

Comentarios Jurisprudenciales

COMENTARIOS SOBRE EL “CASO: TRIBUNAL SUPREMO vs. LUIS BRITO GARCÍA”, O DE CÓMO EL TRIBUNAL SUPREMO ADOPTA DECISIONES INTERPRETATIVAS DE SUS SENTENCIAS, DE OFICIO, SIN PROCESO NI PARTES, MEDIANTE “BOLETINES DE PRENSA” SOBRE TEMAS VINCULADOS A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DEL ESTADO FRENTE A TRIBUNALES EXTRANJEROS

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *El presente “comentario jurisprudencial” se refiere a la “novedosa” modalidad judicial creada por el Tribunal Supremo, sin asidero legal alguno, para expresar opinión en asuntos litigiosos mediante “Boletines de prensa” y “responder” críticas periodísticas formuladas por litigantes contra sus propias sentencias.*

El Tribunal Supremo de Justicia, mediante “Boletín de Prensa” publicado en su página web el 15 de junio de 2009 (“Autor: Prensa TSJ”), con el título: “Se consolida la inmunidad de Venezuela frente a tribunales extranjeros,”¹ decidió, presumiblemente en Sala Plena, emitir de oficio un pronunciamiento contentivo de conclusiones relativas al alcance de varias sentencias anteriores dictadas por una de sus Salas, la Sala Constitucional, sin que nadie se lo hubiese pedido, sin proceso constitucional alguno y, por tanto, sin partes ni contradictorio.

Las sentencias de la Sala Constitucional que fueron objeto de esta novedosa forma de ser interpretadas, fueron las siguientes: sentencia N° 97/09 (Caso: *Interpretación artículos 1 y 151 de la Constitución*, accionantes: Fermín Toro Jiménez y otros, de 11-02-2009)²; N° 1.942/03 (Caso: *Impugnación artículos Código Penal -Leyes de Desacato-*, accionante: Rafael Chavero Gazdik, de fecha 15-07-2003);³ N° 1.541/08 (Caso: *Interpretación artículo 258 de la Constitución*, accionantes Hildegard Rondón de Sansó y otros, de fecha, 17-10-2008)⁴ y N° 1.939/08 (Caso: *Interpretación de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos*

1 Véase en www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=6941.

2 Véase en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.html. Exp-08-0306.

3 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 ss., 164 ss., y 170 ss.

4 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 129 ss.

Humanos, accionante: Procuraduría General de la República, abogados Gustavo Álvarez Arias y otros, de fecha 18-12-2008),⁵ en las cuales se trataron diversas materias tales como la interpretación de las normas constitucionales sobre la inmunidad relativa de jurisdicción del Estado, el arbitraje internacional y el consentimiento del Estado, y la ejecutabilidad de las decisiones dictadas por tribunales internacionales.⁶

Ahora bien, del contenido de dicho “Boletín de Prensa,” parecería deducirse, como lo afirmó el abogado y destacado escritor Luis Brito García (quien fue accionante en uno de los procesos constitucionales donde se dictó una de esas sentencias) en escrito de 21 de junio de 2009,⁷ que se trataría de una nueva modalidad de dictar “*Sentencia por boletín de prensa*,” que habría adoptado el Tribunal Supremo de Justicia, en Pleno; modalidad decisoria irregular ante la cual Brito García se preguntó:

“¿Cómo debemos interpretar esta proclama pública espontánea de un tribunal que sólo puede pronunciarse a instancia de parte y mediante sentencia? ¿Su boletín es un veredicto? ¿Crea una nueva jurisdicción, la mediática? ¿Hace jurisprudencia? ¿Debe ser aplicado? ¿Fue acordado por mayoría de los magistrados?”⁸

Lo interesante a destacar es que la novedosa e irregular “sentencia por boletín de prensa,” según lo afirmó el propio Brito García, se dictó al día siguiente de la aparición de unas declaraciones suyas el día 14 de junio de 2009, en el periódico *La Razón* con el título “Perdimos el derecho a ser juzgados según nuestras leyes, nunca las juntas arbitrales foráneas han favorecido a nuestro país,”⁹ y presumiblemente en respuesta a las mismas, en las cuales criticó la decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 97/09 (Caso: *Interpretación artículos 1 y 151 de la Constitución*, accionantes: Fermín Toro Jiménez y otros, de 11-02-2009),¹⁰ que había declarado inadmisibles las acciones que él mismo, junto con otros abogados, había intentado, indicando que con la decisión, la Sala Constitucional pretendía “someter a Venezuela a la jurisdicción de tribunales y árbitros extranjeros en las controversias sobre sus contratos de interés público.”¹¹ Ello, por supuesto no era cierto, ya que la Sala Constitucional se había limitado a declarar inadmisibles las acciones de interpretación de unos artículos de la Constitución que consideró no requerían tal interpretación, pues establecían el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción del Estado.

5 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 236 ss. Véase además, Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional vs. la justicia internacional en materia de derechos humanos”, en *idem.*, pp. 249 ss.

6 Erradamente, sin embargo, en el “Boletín de Prensa” se utilizó la expresión “tribunales extranjeros” para referirse a los “internacionales.” “Tribunales extranjeros,” en realidad, son los tribunales de otros Estados, a cuyas decisiones no se refieren las sentencias objeto del Boletín de Prensa.

7 Véase, Luis Britto García, “¡Venezuela será condenada y embargada por jueces y árbitros extranjeros!”, en www.aporrea.org/actualidad/a80479.html Fecha de publicación: 21-06-2009.

8 *Ídem.*

9 Véase Carlos Díaz, entrevista a Luis Brito García, “Perdimos el derecho a ser juzgados según nuestras leyes, nunca las juntas arbitrales foráneas han favorecido a nuestro país,” *La razón*, Caracas 14-06-2009. Publicado el 20-06-2009 por Luis Britto García en www.luisbrittogarcia.blogspot.com/2009/06/tsj-lesiono-soberania.html

10 Véase en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.html. Exp-08-0306.

11 *Ídem.*

En todo caso, según lo que declaró Brito García, al día siguiente de formular sus declaraciones públicas (14-06-2009), el 15 de junio de 2009, el Tribunal Supremo de Justicia “publica un comunicado donde procura contradecir tales declaraciones.”¹²

Ahora bien, para entender adecuadamente el alcance de la referida “sentencia por boletín de prensa” del Tribunal Supremo de Justicia, según la calificó Brito García, sin duda, hay que hacer referencia a los antecedentes del caso, comenzando por la propia sentencia de la Sala Constitucional N° 97/09 (Caso: *Interpretación artículos 1 y 151 de la Constitución*, accionantes: Fermín Toro Jiménez y otros, de 11-02-2009), que fue la criticada por Brito García, dictada, como se dijo, en un proceso en el cual él mismo fue accionante, y mediante la cual la Sala Constitucional declaró inadmisibile la acción que había intentado junto con otros por falta de legitimación activa y, además, por considerar que las normas cuya interpretación se había requerido no necesitaban de interpretación alguna.

I. LA SENTENCIA N° 97/09 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE DECLARATORIA DE LA INADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1 Y 151 DE LA CONSTITUCIÓN POR FALTA DE LEGITIMIDAD DE LOS RECURRENTES

En efecto, en fecha 12 de marzo de 2008, varios ciudadanos, y entre ellos, Luis Brito García, interpusieron por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, una acción de interpretación respecto del contenido y alcance de los artículos 1 y 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los cuales se dispone lo siguiente:

Artículo 1. La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador. Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional.

Artículo 151. En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Después de reseñar todas las argumentaciones de los accionantes, la Sala Constitucional en su sentencia N° 97/09 (Caso: *Interpretación artículos 1 y 151 de la Constitución*, accionantes: Fermín Toro Jiménez y otros, de 11-02-2009),¹³ resumió la pretensión de los mismos considerando que, en esencia, estimaban que:

“la interpretación conjunta y conciliada de los artículos 1 y 151 de la Constitución, en concordancia con la del 301 *ejusdem* [*sic*], conduce a que el primero deba ser considerado como principio rector privativo que integra los Principios Fundamentales, y el otro como su aplicación al caso específico de los contratos de interés público suscritos por el Estado con personas jurídicas privadas extranjeras. Mientras que el artículo 301, en desarrollo del principio de igualdad también consagrado en la Disposición Fundamental Primera, asimismo, impide admitir que personas, empresas u organizaciones extranjeras puedan excluirse de los tribunales y las leyes venezolanas, que son obligatorias para los nacionales”.

12 Véase Luis Britto García, “¡Venezuela será condenada y embargada por jueces y árbitros extranjeros!” en www.aporrea.org/actualidad/a80479.html. Fecha de publicación: 21-06-2009.

13 Véase en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.html. Exp-08-0306.

Con base en ello, solicitaron a la Sala Constitucional que declarase que:

“la aparente excepción a que se contrae la regla general establecida en el artículo 151 de la Constitución es sólo aparente, y no restringe la regla de la irrenunciabilidad de la inmunidad de jurisdicción y legislación del Estado venezolano en materia de contratos de interés público, consagrada como principio rector en el artículo 1 *ejusdem* [sic]. Esto, porque alude a contratos de interés público que por su naturaleza son tratados internacionales y que por la condición de los sujetos que los celebran, Estados o empresas del sector público estatal con otros Estados u Organizaciones internacionales, son sujetos de Derecho Internacional Público”.

Aparte de la improcedente confusión en la que incurrieron los accionantes al confundir “contratos de interés públicos” con “tratados internacionales,” lo cual no tiene asidero alguno en el orden constitucional, en su escrito alegaron, según lo reseña la Sala Constitucional que si esta llegaba a considerar:

“que el referido artículo 151 de la Constitución sí consagra una excepción a la regla de la inmunidad de jurisdicción y primacía de su [sic] legislación del Estado venezolano, en virtud de que dicha supuesta excepción estaría en contradicción flagrante con el principio del carácter irrenunciable de la inmunidad de jurisdicción y legislación consagrada en el artículo 1 *ejusdem* [sic] de los Principios Fundamentales, aplicable en forma privativa a todos los actos unilaterales o bilaterales, incluidos los contratos de interés público celebrados por el Estado venezolano, y de que también estaría en contradicción evidente con el principio de igualdad establecido en los artículos 1° [sic] y 301 *ejusdem* [sic], dicha excepción debe reputarse en lo adelante como eliminada del texto constitucional, es decir, deberá ser declarada inexistente, ya que ni siquiera otra norma constitucional puede contradecir o invalidar las comprendidas como Principios Fundamentales en el Título I de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

La Sala Constitucional en su sentencia, como se dijo, declaró la inadmisibilidad de la acción de interpretación constitucional propuesta, para lo cual analizó las condiciones de admisibilidad de dicha acción que, como se sabe, es de creación de la propia Sala Constitucional.¹⁴ Entre esas condiciones, en particular respecto de la legitimación para accionar, la Sala ha exigido que los accionantes deben “ostentar un *interés personal, directo y actual* que derive de una situación jurídica concreta, como consecuencia inmediata de la incertidumbre que se origina con respecto al contenido y alcance de un precepto constitucional que afecta francamente la esfera de intereses del requirente.” La consecuencia de este criterio es que según la Sala, el fundamento del interés de quien solicita la interpretación tiene que ser la existencia de una situación jurídica, eventualmente dañosa para el solicitante, derivada de la duda planteada respecto del contenido de una norma constitucional a un caso concreto; de lo que resulta necesario que “dicho interés esté vinculado a un situación jurídica actual, no virtual o hipotética, a fin de evitar que la interpretación dada por la Sala se convierta en un mero ejercicio académico, sin la finalidad práctica de integrar o armonizar la Norma Fundamental.”¹⁵

En el caso concreto de la acción interpuesta por Brito García y otros, la Sala Constitucional constató que los accionantes se habían arrogado:

14 Véase sentencia N° 1077/2000, caso *Servio Tulio León*, en *Revista de Derecho Público*, N° 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss.

15 Véase también sentencia N° 1383/2008, caso *Luis Hueck Henríquez*, en *Revista de Derecho Público*, N° 112, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 596-601.

“la representación de los intereses difusos del pueblo venezolano que, genéricamente, resultaría afectado por una interpretación constitucional que denuncian contraria al principio de soberanía y autodeterminación de la República Bolivariana de Venezuela, pues –en su criterio– el establecimiento de cláusulas compromisorias en los contratos de interés público supondría una declinatoria inexcusable de la jurisdicción del Estado a favor de árbitros u órganos de justicia extranjeros.”

Sin embargo, en el caso, la Sala estimó que los accionantes no plantearon hecho concreto alguno que articulado con las normas cuya interpretación solicitaron, pudieran estas afectar “de manera directa o siquiera eventual sus situaciones jurídicas, como consecuencia de la presunta oscuridad de las disposiciones de la Carta Magna antes referidas.” De ello concluyó la Sala que “el interés procesal de los accionantes” resultaba “insuficiente,” declarando la demanda como “inadmisible al carecer los accionantes de la legitimación requerida para intentarla.”

Sin embargo, la sala Constitucional consideró necesario también referirse a las normas constitucionales cuya interpretación se solicitó, y llegó a la conclusión de que las mismas no sólo no eran oscuras o dudosas, sino que ya habían sido objeto de interpretación. En particular, la Sala se refirió a su sentencia previa N° 1541/2008 (Caso: *Interpretación artículo 258 de la Constitución*, accionantes Hildegard Rondón de Sansó y otros, de fecha, 17-10-2008),¹⁶ en la cual ya se había efectuado un amplio análisis de las disposiciones constitucionales de cuyo contenido los accionantes derivaban una aparente contradicción.

A tal efecto, en particular, la Sala indicó sobre el alcance del artículo 151 de la Constitución respecto de la posibilidad de someter a arbitraje internacional la solución de controversias relativas a contratos de interés público, que compartía el criterio que había sentado en sentencia del 17 de agosto de 1999, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia (Caso *Apertura petrolera*),¹⁷ en relación con el artículo 127 de la Constitución de 1961 (equivalente al artículo 151 de la Constitución de 1999), en el sentido de que:

“resulta evidente (...), que la redacción de la citada norma no deja la menor duda de que el constituyente al incorporar en los contratos de interés público la excepción si no fuera impropcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos se acogió al sistema de inmunidad relativa que ya había establecido la constitución de 1947.

Sistema que por lo demás impera en los países desarrollados, que permanentemente someten sus controversias internacionales a los árbitros que elijan uno u otro Estado, buscando con ello evitar que la jurisdicción interna de alguno de ellos tienda -como pareciera inevitable- a favorecer a su país en la disputa de que se trate (...).

Respecto de ello, la Sala Constitucional en la mencionada sentencia N° 97/09 (Caso: *Interpretación artículos 1 y 151 de la Constitución*, accionantes: Fermín Toro Jiménez y otros, de 11-02-2009),¹⁸ consideró que dentro de las condiciones generales que fomentan y permiten la inversión extranjera en el mundo contemporáneo, es “una práctica común y deseada por la mayoría de los inversionistas, la necesidad de someter las posibles diferencias derivadas del desarrollo de las correspondientes actividades económicas, a una jurisdicción que a

16 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 129 y ss.

17 Véase el texto en Allan R. Brewer-Carías (Compiler), *Documentos del Juicio de la Apertura Petrolera (1996-1999)*, Caracas 2004, en www.allanbrewercarias.com (Biblioteca Virtual, I.2. Documentos, N° 22, 2004, pp. 280-328).

18 Véase en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.html. Exp-08-0306.

juicio de las partes interesadas no tienda a favorecer los intereses internos de cada Estado o de particulares envueltos en la controversia;” considerando además, que:

“el constituyente al incluir al arbitraje en el sistema de justicia de la República, atendió bajo un enfoque pragmático a la necesidad de permitir en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, que en contratos de interés general el Estado tenga la posibilidad de someter los conflictos que se produzcan con ocasión de los mismos a la jurisdicción arbitral y así viabilizar las relaciones económicas internacionales necesarias para el desarrollo del país.”

Concluyó la Sala indicando que “en aquellos contratos de interés general en los cuales se incorpore una cláusula arbitral no resulta errado afirmar que los mismos deben inscribirse dentro de la cláusula de inmunidad jurisdiccional relativa;” y que:

“Por lo tanto, en el contexto constitucional vigente y desde una perspectiva relativa a la determinación de la jurisdicción, resulta imposible sostener una teoría de la inmunidad absoluta o afirmar en términos generales la inconstitucionalidad de las cláusulas arbitrales en contratos de interés general, por el contrario, para determinar la validez y extensión de la respectivas cláusulas arbitrales se deberá atender al régimen jurídico particular correspondiente.”

Concluyó la Sala afirmando que la interpretación anterior,

“consolida el **principio de soberanía**, en tanto reconoce la posibilidad del Estado de actuar en el marco constitucional y legal, para someter controversias relativas a contratos de interés general al sistema de justicia y particularmente a la actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros; por lo que resulta responsabilidad del Estado determinar el alcance, oportunidad y conveniencia, para someter determinados ‘negocios’ a un sistema de arbitraje u otro medio alternativo de resolución de conflictos; lo cual por lo demás, en forma alguna se vincula con un pronunciamiento respecto a la determinación del ordenamiento jurídico aplicable para la resolución del conflicto, sino se refiere exclusivamente a la posibilidad de someter a arbitraje las correspondientes controversias.”

Finalmente la Sala indicó que “en aquellos contratos de interés general en los cuales se incorpore una cláusula arbitral no resulta errado afirmar que los mismos deben inscribirse dentro de la cláusula de inmunidad jurisdiccional relativa;” y que dicho aserto “*en forma alguna se constituyen en un cambio de criterio de esta jurisdicción constitucional en la materia.*”¹⁹ En la sentencia N° 97/09 (Caso: *Interpretación artículos 1 y 151 de la Constitución*, accionantes: Fermín Toro Jiménez y otros, de 11-02-2009)²⁰ de declaratoria de inadmisibilidad de la acción de interpretación de los artículos 1 y 151 de la Constitución, la Sala Constitucional además, hizo referencia a otra sentencia anterior, N° 1.942/03, dictada con motivo de la ejecución de las decisiones de órganos judiciales internacionales (Caso: *Impugnación artículos Código Penal-Leyes de desacato*, accionante Rafael Chavero G.)²¹ en la cual se afirmó que:

“si bien es posible que el Estado se someta válidamente a la jurisdicción internacional, en caso que la decisión del correspondiente órgano contrarie el sistema jurídico constitucional interno, la misma sería inejecutable en la República, circunstancia que no debería producirse en la medida que la misma esté fundamentada correctamente en el marco jurídico aplicable para la resolución del correspondiente conflicto, como serían tratados internacionales, leyes o disposiciones contractuales, los cuales en todo caso deberán necesariamente atender a las normas de orden público de cada Estado en los cuales se pretenda ejecutar la decisión.”

19 Véase en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.html. Exp-08-0306.

20 *Ídem.*

21 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 ss., 164 ss., y 170 ss.

Con base en los razonamientos contenidos en las sentencias citadas, concluyó la Sala en su sentencia N° 97/09 declaratoria de inadmisibilidad de la acción de interpretación de los artículos 1 y 151 de la Constitución, por falta de legitimación activa, que:

“no existe una duda razonable respecto de los alcances de los artículos 1 y 151 de la Constitución y, por el contrario, de tales normas deriva una relación armónica que en ningún caso niega la soberanía o contradice el principio de autodeterminación de la República Bolivariana de Venezuela; motivo por el cual la demanda intentada también resulta inadmisibles, en razón de la inexistencia de oscuridad en las disposiciones constitucionales analizadas. Así se decide.”

II. LA CRÍTICA FORMULADA A LA SENTENCIA N° 97/09 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE DECLARATORIA DE LA INADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1 Y 151 DE LA CONSTITUCIÓN

Con fecha 14 de junio de 2009, como se ha dicho, en declaraciones dadas al diario *La Razón*, Luis Brito García criticó²² la sentencia de la Sala Constitucional N° 97/09 (Caso: *Interpretación artículos 1 y 151 de la Constitución*, accionantes: Fermín Toro Jiménez y otros, de 11-02-2009)²³, antes reseñada, considerando que con la misma, la Sala pretende “ni más ni menos que destruir la soberanía de Venezuela,” considerando que ésta:

“comprende el poder absoluto y perpetuo de la República de darse las propias leyes, aplicarlas con las propias autoridades y solucionar las controversias sobre su aplicación según dichas leyes y con los tribunales propios.”

Estos principios son inherentes a la noción misma de soberanía, y desde 1868, el internacionalista argentino Carlos Calvo, indignado por la invasión de Francia e Inglaterra contra México, sostuvo que: 1) Los Estados no pueden ingerirse en los asuntos de otros, en virtud del principio de igualdad entre ellos, 2) los extranjeros no pueden gozar de mayores derechos y privilegios que los nacionales, 3) y empresas y ciudadanos extranjeros deben solucionar sus controversias ante los tribunales internos del Estado territorial donde están establecidos.”²⁴ Luego de hacer referencia a la Cláusula Calvo,²⁵ de larga tradición en Venezuela y en Amé-

22 Véase Carlos Díaz, “Perdimos el derecho a ser juzgados según nuestras leyes, nunca las juntas arbitrales foráneas han favorecido a nuestro país”, entrevista a Luis Britto García, *La Razón*, Caracas 14-06-2009; publicado el 20-06-2009 por Luis Britto García en www.luisbrittogarcia.blogspot.com/2009/06/tsj-lesiono-soberania.html.

23 Véase en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.html. Exp-08-0306.

24 Véase Carlos Díaz, “Perdimos el derecho a ser juzgados según nuestras leyes, nunca las juntas arbitrales foráneas han favorecido a nuestro país”, entrevista a Luis Britto García, *La Razón*, Caracas 14-06-2009; publicado el 20-06-2009 por Luis Britto García en www.luisbrittogarcia.blogspot.com/2009/06/tsj-lesiono-soberania.html.

25 Esta Cláusula tuvo su origen en los trabajos de Carlos Calvo, quien la formuló en su libro *Tratado de Derecho Internacional*, publicado inicialmente en 1868, después de estudiar la intervención Franco-Británica en el Río de la Plata y la intervención de Francia en México. La Cláusula Calvo fue adoptada por primera vez en Venezuela en la Constitución de 1893 como respuesta a los reclamos diplomáticos formulados por países Europeos contra Venezuela como consecuencia de contratos firmados por el país con ciudadanos extranjeros. Véase Bogdanowsky de Mackelt, Tatiana, “Inmunidad de Jurisdicción de los Estados” en *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Vol. I, Caracas 1982, pp. 213 ss.; Brewer-Carías, Allan R. “Principios especiales y estipulaciones obligatorias en la contratación administrativa,” en *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Vol. II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 1986, pp. 345-378; Brewer-Carías, Allan R. “Algunos aspectos de la inmunidad jurisdiccional de los Estados y la cuestión de los actos de Estado (act of state) en la jurisprudencia norteamericana” en *Revista de*

rica Latina, conforme a la cual, según lo expresa el mismo artículo 151 de la Constitución las controversias que puedan suscitarse con motivo de contratos de interés público “por ningún motivo ni causa pueden dar origen a reclamaciones extranjeras;” Brito García consideró, a pesar de que la sentencia criticada sólo declaró la inadmisibilidad de su acción de interpretación, y ratificó el contenido del artículo 151 de la Constitución que admite el arbitraje internacional en los contratos públicos,²⁶ que con la sentencia, el Estado:

“en primer lugar, pierde el derecho a ser juzgado según sus propias leyes. En segundo lugar, pierde el derecho a ser juzgado por sus propios tribunales. En tercer lugar, tiene que improvisar complejos y costosos mecanismos de defensa en territorios extranjeros, o encomendar sus intereses a bufetes mercenarios. Y, en fin, prácticamente nunca las juntas arbitrales foráneas han favorecido a nuestro país, y en líneas generales deciden contra los países en vías de desarrollo y a favor de las transnacionales.”

Todas estas afirmaciones, por supuesto carecen de base, pues la sentencia, al declarar inadmisibile la acción propuesta, ratificó el contenido del artículo 151 de la Constitución que establece el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción del Estado. Sin embargo, distorsionando la sentencia, Brito García, ante la pregunta que se le formuló sobre si con “este precedente legislativo (*sic*) se puede aniquilar la soberanía legislativa y jurisdiccional en Venezuela”, respondió que:

“Lamentablemente sí. De ahora en adelante será inútil que Venezuela legisle en defensa de sus intereses, porque las controversias sobre sus contratos de interés público podrían ser decididas de acuerdo con otras leyes foráneas, o por el parecer libre de una junta arbitral. Será igualmente inútil que Venezuela tenga tribunales, porque las decisiones más importantes relativas a su interés público serán adoptadas por órganos foráneos.”

De nuevo, se trata de afirmaciones sin fundamento jurídico pues el principio de la inmunidad relativa de jurisdicción deja precisamente en manos del Estado la decisión soberana de someter o no las controversias que surjan de contratos de interés público a tribunales nacionales o a tribunales arbitrales internacionales.

Finalmente, en cuando al significado de la sentencia del Tribunal Supremo de 97/09, y las diferencias que podría tener comparada con las adoptadas por la antigua Corte Suprema de Justicia antes de 1999 (“Cuarta República”) en materia de soberanía, Brito García llegó a decir, también sin fundamento alguno, que “ni siquiera la Cuarta República se había atrevido a negar la soberanía de Venezuela en términos tan categóricamente inconstitucionales.”

III. EL BOLETÍN DE PRENSA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RESPUESTA A LA CRÍTICA PERIODÍSTICA DE UN LITIGANTE O LA “SENTENCIA MEDIANTE BOLETÍN DE PRENSA”

Fue precisamente al día siguiente de las declaraciones antes mencionadas dadas por Luis Brito García, criticando la sentencia de la Sala Constitucional N° 97/09 (Caso: *Inter-*

Derecho Público N° 24, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas Octubre-Diciembre 1985, pp. 29-42.

26 Véase sobre el tema, Sansó de Ramírez, Beatrice, “La inmunidad de jurisdicción en el Artículo 151 de la Constitución de 1999,” en *Libro Homenaje a Enrique Tejera Paris, Temas sobre la Constitución de 1999*, Centro de Investigaciones Jurídicas (CEIN), Caracas 2001, pp. 333-368; Morles, Alfredo, “La inmunidad de Jurisdicción y las operaciones de Crédito Público” en *Estudios sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Vol. III, Caracas 1979, pp. 1701 ss.; Brewer-Carías, Allan R., *Contratos Administrativos*, Colección Estudios Jurídicos N° 44, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1992, pp. 262-265.

pretación artículos 1 y 151 de la Constitución, accionantes: Fermín Toro Jiménez y otros, de 11-02-2009)²⁷, que había declarado la inadmisibilidad de la acción de interpretación que junto con otros había propuesto respecto de los artículos 1 y 151 de la Constitución, cuando apareció publicado en la página web del Tribunal Supremo de Justicia, un “Boletín” o “nota” de prensa cuya autoría se atribuye a “Prensa/TSJ” con el título “Se consolida la inmunidad de Venezuela frente a tribunales extranjeros,”²⁸ en el cual el Tribunal Supremo formuló una serie de conclusiones respecto del contenido de las sentencias de la Sala Constitucional N° 97/09, 1.942/03, 1.541/08 y 1.939/08, antes mencionadas.

Este “Boletín de prensa,” como se ha dicho, fue considerado por Brito García como la “respuesta” del Tribunal Supremo a la crítica periodística que él había formulado contra la decisión de la Sala Constitucional, calificándolo como una “*sentencia por boletín de prensa*” para cuya preparación -dijo-, el Tribunal Supremo se habría tomado un sólo día, en contraste con el año que se había tomado sentenciando “en contra de nuestro país” (“Celeridad contra los venezolanos, tardanza para defender la soberanía de Venezuela”); agregando que lo “más insólito” es que con el Boletín, el Tribunal Supremo,

“tras denegar justicia sobre los recursos que le interponemos, salga sin que nadie se lo pida a pronunciarse sobre las opiniones de los ciudadanos a quienes consideró despojados de “interés y legitimación”.

En todo caso, en la “sentencia-boletín” o “boletín-sentencia” como la calificó Brito, el Tribunal Supremo formuló las siguientes conclusiones:

Primero, comenzó afirmando al referirse a las anteriores sentencias de la Sala Constitucional que comenta, que:

“es falso que con base a las mismas, se afirme que el Poder Judicial venezolano no tiene potestad soberana para decidir las controversias sobre contratos de interés público suscritos por la República o someta las controversias derivadas de los mismos a los tribunales extranjeros, por el contrario, las mencionadas sentencias reiteran que el Estado es absolutamente soberano, por lo que no puede someterse a tribunales extranjeros en tanto no exista una manifestación válida, expresa e inequívoca para dirimir sus conflictos en órganos jurisdiccionales extranjeros.”

De ello resulta la ratificación del criterio sentado por la Sala Constitucional en el sentido de que de acuerdo con los artículos 151 y 258 de la Constitución, el Estado, en ejercicio de su poder soberano puede consentir someter controversias relativas a contratos de interés nacional a tribunales arbitrales internacionales, conforme a la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción establecida en la Constitución.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo afirmó que “no es cierto que conforme a tales fallos bastaría el consentimiento de un funcionario para que Venezuela sea juzgada y condenada por árbitros o tribunales extranjeros de acuerdo con leyes foráneas,” pues para ello se requiere “un consentimiento de las altas autoridades del Poder Nacional” haciendo referencia a lo previsto en los artículos 11 a 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, y artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial. Debe decirse, sin embargo, que estas normas no regulan consentimiento alguno: la primera se refiere a la necesidad de que los contratos públicos que contengan cláusulas arbitrales deban someterse al estudio jurídico del abogado del Estado (Procuraduría General de la República); el segundo artículo se refiere

27 Véase en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.html. Exp-08-0306.

28 Véase en www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=6941.

a los tipos de controversias que no pueden ser sometidas a arbitraje, como por ejemplo, las que sean contrarias al orden público. Es el artículo 4 de esta Ley el que exige que en los contratos en los cuales una de las partes del acuerdo arbitral sea un ente público, se requiera la autorización por escrito del Ministro de tutela respectivo.²⁹

En tercer lugar, el Tribunal indicó que:

“las sentencias reiteran, que en el caso de arbitrajes de inversión o la aprobación de cualquier otro mecanismo que suponga el sometimiento a una jurisdicción internacional -*vgr.* Corte Penal Internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunales subregionales como el Tribunal Andino, centros de arbitraje, conciliaciones, entre otros-, su validez y eficacia requiere, no solo de la manifestación de voluntad del Presidente de la República, sino además de una ley aprobatoria del tratado por parte de la Asamblea Nacional.”

En cuarto lugar, el Tribunal también indicó, al reafirmar “el principio de soberanía y autodeterminación de la República” que:

“es posible que el Estado Venezolano de acuerdo a las normas aplicables, pueda denunciar o modificar los convenios suscritos -antes de 1999- con otras naciones en los cuales se sometió la resolución de controversias a órganos internacionales. Muestra de ello, es la sentencia N° 1.939/08, en la cual la Sala Constitucional exhortó al Ejecutivo Nacional para que denunciara la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que sometió a la República a la jurisdicción de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ante la evidente usurpación de funciones en que incurrió la misma.”

En quinto lugar, en particular, en relación con el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones que contiene el consentimiento expreso unilateralmente formulado por el Estado para someter la resolución de controversias en materia de inversiones a tribunales arbitrales internacionales,³⁰ el Tribunal Supremo en su “Boletín de prensa” declaró al contrario, confundiendo “tribunales arbitrales internacionales” con “jurisdicciones de otros países,” que:

“Las sentencias eliminan el riesgo que significaba interpretar al artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones como una oferta o invitación abierta de Venezuela a someterse a la jurisdicción de otros países, tal y como se ha intentado plantear en el foro internacional, por sujetos con intereses contrarios a la República Bolivariana de Venezuela, como es el caso de las grandes transnacionales de la energía.”

En verdad, sin embargo, esto último sólo fue decidido en la sentencia de la Sala Constitucional N° 1.541/08 (Caso: *Interpretación artículo 258 de la Constitución*, accionantes Hildegard Rondón de Sansó y otros, de fecha, 17-10-2008)³¹ que fue dictada al resolver una acción de interpretación constitucional del artículo 258 de la Constitución, pero que resultó en una interpretación del mencionado artículo 22 de la Ley de Promoción y protección de Inversiones de 1999.

29 Véase por ejemplo, Brewer-Carías, Allan R., “El arbitraje y los contratos de interés nacional,” en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, N° 13, Caracas 1999, pp. 169-204.

30 Véase lo que expusimos en Brewer-Carías, Allan R., “Algunos comentarios a la Ley de Promoción y Protección de Inversiones: contratos públicos y jurisdicción,” en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Serie Eventos 18, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2005, pp. 279-288.

31 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 116, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 129 y ss.

En sexto lugar, en la llamada por Brito “sentencia mediante boletín de prensa,” el Tribunal Supremo señaló que:

“Las sentencias exhortan el establecimiento de centros alternativos a los pertenecientes a las grandes potencias, destacándose la reciente iniciativa de los Presidentes de Tribunales Supremos de UNASUR, por constituir centros de arbitrajes latinoamericanos (*vid.* Declaración de Nueva Esparta, de la III Cumbre de Presidentes de Poderes Judiciales de UNASUR).”

En séptimo lugar, el Tribunal Supremo constató que las sentencias reconocían y consolidaban “la actividad desarrollada por el gobierno de la República a lo largo de casi diez años de vigencia de la Constitución, tiempo en el cual se han celebrado diversos convenios y acuerdos, en los cuales se somete a la República a órganos jurisdiccionales internacionales, tales como tratados bilaterales de protección de inversiones suscritos con países amigos como Argentina, Cuba e Irán.”

En octavo lugar, las sentencias reiteraron las consideraciones formuladas en la sentencia N° 1.942/03 (Caso: *Impugnación artículos Código Penal -Leyes de Desacato-*, accionante: Rafael Chavero Gazdik, de fecha 15-07-2003);³² respecto a la ejecución de las decisiones de órganos judiciales internacionales, según la cual:

“(…) como principio general, la preeminencia de la soberanía que sólo puede ser derogada por vía de excepción en casos singulares y precisos (...) las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o *ad hoc* (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos (...). En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal. El respeto al derecho interno de cada país y el agotamiento de la jurisdicción interna, son valores constantes para que proceda la decisión de esos órganos jurisdiccionales supranacionales, transnacionales o internacionales (...). El respeto al derecho interno se convierte así en un requisito previo, que sirve de dique de contención a que se dicten fallos que desconozcan, al menos, las normas constitucionales de los suscritores de los Convenios o Tratados. Planteado así, ni los fallos, laudos, dictámenes u otros actos de igual entidad, podrán ejecutarse penal o civilmente en el país, si son violatorios de la Constitución, por lo que por esta vía (la sentencia) no podrían proyectarse en el país, normas contenidas en Tratados, Convenios o Pactos sobre Derechos Humanos que colidiesen con la Constitución o sus Principios rectores (...).” (Sentencia de la Sala Constitucional N° 1.942/03).

Por último, en noveno lugar, el “Boletín de Prensa” del Tribunal Supremo reafirmó que “toda decisión o laudo internacional, puede ser objeto de control constitucional, si se pretende ejecutar en Venezuela, tal y como lo asentó la Sala Constitucional en el fallo N° 1.939/08, en el caso: “*Corte Interamericana de Derechos Humanos vs. Jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo*”, y en la decisión N° 1.541/08, que a su vez ratifica la sentencia N° 1.942/03.”

Luego de la emisión del “Boletín de prensa” antes comentado, el mismo abogado Luis Brito García reaccionó contra la “respuesta” a sus declaraciones del Tribunal Supremo que contenía, calificándolo, como se ha dicho, como una “sentencia por boletín de prensa” dictada “sin que nadie se lo pida a pronunciarse sobre las opiniones de los ciudadanos a quienes consideró despojados de ‘interés y legitimación’”.

32 Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 ss., 164 ss., y 170 ss.

Independientemente de los calificativos emitidos por Luis Brito García, ante el “Boletín de prensa” comentado, y de lo errado de sus apreciaciones sobre lo que en verdad se estableció en la sentencia N° 97/09 (Caso: *Interpretación artículos 1 y 151 de la Constitución*, accionantes: Fermín Toro Jiménez y otros, de 11-02-2009),³³ sin duda, la reacción del Tribunal Supremo ante una crítica periodística constituye una “novedosa” forma judicial de un tribunal de expresar su “opinión” sobre determinados asuntos litigiosos, la cual debe ser rechazada, pues además de inconveniente, es ilegal por no tener competencia alguna el Tribunal para ello. Todavía en Venezuela, y a pesar de la ampliación de los poderes de actuación de oficio que se ha construido la Sala Constitucional,³⁴ por el principio dispositivo sigue siendo el norte del debido proceso en Venezuela.

New York, julio 2009

33 Véase en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/97-11209-2009-08-0306.html. Exp. 08-0306.

34 Véase Brewer-Carías, Allan R., “Régimen y alcance de la actuación judicial de oficio en materia de justicia constitucional en Venezuela”, en *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 2, Universidad de Talca, Santiago, Chile 2006, pp. 221-250.