el “desorden” denunciado por la Sala debe resolverse en la inexistencia del delito, pues los destinatarios de la norma no saben cuál es la conducta que será penada y tal desorden (responsabilidad exclusiva del Estado) no puede perjudicarles.

Por otra parte, si no se quiere aceptar la despenalización, no puede soslayarse que la confusa redacción del tipo penal de 2010 debe leerse favorablemente a los procesados, en aplicación del clásico principio del derecho penal *in dubio pro reo*, que guía la actividad del intérprete. Al respecto, vale mencionar la opinión de Martínez Val:

Mas también en materia de interpretación de la ley penal puede tener vigencia este principio *pro reo*. Es cierto que la interpretación de la ley penal no puede ser integradora (...). La interpretación en materia penal es meramente declarativa (...).

Ahora bien, en muchos preceptos (...) el legislador deja al juzgador no sólo la imposición de la pena, sino también la declaración de la existencia de ciertos elementos subjetivos del delito o de algunas circunstancias objetivas del mismo (...).

(...) siempre que se trate de tales supuestos es obvio que la duda racional sobre el sentido de la ley en relación con el caso concreto puede presentarse y de hecho se presenta. Mas vemos que la historia entera del Derecho Penal es un proceso de humanización, progresivamente acelerado desde el siglo XVIII, hasta convertirse, sin mengua de la necesaria y conveniente expiación del mal producido por la acción delictiva, en un Derecho preocupado por la prevención de la criminalidad y la educación y regeneración de los delincuentes (...), (Martínez Val, 1956, pp. 24-25).

Pero hay además otros criterios que justifican una solución *pro reo*. Así, las nuevas corrientes del derecho constitucional aportan el principio de interpretación *pro hominem* [favorable al hombre], el cual según Granda Molina, implica:

(...) seleccionar y aplicar la norma que en cada contexto resulte más favorable a la persona, atendiendo a la naturaleza de los derechos que se encuentren en juego, a la prevalencia de uno sobre otro y teniendo en cuenta los sujetos que intervienen.

En la aplicación del principio *pro homine* (*sic*) siempre predominará la individualidad del ciudadano y los derechos que le son propios, frente a las conductas

de acción o de omisión que pueda realizar el Estado (Granda Molina, 2007, p. 140).

Y luego agrega:

El principio *pro homine (sic)* es pues, una regla hermenéutica de interpretación constitucional y es el termómetro que debe emplear el intérprete constitucional para operar en ejercicio del poder de disposición ética valorativo a favor de parámetros desde y hacia lo humano (p. 140).

La imposibilidad de comprender el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2010, debió resolverse respetando los valores recogidos en el texto fundamental, ya que así lo dijo expresamente en su sentencia 1.613/2004:

(...) ninguno de sus preceptos debe considerarse de manera aislada, ni superflua-mente ni independiente de lo demás, ya que su sentido y alcance se encuentra conectado con los restantes preceptos constitucionales. De este modo, la interpretación sistemática de la Constitución obliga a entender sus normas en armonía, sin magnificar el sentido de algunos preceptos, ni minimizar el de otros, con el propósito de compatibilizarlos positivamente para garantizar su homogeneidad, cohesión y coherencia (...).<sup>19</sup>

Esto significa que el análisis de la Sala –en aplicación del artículo 2 constitu-cional– debió privilegiar los derechos humanos de los procesados (especialmente, su libertad personal), sobre el ejercicio del *ius puniendi*; sin embargo, al “corregir” la torpeza del Legislativo, aquella realizó una evidente interpretación *contra ho-minem* [contraria al hombre] del texto fundamental.

### Ley penal intermedia

Este caso tomó un giro inesperado, cuando a raíz de la solicitud de libertad de la defensa, el Ejecutivo publicó en la *Gaceta Oficial* 39.627 del 2 de marzo de 2011, el decreto con rango y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Insti-tuciones del Sector Bancario, para tipificar el delito de apropiación o distracción de fondos (artículo 216), en términos similares a los de la ley de 2008, aunque aumentando la penalidad (10 a 15 años de prisión).

<sup>19</sup> Citada por la misma Sala en su sentencia 1.115 del 16 de noviembre de 2010 (caso José Guerra y otros *versus* Ley del Banco Central de Venezuela de 2005).

Antes del mencionado decreto, la determinación de la ley penal aplicable no revestía demasiada complicación, ya que al establecerse que la ley de 2010 era la más beneficiosa a los reos (como creemos que lo era), procedía su aplicación retroactiva, ya que ese era el criterio pacíficamente admitido en la jurisprudencia, durante la vigencia de la Constitución de 1961, cuyo artículo 44 se corresponde en esencia con el actual artículo 24:

(...) La ley rige los actos ejecutados dentro de su ámbito de vigencia; es decir, no rige sobre los del pasado, anteriores a ella, ni sobre los del futuro o posteriores a la terminación de su vigencia. Este principio, que se manifiesta en la no retroactividad y no ultraactividad de la ley, se aplica en materia penal, con la excepción de aquella que sea más beneficiosa para el procesado, en cuyo caso se aplicaría al delito ejecutado antes de su entrada en vigencia (Corte Suprema de Justicia, 2000, p. 5).

La indicada sucesión de leyes (ley de 2008, derogada por la ley de 2010 y esta, a su vez, derogada por el decreto con fuerza de ley de 2011) nos ubica de lleno en el punto que la doctrina penal denomina “ley intermedia”, que plantea el problema de aplicar una norma dictada con posterioridad a la comisión del delito, pero que pierde su vigencia antes del momento de dictar sentencia y la cual puede: A) Crear nuevas incriminaciones; B) Quitar el carácter punible a un hecho considerado como tal, en la ley precedente y C) Modificar el tratamiento penal de un hecho considerado punible, en la legislación anterior (Arteaga Sánchez, 2006, pp. 56-57).

En derecho comparado existen criterios disímiles, en torno a su aplicación: en Argentina y en Chile se permite hacerlo (Ambriz Landa, s.f., pp. 57-58). Por el contrario, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación la rechaza, ya que aunque ello represente un beneficio material y jurídico al procesado, no se estaría aplicando retroactivamente esa ley, sino de manera ultraactiva (p. 59). En lo atinente a Venezuela, cabe señalar que según el testimonio de Luis Jiménez de Asúa<sup>20</sup> (p. 57), nuestra Corte Federal y de Casación, en un fallo del 14 de diciembre de 1916, resolvió la aplicación de la ley intermedia a favor del reo.

Por su parte, la doctrina ha señalado que si bien es cierto que no existen fundamentos técnicos que justifiquen la aplicación de la ley intermedia, ello puede

---

<sup>20</sup> Lamentablemente, no encontramos esta sentencia durante nuestra investigación.

hacerse con base en sentimientos humanitarios, cuando beneficia al reo. En tal sentido, encontramos la opinión de Pascuale Fiore:

El caso de que una ley nueva haya borrado del número de los delitos un hecho calificado de tal por la legislación anterior, no ofrece en verdad seria dificultad. En efecto, ya esté pendiente el procedimiento contra el autor del hecho, ya esté dictada la sentencia, si bien no haya llegado a ser ejecutoria, cuando el legislador haya expresamente declarado que un determinado hecho no pueda en adelante ser considerado como delito (...), debe estimarse evidentemente injusto el someter al procesado a la imputación y al castigo (...). Ninguna duda puede caber de que no existiría en la sociedad el derecho de castigar en el primer caso, y que no existiría tampoco en el segundo el de reclamar el cumplimiento de la sentencia impuesta (...), (1927, pp. 443-444).

Por tal razón, el citado autor concluye afirmando: “A nuestro juicio, los sentimientos de humanidad y los de prudencia política podrán aconsejar, acaso, la aplicación de la ley penal intermedia más benigna” (p. 453). En idénticos términos se pronuncia Arteaga Sánchez, cuando al hablar de la ley penal intermedia afirma:

*En el caso de que la nueva ley deje de considerar como delito un hecho precedentemente tipificado como tal, se aplica el principio de la retroactividad de la ley penal.*

Si el Estado quita a un hecho el carácter delictivo, ello significa que ya no quiere castigarlo. Sería injusto imponer una sanción por un hecho que ya no merece la reprobación (...), (Arteaga Sánchez, 2006, p. 58; cursivas nuestras).

Este debate sobre la aplicación de la ley penal intermedia, nos lleva a determinar si era aplicable al caso de marras, la Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2010 o, por el contrario, el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2011, cuerpo normativo vigente para la fecha de la decisión. Sin embargo, la Sala decidió:

A) Desaplicar el artículo 213 de la ley nombrada en primer término, por control difuso de la constitucionalidad, porque:

(...) es una norma ininteligible y, por lo tanto, contraria al deber de tipificación suficiente contenido en artículo 114 de la Constitución y los principios de racionalidad y no arbitrariedad que deben regir la función legislativa (...), aunado a la necesidad de generar seguridad jurídica en la interpretación del ordenamiento

jurídico y, en particular, el que afecta al sistema económico (bancario), esta Sala Constitucional en uso de la potestad prevista en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desaplica por control difuso de la constitucionalidad el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (...).

Sobre el carácter ininteligible del artículo mencionado, nos remitimos a los comentarios hechos en el apartado anterior. Acerca de su desaplicación por control difuso de la constitucionalidad, queremos decir que es incomprensible esta decisión de la Sala, ya que ese remedio es sin duda aplicable a una norma *vigente*, pero que colide con la Constitución, lo que no ocurre en este caso: aquí se trata de una norma *ya derogada* para el momento de la decisión de la Sala, que solo de manera excepcional sería aplicable al caso.

B) Declarar con carácter vinculante, que la norma aplicable al caso era el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, publicado en 2008, porque:

(...) resulta aplicable al presente caso, el principio de ultraactividad (...), en la medida que el artículo 432 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (*Gaceta Oficial* N° 5.892, del 31 de julio de 2008) contempla la norma más favorable –y por lo demás vigente para el momento de la comisión del hecho ilícito penal–, en relación con el tipo penal de apropiación o distracción contenido en el artículo 216 del vigente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario (*cf.* *Gaceta Oficial* N° 39.627 del 02 de marzo de 2011, que establece una pena de 10 a 15 años de prisión) (...).

A lo cual agregó:

Una interpretación en contrario, conduciría a sostener una afirmación que vulneraría el contenido del artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en tanto que rompiendo los principios de razonabilidad, coherencia y no arbitrariedad en el ejercicio del Poder Público y, en particular de una competencia propia de esta Sala y de cualquier tribunal de la República (control difuso de la constitucionalidad), se despenalizaría una conducta que como ya se señaló, es antijurídica por sí misma, en el marco del ejercicio de la actividad financiera y resulta contraria no sólo a los intereses generales del Estados, sino que además a su estabilidad económica en los términos antes expuestos.

A la anterior motivación de la sala debemos replicar:

1) Este enfoque tendría sentido si se tratase de dilucidar la ley aplicable entre la de 2008 y la de 2010, exclusivamente, pero soslaya que ambas ya estaban derogadas y estaba vigente el decreto con fuerza de ley de 2011.

2) El problema de la ley aplicable debió resolverse a favor de la ley de 2010, luego de confrontarla con el decreto con fuerza de ley de 2011, pero no en razón de la cuantía de la pena, sino en virtud de que la deficiente tipificación del delito de apropiación o distracción, que en propias palabras de la Sala la hacía ininteligible (e inaplicable), la hacía la más beneficiosa para los procesados, puesto que la Sala en resguardo de los valores expresados en el artículo 2 constitucional, debió concluir que hubo una despenalización. Vale la pena recordar que la doctrina es conteste en señalar razones humanitarias para la aplicación de la ley intermedia.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

Debemos iniciar esta parte diciendo que es innegable que la Sala Constitucional satisfizo el requerimiento formal de motivar su sentencia 794 del 27 de mayo de 2011; sin embargo, creemos que el criterio sentado por la misma –a pesar de la invocación de distintos parámetros hermenéuticos– privilegia el *ius puniendi* estatal, antes que los derechos fundamentales de los procesados. Este privilegio del poder se coloca a contrapelo de los procesos históricos, que le son tan caros, que muestran que:

(...) lo que conocemos hoy por Derecho Constitucional, ha sido el producto de un proceso de encuadramiento jurídico de dos vertientes que confluyen; una, el poder y la autoridad, otra, la libertad individual y la búsqueda de lo que es bueno para la sociedad. La Constitución es, sin duda, el principal y máximo arbitrio político-jurídico de ese proceso, del cual emerge como el eje del ordenamiento jurídico todo (...), (Tribunal Supremo de Justicia, 2001, p. 9).

El equilibrio descrito en la cita anterior, busca proteger al ciudadano frente a la acción del poder, imponiéndole límites dentro de los cuales aquel puede ejercerse legítimamente. Uno de tales límites es el principio de legalidad penal (artículo 49, numeral 6, constitucional), que obliga al Estado (por intermedio del Legislativo) a establecer fuera de toda duda cuál es la conducta considerada punible.

Como vimos anteriormente, cuando la Sala analizó el artículo 213 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2010, a fin de verificar la despenalización alegada, determinó que era incomprensible e inaplicable por su deficiente redacción; sin embargo, en vez de derivar una consecuencia favorable a los procesados, pues no se respetó el principio arriba señalado, decidió “corregir” el deficiente trabajo del legislador; lo cual –desnudo de todo eufemismo– es una abierta usurpación de funciones.<sup>21</sup>

Llama nuestra atención que para desechar el dato aportado por la interpretación literal y justificar la permanencia en prisión de los procesados, la Sala recurrió a la interpretación sistemática de los artículos constitucionales 2, 112, 114, 299 y 308. Queremos destacar que una interpretación sistemática de los artículos 2 y 49 constitucionales, podía llevar a la conclusión exactamente opuesta, puesto que ante el incumplimiento del principio de legalidad debían privilegiarse los derechos humanos de los sometidos a juicio.

En lo que se refiere a la invocación del Estado social de derecho como parámetro hermenéutico no tradicional,<sup>22</sup> que pregona la necesidad de evitar la opresión de una clase social por otra o, más importante aun, de defender la individualidad de la persona y de sus derechos ante la acción estatal, cabe mencionar que según el artículo 2 constitucional, dicho proyecto incluye el respeto a los derechos humanos, que se constituyen en un límite infranqueable para la actividad de cualquier grupo social o político. Sin embargo, observamos con mucha preocupación que la decisión tomada por la Sala –so pretexto de proteger los intereses de la colectividad– se resuelve en una actitud diametralmente opuesta, ya que cualquier interpretación favorable a los reos derivada del respeto de los derechos humanos<sup>23</sup> fue metódicamente dejada de lado.

La conclusión que podemos extraer del análisis de esta sentencia es que, independientemente del abordaje teórico del tema, la Sala Constitucional ha sentado un nefasto y peligroso precedente, comparable a la espada de Damocles, que perjudica hoy a los banqueros procesados por la crisis de 2009, pero que también

<sup>21</sup> A pesar de que previamente hizo una pudorosa declaración de respeto de la separación de los poderes públicos.

<sup>22</sup> Lo denominamos así, no obstante las objeciones expuestas en un capítulo anterior.

<sup>23</sup> Como, por ejemplo, el principio *in dubio pro reo* o la aplicación de la Ley Penal Intermedia.

puede perjudicar a cualquier habitante de la República y que demuestra cómo, en determinadas ocasiones, las normas constitucionales quedan reducidas a declaraciones retóricas, sin valor efectivo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBRIZ LANDA, A. Breve análisis legal y doctrinal sobre la aplicación de la Ley Penal Intermedia. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 29, s/f, <<http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/29/adalid%20ambriz%20landa.pdf>> p. 52, consulta: 2012, septiembre 22.

ARAUJO GARCÍA, A.E. “El sistema de planificación en Venezuela y la segunda enmienda constitucional”. *Revista de Derecho Público*, n° 46, 1991, p. 25, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.

ARTEAGA SÁNCHEZ, A. (2006). *Derecho penal venezolano*. Bogotá: McGraw-Hill Interamericana. 10ª edición revisada.

BREWER-CARÍAS, A.R. (1996). *Derecho administrativo*. Tomo I: Los supuestos fundamentales del derecho administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Publicaciones de la Facultad de Derecho, 4º edición, pp. 166-167.

CARRASQUERO LÓPEZ, F. y ZULETA DE MERCHÁN, C. Los derechos humanos en el siglo XXI y la misión de los tribunales constitucionales. *Simposio por el 50º aniversario de la Corte Constitucional de Turquía*, 2012, en <http://www.tsj.gob.ve>, p. 11, consulta: 2012, setiembre 9.

CARRILLO PERERA, M.R. (2003). “De la intención del legislador y otras intenciones: una aproximación a la idea de integridad”. *Revista de Derecho*, n° 58, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, p. 100.

CORTE FEDERAL Y DE CASACIÓN, EN SALA DE CASACIÓN (1951). Sentencia del 14 de agosto de 1944. Reseñada por Machado, J.E. *Jurisprudencia de la Corte Federal y de Casación (en Sala de Casación) 1924-1949*. Caracas: Editorial Ávila Gráfica, S.A.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EN SALA DE CASACIÓN PENAL (2000). Sentencia del 13 de diciembre de 1962. Reseñada por Pérez Chiriboga, B. *Código Penal de Venezuela*. Colección Textos Legislativos, 19, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

DA SILVA, V.A. “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”. *Cuestiones Constitucionales*, enero-junio, 2005, en <http://132.247.146.34/index.php/cuc/article/view/2127>, p. 4, consulta: 2012, mayo 23.

DELGADO, F. (2005). *Introducción al análisis jurídico*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

DELGADO, F. (2008). *La idea de derecho en la Constitución de 1999*. Serie Trabajos de Grado, 16, Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

DELGADO OCANDO, J.M. (1989). “Diez tesis sobre el Estado social de derecho”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 73, pp. 170-171, Caracas, Universidad Central de Venezuela.

DELGADO ROSALES, A. La acción de interpretación constitucional. *Tribunal Supremo de Justicia* (2001). *Estudios de filosofía del derecho y de filosofía social. Libro Homenaje a José Manuel Delgado Ocando*, I, Colección Libros Homenaje, 4, p. 189. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

FAÚNDEZ LEDEZMA, H. (1992). *Administración de justicia y derecho internacional de los derechos humanos (El derecho a un juicio justo)*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

FIORE, P. (1927). *De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada*. Traducido por Enrique Aguilera De Paz, Madrid: Editorial Reus, 1927, pp. 443-444.

GRANDA MOLINA, I. (2007). Análisis de la Resolución de Inconstitucionalidad de la Detención en Firme por parte del TC”. *Foro Revista de Derecho*, 8, UASB-Ecuador, en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1429/1/rf-08-tc-granda.pdf>, p. 140. Consulta: 2012, septiembre 22.

LARENZ, K. (1966). *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat. Barcelona: Ariel.

LARES MARTÍNEZ, E. (1988). *Manual de Derecho Administrativo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

MADRID MARTÍNEZ, C. (2004). Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, el Estado social de derecho y la sentencia sobre los créditos indexados. En *Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Temas de derecho civil, I*, p. 784. Colección Libros Homenaje, 14. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

MARTÍNEZ VAL, J.M. (1956). “El principio *In dubio pro reo*”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* [separata], marzo, pp. 24 y 25, Madrid, Instituto Editorial Reus.

PEÑA SOLÍS, J. (2009). *Las fuentes del derecho en el marco de la Constitución de 1999*. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo, pp. 102 y 103.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia 77/1985, de 27 de junio. Reseñada por Pibernat Domenech, X, en La Sentencia Constitucional como Fuente del Derecho. *Revista de Derecho Político*, 24, 1987, <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=56961>>, p. 79, consulta: 2012, mayo 23.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, EN SALA CONSTITUCIONAL (2001). Sentencia 33 del 25 de enero de 2001 (caso Baker Hughes). Reseñada por Pierre Tapia, O. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia*, año II, I, enero, p. 9.