

COMENTARIOS SOBRE LA LEY ORGÁNICA DE EXTINCIÓN DE DOMINIO DE 28 DE ABRIL DE 2023 Y SU SENTIDO DECIDIDO POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMA DE JUSTICIA*

Allan R. Brewer-Carías

Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela

El 28 de abril, día de la promulgación de la ley de Extorsión del Dominio, que regula la confiscación de bienes relacionados con determinados delitos, según informó la prensa, parecía que ya se había estado aplicando por vía ejecutiva respecto de bienes vinculados con delitos de corrupción, antes de que la propia ley existiera.

En el diario *Últimas Noticias* del 28 de abril de 2023, en efecto se indicó que un Gobernador de Estado, “entregó bienes y materiales incautados a sectores vinculados con la corrupción en un galpón” que se encontraba en su entidad federal. Dice la prensa: “La acción se produjo durante el acto de Promulgación de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio.”¹⁾

Este hecho explica en parte, la premura que hubo en promulgar la Ley

En cuestión de horas ese mismo días, la ley fue sancionada por la Asamblea nacional, fue enviada al Tribunal Supremo para que dictaminara si era constitucional su carácter de ley orgánica, la sala Constitucional dictó sentencia y salió publicada en gaceta Oficial

Todo en cuestión de horas.!!

No es de extrañar, por tanto que haya habido voces de alarma con esta ley, como lo advirtió la ONG Acceso a la Justicia, al llamar la atención sobre el peligro que

* Texto para la exposición en el *Conversatorio sobre la ley de Extinción de Dominio*, organizado por Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, AVEDA, y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas vía zoom, 4 de mayo de 2023

¹ Disponible en: <https://ultimasnoticias.com.ve/noticias/politica/incautan-bienes-y-materiales-a-corruptos-en-miranda/>

representaba esta ley,² aplicada en un país como el nuestro, que carece de un poder judicial autónomo e independiente.

Mas grave aún cuando lamentablemente como país gozamos del grave récord de estar en el último lugar del rango de todos los países del mundo en los índices del Estado de derecho, particularmente en materia de *control sobre los poderes del gobierno*,³ y en la *confiabilidad respecto del sistema de justicia penal*;⁴ y en los últimos rangos en los índices de *transparencia* en el mundo (junto con Somalia, Siria y Sudán del Sur),⁵ de *Gobierno abierto* (junto con Irán, la República Islámica, Egipto)⁶ y de *respeto a los derechos humanos* (junto con China, Egipto, Myanmar, Irán).⁷

En ese contexto una Ley de ese tipo no sólo es un peligro total respecto de la garantía del derecho de propiedad, sino del propio funcionamiento del Estado pues podría ser el instrumento utilizado por grupos de poder para multiplicar la corrupción que se buscaría sancionar, convirtiéndose el aseguramiento de bienes con base en el supuesto “derecho a la protección de los derechos económicos, del patrimonio público así como de otros intereses, por parte del Estado,” en un monumental reparto de bienes como un botín.

Pero el real peligro, además, es la creencia de que se trata de una Ley que, como se buscaba en el proyecto que se había presentado ante la Asamblea inspirada en regulaciones adoptadas en otras latitudes, como lo decía la Exposición de Motivos, permitía:

“La Extinción de Dominio es una fórmula jurídica que permite **transferir al Estado la titularidad de los bienes** relacionados con actividades consideradas como delito en la legislación *contra la corrupción*, la

² Véase el comentario de Acceso a la Justicia: “Cinco razones para preocuparse por el proyecto de Ley de Extinción de Dominio impulsado por el oficialismo en Venezuela,” 18-4-2023. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/cinco-razones-preocuparse-proyecto-ley-extincion-dominio-impulsado-oficialismo-venezuela/>

³ WJP Rule of Law Index, Constraints Government Powers 2022; disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Constraints%20on%20Government%20Powers/>

⁴ WJP Rule of Law Index, Criminal Justice 2022; disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Criminal%20Justice/>

⁵ *CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX* 2022; disponible en: https://www.transparency.org/en/cpi/2021?gclid=CjwKCAjwo7iiBhAEEiwAsIxQEWnQOlud6NkLhwqWEVpvx2B-gRz7cp0dqiV8SC9HLm3MarJEG2zj1BoCyDEQAvD_BwE

⁶ WJP Rule of Law Index, Open Government 2022; disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Open%20Government/>

⁷ WJP Rule of Law Index, Fundamental Rights 2022; disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Fundamental%20Rights/>

*delincuencia organizada, el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, **aun cuando no se haya dictado sentencia en el proceso penal correspondiente.***”

Es decir, una confiscación sin condena penal, lo que no es posible en la Constitución venezolana.

Esa creencia, por lo demás, es lo que se aprecia de recientes declaraciones de altos funcionarios del Estado que han hablado de la ley, amenazantemente, como un instrumento de persecución.

Pocos días después de la promulgación de la Ley Orgánica, en efecto, el 2 de mayo de 2023 Presidente de la Asamblea Nacional al anunciar la aprobación en primera discusión de una Ley para la protección de los Activos de la República, formulaba la amenaza de “que si las personalidades de la oposición no renuncian a las dádivas de la oficina de Control de Bienes Extranjeros (OFAC), irán contra sus bienes en Venezuela ya que son actos de delincuencia organizada y le aplicaremos la ley Orgánica de Extinción de Dominio.”⁸.

Y al día siguiente, luego de insultar a un distinguido miembro de la Asociación venezolana de Derecho Administrativo llamándolo “criminal,” la VicePresidenta de la República en rueda de prensa “detalló que se solicitará la aplicación inmediata de la ley de Extinción de Dominio a todos los exdiputados que están “usurpando una autoridad,” por el daño causado al pueblo venezolano”.⁹

Ante estas amenazas, lo primero que tenemos que preguntarnos es ¿si la aplicación de esta Ley es materia del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, como parece resultar de las mismas, o es más bien un tema judicial penal que corresponde exclusivamente a Ministerio Público y a los tribunales especializados que se establezcan conforme a la ley?

Y la respuesta, por supuesto, es que la aplicación de la Ley Orgánica, conforme a su texto, No es materia ni del Ejecutivo ni del Legislador, sino que es una materia exclusiva del Ministerio Público y del Poder Judicial.

Y otra pregunta, la más importante, es “si esta Ley como parece deducirse de las amenazas proferidas, puede en realidad aplicarse en forma directa e independientemente de un proceso penal donde se produzca una condena previa por alguno de los delitos a los cuales se refiere, en los cuales proceda la confiscación de bienes.?”

⁸ Nota: 2 mayo 2023. Periodistas Luis Villalba Prensa AN.

⁹ Ruede de prensa: 3 de mayo de 2023.

Y la respuesta es que no puede aplicarse sino como consecuencia de una condena penal que acarree la confiscación como pena, tal como lo ha resuelto el propio Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia en la cual declaró la constitucionalidad del carácter orgánico de la ley.

Para analizar esta problemática, hay que referirse a tres temas:

Primero, Cuál es el fundamento constitucional de la ley.

Segundo, Qué es lo que la Ley Orgánica en realidad regula

Tercero, Cómo fue que la Sala Constitucional enmarcó la Ley Orgánica en la Constitución

PRIMERO: SOBRE EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL QUE FUNDAMENTA LA EXTINCIÓN DE DOMINIO COMO UNA CONFISCACIÓN CONCEBIDA COMO SANCIÓN PENAL

La Constitución, después de garantizar la propiedad privada y establecer que el Estado puede extinguir la forzosamente mediante **expropiación** para lo cual debe haber pago oportuno de justa indemnización y decreto por sentencia firme en un juicio expropiatorio (art. 115),

prohíbe en su artículo 116, que se decreten o ejecuten **confiscaciones** de bienes, es decir, que se produzcan “expropiaciones sin indemnización,”¹⁰ entendiéndose así la confiscación como a define el *Diccionario de la Real Academia Española*, como “incautar o privar de posesiones o bienes para su incorporación al erario público, sin compensación.”

Sin embargo, respecto de esta prohibición, la Constitución establece **excepciones**, al permitir en el mismo artículo 116, la extinción forzosa del dominio o de la propiedad de bienes, *sin compensación*, aun cuando siempre “*mediante sentencia firme*,” respecto de:

(i) los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, *responsables de delitos* cometidos contra el patrimonio público;

(ii) los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público; y

¹⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*, Edición de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2022, pp. 809, 835-837.

(iii) los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al **tráfico ilícito** de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

Estas excepciones se repiten en el artículo 271 de la Constitución al disponer que “*previa decisión judicial,*” serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o con el tráfico de estupefacientes.

Además, respecto del tema de la confiscación, el artículo 317 de la Constitución, establece, en forma expresa, lo que constituyó una novedad en nuestro ordenamiento constitucional, que es el principio de que “*ningún tributo puede tener efecto confiscatorio*”.

SEGUNDO: ¿QUÉ REGULA LA LEY ORGÁNICA DE EXTINCIÓN DEL DOMINIO?

Sin duda, en el marco de la confiscación regulada en el mencionado artículo 116 de la Constitución, la llamada “extinción de dominio” se define en la ley Orgánica en la misma, como:

“la declaración de titularidad a favor del Estado de los bienes y efectos patrimoniales de personas naturales o jurídicas relacionados con *actividades ilícitas, mediante sentencia firme, sin contraprestación, ni compensación* de ninguna naturaleza, salvaguardando los derechos de terceros de buena fe” (art. 5.3).

Es decir, los mismos elementos de la confiscación:

Apoderamiento por parte del Estado,

Como consecuencia de actividades ilícitas, delictivas,

Mediante sentencia firme,

Sin compensación

De allí el objeto de la ley (art. 1) de buscar,

1. “la identificación, localización y recuperación de los bienes y efectos patrimoniales *originados por actividades ilícitas o destinados a éstas,*”

2. para asegurar “la *extinción* de los derechos y atributos relativos al dominio de los mismos a favor de la República, *mediante sentencia, sin contraprestación ni compensación* alguna,” (art. 1).

Es decir, una confiscación de los bienes que como sanción penal tiene que ser impuesta por **sentencia de condena por la comisión de delitos** como lo exige el artículo 116 de la Constitución.

Toda la normativa de la Ley gira en torno a la noción de **actividades ilícitas (art. 4)**, que no son otras sino las **tipificadas como delitos; actividades ilícitas que se enumeran en el artículo 8 para identificar los bienes que pueden ser objeto de confiscación, que son**

“1. Derivados u obtenidos directa o indirectamente de *actividades ilícitas*, en los términos previstos en esta Ley.

2. Utilizados o destinados de cualquier forma para *actividades ilícitas*, en su totalidad o en parte.

3. Que sean objeto material de *actividades ilícitas*.

4. Que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica, de los bienes previstos en los numerales 1, 2 y 3 de este artículo.

5. De origen lícito utilizados para ocultar bienes de *ilícita procedencia*.

6. De origen lícito mezclados con bienes de *ilícita procedencia*.

7. Que constituyan un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos que permitan considerar razonablemente que provienen de *actividades ilícitas*.

8. Que constituyan un incremento patrimonial de toda persona, natural o jurídica, relacionada directa o indirectamente con una persona sometida a la acción de extinción de dominio, siempre que exista información razonable de que dicho incremento patrimonial se deriva de *actividades ilícitas* anteriores a la referida acción.

9. Que constituyan un incremento patrimonial de toda persona, natural o jurídica que haya podido lucrarse o beneficiarse de los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas provenientes de *actividades ilícitas*, sin que se demuestre suficiente y fehacientemente el origen lícito de dicho incremento patrimonial.

10. Que constituyan ingresos, rentas, frutos, productos o ganancias derivados de los bienes relacionados directa o indirectamente con *actividades ilícitas*.

11. De origen lícito, cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando no sea posible su localización, identificación, incautación, aseguramiento preventivo o decomiso.

12. De origen lícito, cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando se acredite el derecho de un tercero de buena fe sobre dichos bienes.”

Por eso, en la propia ley Orgánica (art. 5.1) se define como actividades ilícitas:

“Toda actividad *tipificada* (como tipo de delito, obviamente) en la legislación contra la corrupción, la delincuencia organizada, el financiamiento al terrorismo, la legitimación de capitales y tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes, *aun cuando no se haya dictado sentencia en el proceso penal correspondiente*” (art. 5.1).

Con lo que se quiere decir que la actividad ilícita existe aún cuando no haya habido condena, lo que sin embargo, no implica que se pueda ejecutar la extinción del dominio o confiscación de bienes antes, sino después que haya condena penal, en la cual se materialice la ilicitud de la actividad en determinadas personas la comisión del delito.

Esta frase del artículo no puede interpretarse en contra de la Constitución, como una autorización a confiscar bienes, como sanción penal, sin que haya habido condena penal, lo que sería inconstitucional por violar el artículo 116 del texto fundamental.

Es decir, si la actividad que puede originar la aplicación de la ley y la extinción del dominio es la *actividad ilícita*, y si la *actividad ilícita* es la *tipificada como delito* en el ordenamiento penal, no podría haber certeza de que la misma ha ocurrido como tal “actividad ilícita” sino cuando haya habido una condena penal que decreta su comisión mediante sentencia, imponiendo la pena correspondiente al delito, incluyendo la confiscación de bienes.

En consecuencia, la extinción del dominio, conforme a la Ley Orgánica, al contrario de lo que han dicho los aficionados que no se han leído bien su texto:

Primero, solo opera respecto de bienes relacionados con *actividades ilícitas*, que tienen que haber sido previamente y necesariamente tipificadas como delitos en diversas leyes de carácter penal, y

Segundo, solo puede decretarse con la condena por el delito mediante sentencia firme, sin compensación alguna, lo que asimila la institución a la confiscación que regula el artículo 116 de la Constitución, que se decreta después de que se ha condenado a una persona por dichos delitos.

Por tanto, para que pueda ejercerse una “acción judicial de extinción del dominio,” que en la ley se la califica como acción “de naturaleza civil” o “de naturaleza jurisdiccional, real y de contenido patrimonial” (arts. 11, 12), tiene que haber habido necesariamente una sentencia penal previa que haya declarado la comisión del delito de que se trate y condenado a los responsables en un proceso penal.

Por esta razón, conforme al artículo 28.2 de la Ley Orgánica, el Ministerio Público, para intentarla, solo puede invocar como fundamento de la acción, que la

actividad específica relacionada con los bienes identificados es una *actividad ilícita* declarada como tal por un tribunal penal; para que luego, conforme al artículo 12 de la ley, la “*autoridad jurisdiccional*” competente para conocer de la acción de extinción de dominio (que son los Tribunales que cree el Tribunal Supremo de Justicia” (art. 12), pueda proceder a confiscar “los bienes, frutos, productos, ganancias, rendimientos o permutas que se presuman provenientes de actividades ilícitas o destinados a ellas, de conformidad con esta Ley” (art. 12).

Teniendo en cuenta toda esta normativa, no es sino otro contrasentido lo establecido en el artículo 11 de la Ley cuando declara que “la acción de extinción de dominio se ejercerá por el Ministerio Público y se sustanciará por las normas contenidas en esta Ley, *independientemente de la acción y procedimientos penales que se hubieren iniciado o terminado.*”

Si con ello se quiso indicar que se puede proceder a la confiscación de bienes por la comisión de delitos, sin que haya habido una previa condena penal por ello, la previsión de este artículo 11 sería inconstitucional, pues en Venezuela, conforme al artículo 116 de la Constitución es el fundamento de la Ley Orgánica, solo procede la confiscación de bienes mediante sentencia firme que imponga la condena penal.

TERCERO: LA DECISIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL ENMARCA LA LEY ORGÁNICA EN EL ARTÍCULO 116 DE LA CONSTITUCIÓN COMO UNA CONFISCACIÓN COMO SANCIÓN PENAL

Y esto y no otra cosa fue lo que resolvió la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el día 28 de abril de 2023, en cuestión de horas, al recibir ese mismo día el oficio de la Asamblea Nacional remitiéndole el texto de la mencionada Ley Orgánica de Extinción de Dominio que se había sancionado el día anterior, 27 de abril de 2023, declarando “la constitucionalidad del carácter orgánico” de la misma, conforme lo exige al artículo 203 de la Constitución.¹¹ El mismo día, además, la Ley fue publicada en Gaceta Oficial.¹²

La Sala basó su consideración sobre dicha declaratoria de constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley, en el hecho de que la misma es un cuerpo normativo que regula – dijo- materias vinculadas con “el desarrollo de los derechos constitucionales” como lo exige la norma constitucional, concluyendo que la misma lo que ha regulado es la institución de la confiscación que se prevé por vía de excepción en el artículo 116 de la Constitución.

¹¹ Véase sentencia No. 315 de 28 de abril de 2023; disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/324581-0315-28423-2023-23-0453.HTML>

¹² Véase *Gaceta Oficial* No.6745 Extra de 28 de abril de 2023.

A pesar de que la Ley Orgánica desarrolla aspectos medulares que se refieren al derecho constitucional a la propiedad privada, garantizado en el artículo 115 de la Constitución, limitándolo, la Sala Constitucional ni siquiera nombró dicho artículo; a pesar de que la ley por ejemplo, dispone en el artículo 2.2 que::

“los bienes adquiridos con recursos de *origen ilícito* no adquieren legitimidad ni consolidan el derecho de propiedad, por lo que no pueden gozar de protección Constitucional o legal,”

Y, además declara en el artículo 6, que el “único límite” de la extinción de dominio es “el derecho de propiedad lícitamente obtenido como valor constitucional”

Sin embargo, para el asombro de cualquiera que lea la sentencia la Sala Constitucional, no hizo referencia alguna a dicho derecho de propiedad enmarcando su análisis exclusivamente en el artículo 116 de la Constitución que permite excepcionalmente la confiscación, mediante sentencia firme en relación con determinados delitos como sanción penal.

Del artículo 116, la Sala Constitucional dedujo la existencia de un “nuevo” derecho constitucional, el derecho a “la protección de los derechos económicos, del patrimonio público así como de otros intereses, por parte del Estado,” que consideró como “un derecho irrenunciable con clara incidencia en el resto de los derechos fundamentales.”

Ese derecho constitucional, que es el fundamento de la Ley que analizó la Sala en cuanto a su carácter orgánico, lo derivó del mencionado artículo 116 de la Constitución que, como explicado lo que hace es prohibir la confiscación, y establecer los casos excepcionales en los cuales puede decretarse, solo *mediante sentencia firme, sobre los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de ciertos delitos:*

(los cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes”.

De allí, la Sala destacó entre las características fundamentales de la Ley Orgánica, las siguientes:

-. Que el instrumento normativo “se perfila a *coadyuvar en la prevención de actividades delictivas*, relacionadas con dichos delitos”

-. Que las normas de la ley buscan “fortalecer las capacidades del Estado para **combatir con eficiencia estas prácticas delictivas,**”

- Que la ley incorpora al ordenamiento jurídico venezolano un *instrumento de política criminal* como la “extinción de dominio”, que haciendo referencia al artículo 116, lo asimila a la *confiscación* que es la único que en esa norma se regula.

-. Que la Ley “viene a desarrollar *la severidad de las penas que deben imponerse por la comisión de ilícitos económicos* previstos en el artículo 114 de la Constitución (“el ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos.”)

Conforme al anterior marco de razonamiento de la sentencia No. 315 de la Sala Constitucional, por tanto, lo que se ha regulado en la Ley Orgánica de Extinción del Dominio de abril de 2023, lejos de las interpretaciones que altos funcionarios del Estado vienen haciendo de la misma, no es otra cosa sino **una modalidad de confiscación** conforme a lo regulado en el artículo 116 de la Constitución, que solo puede ser **impuesta como consecuencia de la comisión de delitos, es decir, como sanción penal, resultante de una condena penal.**

Ello, a pesar de que la idea inicial que pudo haber existido cuando se presentó el Proyecto de Ley ante la Asamblea Nacional hubiese sido otra, más vinculada quizás con las legislaciones de otros países latinoamericanos, que han regulado sobre extinción del dominio, sin vinculación con delitos y penas.

Por tanto, la “Extinción de Dominio” regulada en la Ley, conforme a la sentencia de la Sala Constitucional es totalmente distinta a lo que se ha podido haber establecido con ese nombre en otros países, siendo solo **una modalidad de la confiscación**, como una de las formas de extinguir la propiedad privada a favor del Estado en el marco del artículo 116 de la Constitución.

Esa institución, como confiscación, en todo caso, como se ha destacado por Ramón Escovar León, aún con el carácter restrictivo que le ha dado la Sala Constitucional, requeriría para su aplicación de un sistema político de Estado de derecho, donde la piedra angular sea la autonomía y separación de poderes, entre ellos del Poder Judicial.¹³

Al contrario, con un Poder Judicial, cuya independencia y autonomía ha sido demolida en Venezuela en las últimas dos décadas,¹⁴ esta ley puede resultar en un instrumento que puede agravar los problemas que llevaron a su sanción

Nueva York, 4 de mayo de 2023

¹³ Véase Ramón Escovar León, “Ley Orgánica de Extinción de Dominio,” en *El Nacional*, mayo 2, 2023, disponible en <https://www.elnacional.com/opinion/la-ley-organica-de-extincion-de-dominio/>

¹⁴ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La demolición de la independencia y autonomía del Poder Judicial en Venezuela 1999-2021*, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, No. 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021.