

Revista de la Facultad de Derecho Nº 62-63



Caracas, 2010

ISSN: 0255-5328

Depósito Legal: If196502DF289



Revista de la Facultad
de Derecho
2007-2008 / N° 62-63

Código de REVENCYT: RVR036
(<http://revencyt.ula.ve>)



Facultad de Derecho
Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 2010

Revista de la Facultad de Derecho N° 62-63

Director: Alberto Baumeister Toledo
Asistente de Dirección: Liliana Fasciani M.
Caracas, 2007-2008
ISSN: 0255-5328
Depósito Legal: lf196502DF289

©Universidad Católica Andrés Bello
Facultad de Derecho / Dirección de Publicaciones
Escuela de Derecho / Instituto de Investigaciones Jurídicas
Urb. Montalbán
Apartado 20.332
Caracas 1020 - Venezuela

Consejo Editorial

Juan Luis Mododell

Decano de la Facultad de Derecho

Emilio Píriz Pérez

Director de Publicaciones UCAB

Alfredo Parés Salas

Director de la Escuela de Derecho

Jesús María Casal

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Magaly Vásquez González

Directora de Postgrado

Julio Rodríguez Berrizbeitia

Por los Egresados y Apoyo Logístico Exterior

Ninoska Rodríguez

Por la Facultad de Derecho

Andrés Carrasquero

Por la Facultad de Derecho

Emilio J. Urbina Mendoza

Asesoría Técnica - Control, metodología e indexación

Jesús María Alvarado

Apoyo captación autores externos



Consejo de Redacción

Salvador Yanuzzi

José Antonio Muci

Miguel Mónaco

Benjamín Klar

Carlos Ayala

Andrés Mezgravis

José Vicente Haro

Adquisiciones y Canje

Prof. Emilio Píriz Pérez
Director de Biblioteca
epiriz@ucab.edu.ve
bchacon@ucab.edu.ve
ucabcanjes@yahoo.com

Producción y diseño: PUBLICACIONES UCAB

Composición y paginación: MERY LEÓN

Diseño de carátula: ESTUDIO DE DISEÑO.

FUNDACIÓN CARLOS E. FRÍAS

Impreso por: EDITORIAL TEXTO

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO

Urbanización Montalbán - La Vega

Apartado Postal 20332 - Caracas 1020 - Venezuela

Teléfonos: 4074700 Ext. 207 y 208. Fax:4713307

INDICE

<i>Editorial</i> por Emilio J. Urbina Mendoza.....	5
Sección de Doctrina	
NACIONAL	
Constitucional	
<i>La Constitución Venezolana frente a algunos retos de la biotecnología</i> Rafael Bernad Mainar.....	11
<i>Irresponsabilidad e inmunidad parlamentarias en la Constitución de 1999</i> por Juan Miguel Matheus.....	59
Civil	
<i>Sobre la noción de derecho civil</i> por María Candelaria Domínguez Guillén.....	81
Organización administrativa	
<i>Las administraciones independientes en Venezuela y su potestad reglamentaria</i> por Carlos Omar Gil Barbella.....	99
<i>Los Consejos Comunales y la corresponsabilidad en la educación en Venezuela: análisis crítico</i> por María Elena León Álvarez.....	127
Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Ética jurídica	
<i>El “Facundo” en el siglo XXI</i> Mariela Yáñez Díaz.....	139

EXTRANJERA

<i>La influencia del Code civil y del Derecho Alemán en el Sistema Patrimonial Chileno: Sistema de Derechos Reales y Personales</i> por Rodrigo Barcia Lehmann	151
<i>Algunos criterios jurisprudenciales en sede sucesoria de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Cubano</i> por Leonardo B. Pérez Gallardo.....	185
<i>La política de aguas y su marco jurídico</i> por Antonio Embid Irujo.....	225
<i>Suspensión condicional del proceso a cambio de reparación: ¿una forma anómala de decretar el sobreseimiento?</i> por Pablo Galain Palermo.....	255
SECCIÓN DE ESPECIALES	
Noticias de la Facultad: La semana de la Escuela de Derecho 2008-2009	281
Normas para la recepción y publicación de los trabajos en la Revista de la Facultad de Derecho.....	285

Editorial

No hace mucho se publicó el número 60-61 (2005-2006) de esta revista. Dicho volumen constituye un tributo de la “decana” de las publicaciones ucabistas –con sus ocho lustros de afanosa tradición científica– al impulso editorial de nuestra UCAB, con más espacios de futuro que las pasadas. En esta oportunidad, llenos del espíritu innovador que contagia todo desafío intelectual, así como, la libertad académica que otorgan casi medio siglo de existencia, nos corresponde presentar el presente volumen compuesto (62-63) para toda la comunidad jurídica de Venezuela y el mundo.

Dichos números se corresponden con el último tramo de esta ya fenecida primera década del siglo XXI (2007-2008). Esta agrupación no confiesa nuevos criterios de periodicidad bianual, pues, seguirá siendo la *Revista de la Facultad de Derecho UCAB* una publicación anual como lo ha sido desde su génesis. La lógica que asiste la acumulación responde sencillamente al proceso de actualización y alineación paulatina de las líneas editoriales y de presentación de la revista con respecto al cambiante mundo de las publicaciones periódicas indexadas.

Ejecutando las líneas maestras de la política editorial, la sección Doctrina Nacional la apertura el trabajo del profesor del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, Rafael Bernad Mainar. El título, *la Constitución Venezolana frente a algunos retos de la biotecnología*, responde a un detallado análisis del pensamiento del constituyente de 1999 de cara al telúrico espacio de la biotecnología donde lo elucidado por la ciencia ficción del ayer se transforma en realidad futurable al alcance de todos. Para concluir la sección constitucional, el profesor Juan Miguel

Matheus describe uno de los problemas del constitucionalismo moderno de cara al principio de igualdad formal entre los ciudadanos, como es la inmunidad parlamentaria. El artículo se intitula *irresponsabilidad e inmunidad parlamentarias en la Constitución de 1999*.

Se incluye, dentro de este número compuesto, un trabajo que revitaliza un área de la disciplina jurídica cada vez más relegada como es el Derecho civil. La profesora María Candelaria Domínguez Guillén en su artículo *Sobre la noción de derecho civil*, analiza el estado actual de esta antigua rama del Derecho, precisando sus nuevas dimensiones y desafíos en tiempos donde la especialización ha venido relegando al Derecho común.

Dentro del extenso e intenso proceso de cambios en la morfología del Estado venezolano y su vinculación con la población y el territorio, se incluyó, tras el arbitraje, dos trabajos de actualidad innegable. El primero, *las administraciones independientes en Venezuela y su potestad reglamentaria*, del profesor Carlos Omar Gil Barbella, escruta los pormenores de estas instituciones propias del Derecho administrativo para nada exentas de posturas críticas muchas veces que rayan en la negación absoluta. El segundo trabajo es de la profesora María Elena León Álvarez, quien expone uno de los puntos más sensibles en la Venezuela del siglo XXI, como son *los Consejos Comunales y la corresponsabilidad en la educación en Venezuela*. Allí, esta profesora de la Universidad del Zulia, nos ilustra sobre el papel que estos nuevos órganos colegiados deben cumplir con sumo celo frente la configuración de las instituciones educativas venezolanas.

Cierra la sección de Doctrina Nacional, un refrescante estudio efectuado por la profesora de la Universidad Arturo Michelena e investigadora de la Universidad de Carabobo: *El "Facundo" en el siglo XXI*. En este artículo, Mariela Yáñez Díaz, adapta la realidad plasmada por la pluma de Domingo Faustino Sarmiento sobre las dinámicas latinoamericanas entre el poder político, el imaginario popular y la mengua de la institucionalidad. Una clara muestra del papel que la literatura juega en los imaginarios jurídicos de sociedades enteras.

La sección Doctrina Extranjera se incluyó cuatro trabajos de diferentes latitudes. Su publicación responde a la variedad de materias requeridas por un esfuerzo de Derecho comparado. Comienza la sección el artículo

la influencia del Code civil y del Derecho Alemán en el Sistema Patrimonial Chileno: Sistema de Derechos Reales y Personales. Su autor es el profesor Rodrigo Barcia Lehmann (Chile). Seguidamente, y como novedad en revistas de nuestro país, se edita el trabajo del profesor Leonardo B. Pérez Gallardo (Cuba) cuyo título es *Algunos criterios jurisprudenciales en sede sucesoria de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Cubano.* A renglón seguido, el catedrático de la Universidad de Zaragoza, profesor Antonio Embid Irujo, nos trae a colación una materia de sensible actualidad como es la administración de las aguas. Su trabajo se intitula *La política de aguas y su marco jurídico.* Finalmente, se edita en este número la *Suspensión condicional del proceso a cambio de reparación: ¿una forma anómala de decretar el sobreseimiento?* Su autor es el investigador del Instituto Max Planck y de la Universidad de Salamanca, el profesor Pablo Galain Palermo.

Cumpliendo con uno de los imperativos trazados por el Consejo Editorial, este número compuesto retoma la sección *Noticias de la Facultad.* En esta oportunidad se dedica íntegramente a la iniciativa llevada a cabo por la Dirección de la Escuela de Derecho (Caracas) como es la *Semana de la Escuela de Derecho 2008-2009.* En este período se lograron revitalizar algunas tradiciones que han fraguado las más elevadas acciones de nuestra Facultad a lo largo de sus 57 años de fundación.

Nuevamente queremos tributar un agradecimiento al profesor Jesús María Alvarado Andrade por su especial tesón en que este número saliera a la luz pública. De igual forma queremos agradecer al Director de la Revista, profesor Alberto Baumeister Toledo, por las siempre necesarias observaciones al momento de publicar los trabajos.

Emilio J. Urbina Mendoza
Asistente de Control, metodología e indización

DOCTRINA



La Constitución Venezolana frente a algunos retos de la biotecnología

Rafael Bernad Mainar*

RESUMEN

Tras la aparición de la Constitución venezolana de 1999, muchas han sido las materias desarrolladas, merced a una nueva concepción del Estado y de los poderes públicos. Muchos han sido también los campos afectados por la reforma, y un sinnúmero de instituciones se han visto catapultadas como consecuencia de las innovaciones operadas. Fruto de la relevancia que en los últimos tiempos ha alcanzado la biotecnología, será de interés una incursión en el nuevo texto constitucional para deshacer con ello una aparente constante que parece acompañar una y otra vez al ordenamiento jurídico venezolano, cual es que, en una primera aproximación a la legislación nacional, la impresión que se nos presenta es la inexistencia de normativa alguna relacionada con la biotecnología.

Palabras clave: Biotecnología, Constitución venezolana, Derechos fundamentales, Derecho civil.

ABSTRACT

After the appearance of the Venezuelan Constitution of 1999, many have been the developed matters, thanks to a new conception of the State and the powers public. Many have been also the fields affected by the reform, and an endless number of institutions has been catapulted as a result of the operated innovations. Fruit of the relevance that lately has reached the biotechnology, will be of interest an incursion in the new constitutional text to undo with it one apparent constant that seems to accompany one and another time to the Venezuelan legal ordering, as is that, in one first approach to the national legislation, the impression that appears to us is the norm nonexistence some related to the biotechnology.

Keywords: Biotechnology, Venezuelan Constitution, fundamental rights, civil law.

I. INTRODUCCION

Tras la aparición de la flamante Constitución venezolana de 1999, muchas han sido las materias potenciadas y desarrolladas, merced a una

* Profesor titular de derecho civil. Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela.

nueva concepción del Estado y de los poderes públicos¹. Muchos han sido también los campos afectados por la reforma, y un sinnúmero de instituciones se han visto catapultadas. Ante tal panorama, y fruto de la relevancia que en los últimos tiempos ha alcanzado la biotecnología y los avances científicos², se presenta más que interesante un estudio del nuevo texto constitucional bajo la óptica de la biotecnología a fin de deshacer con ello una aparente constante que suele acompañar una y otra vez al ordenamiento jurídico venezolano, cual es la impresión de inexistencia de normativa alguna sobre el particular.

Es cierto que el ordenamiento jurídico venezolano no cuenta con una ley específica, frente a lo que sucede en otros países del mundo; sin embargo, no por ello podemos afirmar la ausencia absoluta de algún referente legislativo. Sobre todo a partir de la promulgación de la nueva Constitución nacional de 1999, instrumento jurídico de capital importancia, que no ha de pasar desapercibido y debe ser sometido a un análisis exhaustivo bajo el prisma de la biotecnología, dados sus potenciales e inquietantes repercusiones jurídicas, y más concretamente desde la vertiente del Derecho civil. Muchas de las aportaciones que aquí se hagan tendrán en cuenta la verdadera mens legislatoris con que se redactó el texto constitucional, si bien otras irán más allá, dada la redacción definitiva de un texto de esta naturaleza que quiere armonizar y sumar voluntades, así como evitar un pronto anquilosamiento y desfase.

II. ESTUDIO DE LA CONSTITUCION VENEZOLANA

II. 1. El Preámbulo. Sabido es que el Preámbulo de la Constitución, aunque no se compone de normas jurídicas de aplicación directa e inmediata, representa más bien un faro interpretativo en el marco jurídico del

1 Al respecto, RONDON DE SANJOSE, H. *Las transformaciones fundamentales en la organización y dinámica del Estado derivadas de la Constitución de 1999*. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Tribunal Supremo de Justicia n° 7. Volumen II. Caracas. 2002, páginas 619 y ss.

2 En torno a la biotecnología y su importancia en la actualidad, PORRAS DEL CORRAL, M. *Biotecnología, Derecho y Derechos Humanos*. Córdoba, Publicaciones Obra Social y Cultural Cajasur, 1996; también ROMEO CASABONA, C. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

sistema normativo de un país, pues le concede coherencia y cohesión al conjunto del ordenamiento jurídico considerado.

Por lo que respecta al Preámbulo de la Constitución venezolana, representa una proclamación filosófico-política de ideales y valores, muchos de ellos de naturaleza metajurídica, que se erigen en principios constitucionales fundamentales y gozan de la misma imperatividad, obligatoriedad y rigidez constitucional que las propias normas de su articulado³.

Por otro lado, se presenta una nueva esencia republicana tras el paso de la cuarta a la quinta República, con base en la idea de que “lo que funda fundamenta”, lo cual se ratifica, por ejemplo, mediante la inclusión de nociones un tanto exageradas como las de multietnicidad y pluriculturalidad, cuando tales realidades hubieran podido expresarse con matices más correctos y precisos si se hubieran tomado en consideración algunos fenómenos muy arraigados en nuestro país, como son la emigración o el mestizaje.

Por lo que se refiere al aspecto de la biotecnología, objeto de nuestro trabajo, el Preámbulo del texto constitucional asume algunas expresiones que presentan una relación cuando menos indirecta con la materia, como vamos a explicar y desarrollar:

a) la referencia a “las futuras generaciones”, que pone de manifiesto el deber moral que pesa sobre la generación actual de legar un mundo en condiciones idóneas y dignas a las generaciones venideras, lo cual se evidencia más si cabe en un terreno tan sensible y vulnerable como lo es

3 En este sentido, LEJARZA A, J. *El carácter normativo de los principios y valores en la Constitución de 1999*. Revista de Derecho Constitucional n° 1. Caracas. Septiembre-Diciembre. 1999, páginas 195-220. Así, por ejemplo, se atribuye al pueblo la autoría fundamental y creación del texto constitucional, y se le eleva a la categoría de protagonista esencial del mismo, puesto que, por un lado, la Norma se gesta tras un referéndum consultivo para su convocatoria y, por otro, no sólo fueron los ciudadanos los que designaron a los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, sino que también, tras su elaboración, el texto fue ratificado por la mayoría del electorado en una nueva consulta popular.

Ver a propósito del Preámbulo de la Constitución de 1999, CANOVA GONZALEZ, A. *El Preámbulo de la Constitución venezolana de 1999*. Revista de Derecho Constitucional n° 3 (Julio-Diciembre). Caracas. 2000, páginas 45-75; COMBELLAS, R. *Derecho constitucional. Una introducción al estudio de la C. R. B. V.* Mc Graw Hill. . Caracas. 2001, páginas 27-29.

el biotecnológico, según veremos al abordar el estudio de los derechos ambientales⁴;

b) el señalamiento de la “igualdad sin discriminación” que, referido a nuestro tema de desarrollo, cuenta con especial relevancia, toda vez que las aplicaciones de la biotecnología sin límites pueden propiciar situaciones de desigualdad en aras de una pretendida raza humana superior y un mal entendido perfeccionismo, lo que plantea de inmediato un debate sobre las consecuencias jurídicas de la técnica al servicio del hombre y las sombras que su implantación genera;

c) el objetivo de la “cooperación pacífica entre las naciones” y “consolidación de la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos”, que nos conduce a la posibilidad de la celebración de Tratados e instrumentos internacionales con un ámbito regional y continental, dada la afinidad sociológica y la existencia, a nuestro juicio, de una cultura biotecnológica latinoamericana con caracteres muy marcados fruto de criterios bien arraigados en el orden histórico, social, económico, religioso y antropológico propios y autóctonos;

d) la consideración de “la garantía universal e indivisible de los derechos humanos”, al hallarnos ante una nueva etapa en la evolución progresiva de los derechos humanos, superadora de la tercera fase e instalada ya en una cuarta, tras el triunfo de la era informática y genómica, puesto que mientras con anterioridad ninguno de los derechos humanos actuaba fuera del marco de la ley, en la actualidad ninguna ley puede rebasar ni superar los límites de los derechos humanos;

e) el deseo de obtener “el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad”, logros a los que sin duda contribuirá el uso racional y ponderado que se haga de la biotecnología, pues una degeneración en su empleo puede poner en entredicho estos objetivos elevados a la categoría de referentes jurídicos y que concuerdan con los realizados en algunos textos internacionales, como son, la Declaración Universal del Genoma Humano (1998) o el Convenio Europeo de Biomedicina (Convenio de Asturias), de 1999.

⁴ En torno a estos principios y otros principios del Preámbulo de la Constitución, BREWER-CARIAS, A. R. *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano. Tomo I*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2004, páginas 174-176.

II. 2. *Los principios fundamentales*. Su función consiste en enlazar el campo del Derecho y la Moral, y para ello se erigen directa y eficazmente en criterios orientadores de primer orden⁵. Se recogen en el artículo 2 del texto constitucional y asumen un protagonismo especial en la tarea interpretativa del mismo, lo cual otorga una misión creadora del Derecho al juez constitucional, quien deberá conferir contenido a estos principios⁶.

Se pone énfasis en la reseña y profusión de la doctrina bolivariana, sobre todo por lo que a la creación de una nación de repúblicas o unión confederada concierne (artículo 153 de la Constitución)⁷.

En sintonía con la implantación del principio de la soberanía popular participativa, se instaura la deliberación por todos los miembros de la comunidad en los asuntos que conciernen a la generalidad de los ciudadanos; todo ello sin excluir una participación representativa refrendada en la exigencia de la rendición de cuentas y posible revocación de los cargos públicos, y una participación protagónica, que tiende a promover una conciencia ciudadana superadora de la mera participación pasiva y simbólica. Problemas tan relevantes como algunos que alberga la biotecnología, de tanto interés para la sociedad, deberán medirse bajo estos parámetros participativos y ser presentados a consulta popular para que no se produzca un divorcio entre la legislación y la comunidad, dada la doble velocidad existente, muchas veces irreconciliable, entre el ámbito

5 Ver al respecto, RUBIO LLORENTE, F. y OTROS. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Ariel. Barcelona. 1995, página XIX.

6 Esta atribución interpretativa conferida al juez constitucional plantea, sin duda alguna, la polémica en torno al carácter de fuente del Derecho de la jurisprudencia en nuestro país que se erige en un factor primordial en el reto de la actualización y vivificación de la Carta Magna.

Sobre los valores superiores, ver la obra homónima de PECES-BARBA. G. (Tecnos. Madrid. 1984, página 23), FERNANDEZ SEGADO, F. *El sistema constitucional español*. Dykinson. 1992, página 89.

7 Concretamente, en lo atinente al terreno de la biotecnología, como ya se ha indicado con anterioridad, nos hallamos ante un campo abonado para la celebración de Convenios, Declaraciones y Tratados internacionales con un ámbito más bien regional o continental, en la línea de profundizar y alentar la necesidad de cooperación internacional e integración latinoamericana sobre el particular.

Sobre la doctrina bolivariana y la denominación de de la República, COMBELLAS, R. *Op. cit.* páginas 31 y ss; RONDON DE SANSO, H. *Análisis de la Constitución de 1999*. Editorial Ex Libris. Caracas. 2001, páginas 57-61.

científico y el sociológico, encauzado este último, primordialmente por el Derecho.

El Estado venezolano se configura como un Estado *democrático*⁸, *social*, que obliga al Poder público a garantizar una serie de necesidades mínimas y, además, un Estado *de derecho y de justicia*⁹, yuxtapuestas ambas nociones y necesariamente complementarias, puesto que el Estado de derecho y su formalismo inherente puede erigirse en una rémora para el logro de la justicia, de ahí que el Derecho ha de servir para alcanzar la justicia y, en tal sentido, se recomienda una transformación del sistema judicial.

En la enumeración de los valores superiores del ordenamiento nacional se observa una influencia marcada de la Constitución española de 1978. También subyace en su expresión el debate tradicional entre el positivismo jurídico, por un lado, según el cual los valores han de instrumentarse en las normas jurídicas, y por otro, el iusnaturalismo, donde el normativismo debe superarse a través de los valores. Además, comprobamos que se trata de una serie de valores flexibles, no meramente dogmáticos, rígidos o unidimensionales, sino que se pueden adaptar a las nuevas necesidades.

Así, se constituyen en verdaderos referentes en el seno del ordenamiento jurídico venezolano el derecho a la vida (artículo 43), con gran incidencia en el campo de la biotecnología; la libertad, en sintonía con el principio del consentimiento informado; la igualdad en un sentido material y no meramente formal, a los efectos de evitar cualquier forma de discriminación posible; la solidaridad, basada en el sentimiento de comunidad, necesidades compartidas y la ayuda del otro; la justicia y su

8 Basado en una legitimidad originaria y de ejercicio, que aspira a la consecución de una sociedad democrática –artículo 141 de la Constitución–, además de una estructura burocrática abierta a la participación ciudadana –artículo 143.

9 Al respecto, COMBELLAS, R. *Derecho constitucional ...*, páginas 35 y ss; RONDON DE SANZO, H. *Análisis de la Constitución ...*, páginas 61-67.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es Sentencia n° 85 de 24 de enero de 2002 (Caso Deudores hipotecarios vs. Superintendencia de Bancos) analiza el concepto de Estado Social de Derecho (Revista de Derecho Público, n° 89-92. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2002, páginas 91-108), y la Sala Político-Administrativa en Sentencia n° 949 de 26 de abril de 2000 se pronuncia en torno a la noción de Estado de Justicia (Revista de Derecho Público, n° 82 abril-junio. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2000, páginas 163 y ss.).

conexión con el Derecho; la democracia y su sustento en el pluralismo político; la responsabilidad social, sobre la idea del individuo como miembro responsable de una comunidad; el respeto a los derechos humanos, ante los que debe ceder cualquier pretendida razón de Estado; e incluso, la noción de la ética, que impone la necesidad de conciliar la llamada conciencia individual con su potencial repercusión pública¹⁰.

La Carta Magna enumera y presenta los fines esenciales del Estado, ya de orden económico-social, ya político, o bien de matiz jurídico¹¹. Todos ellos, en una u otra medida, se relacionan con aspectos varios de la biotecnología como se verá desde una triple perspectiva: jurídica, política o económico-social.

II. 3. *El Título III de la Constitución*. Ya en el Preámbulo de la Constitución se constata la promoción, el impulso y consolidación de la garantía universal e indivisible de los derechos humanos. La Carta Magna de 1999 aporta la superación de la división tradicional entre derechos fundamentales (solamente los recogidos y afirmados en el texto constitucional) y derechos humanos, para lo cual presenta una visión global y totalizadora de los mismos, así como eleva a la categoría de valor constitucional superior su primacía¹². Esta consideración apuntada acarrea la atribución a

10 Tal como señala el artículo 141 de la Constitución. En este sentido, LEJARZA A., J. *Op. cit.*, páginas 195-220; Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa n° 659 de 24 de marzo de 2000 (Revista de Derecho Público n° 81. Enero-marzo. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2000, páginas 103 y 104).

11 El artículo 3 de la Constitución alude a la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la defensa y desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, así como la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

El artículo 4 eleva a la categoría de principios de primer orden nacional la integridad territorial, basado en la indisolubilidad y federalismo corporativo, que desemboca en la descentralización típica de una estructura política de tal naturaleza. En esta misma línea reseñamos la primacía que se otorga al texto constitucional, pues se convierte en *lex superior* del ordenamiento jurídico, y en fundamento esencial de éste, de modo que goza de jerarquía superior sobre el resto y representa el vértice más alto de su configuración, al que deben sujetarse todos los poderes públicos.

Ver en este sentido, BREWER-CARIAS, A. R. *La Constitución de 1999 ...*, páginas 186 y 187; COMBELLAS, R. *Derecho constitucional ...*, páginas 41 y ss; RONDON DE SANSO, H. *Análisis de la Constitución ...*, páginas 68 y 69.

12 Sobre las características del catálogo de derechos humanos en la Carta Magna de 1999, CASAL HERNANDEZ, J. M. *Los derechos humanos y su protección*. (Estudios

la materia de un rango jerárquico de superioridad frente a autoridades, poderes y órganos del Estado, de tal forma que llegan a positivizarse como derechos humanos verdaderos principios constitucionales. Por otro lado, y a mayor abundamiento, se les otorga jerarquía supraconstitucional, puesto que tanto las normas del texto constitucional, como otras leyes, los desarrollan, protegen y fomentan. Incluso se contempla una consideración de *numerus apertus* a su relación y enumeración, dado el carácter de inherentes a la persona humana, al margen de su reconocimiento expreso o no por la Constitución¹³; en esa misma línea, se produce la incorporación al ordenamiento jurídico nacional de aquellos derechos recogidos en Tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por Venezuela, lo cual plantea y representa una subordinación de la propia Constitución¹⁴.

Por otro lado, el Estado queda obligado a garantizar el goce y ejercicio irrenunciable e interdependiente de los derechos humanos, con lo cual se incluye de manera incontestable el principio de progresividad, lejano a una visión restrictiva y limitativa de los mismos. Así pues, se insta la aplicación constitucional directa de los derechos humanos, en sintonía con la tesis cada vez más extendida de otorgar valor jurídico a las Declaraciones principistas, como sería, por ejemplo, la Declaración Universal del Genoma Humano, con lo cual la protección de este campo

sobre derechos humanos y derechos fundamentales). Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2006, páginas 44-45. También, NIKKEN, P. *Código de derechos humanos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991.

- 13 BIDART CAMPOS, G. J. *Los derechos no enumerados en la Constitución*. Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón. Volumen I. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. 2001, páginas 225-234; MARTINEZ A. Y., FARIA VILLARREAL, I. "La cláusula enunciativa de los derechos humanos en la Constitución venezolana". *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*. N° 3. Caracas. 2001, páginas 133-151.
- 14 Así lo determina el importante artículo 23 del texto constitucional, que comentaremos más adelante. Ver AYALA CORAO, C. M. *Recepción de la jurisprudencia internacional sobre Derechos humanos por la jurisprudencia constitucional*. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche. Volumen I. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. 2001, páginas 153-224, también por el mismo autor *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a Derechos humanos y sus consecuencias*, en Bases y principios del sistema constitucional venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional. San Cristóbal. 21.23 de noviembre de 2001. Volumen I, páginas 167-240).

del Derecho no se agotaría en el ordenamiento jurídico nacional, sino que se proyectaría también al internacional¹⁵.

Se implanta el criterio de la inalterabilidad del contenido esencial de los derechos humanos (así, por ejemplo, en los artículos 2, 3 y 19 del texto constitucional), y en el intento de determinar qué ha de entenderse por contenido esencial podemos traer a colación las dos perspectivas que nos presenta la sentencia del Tribunal Constitucional español 11/1981: a) Atendiendo a la naturaleza jurídica, modo de configuración o concepción de cada derecho. En este caso sería contenido esencial aquellas facultades necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo general del que forme parte, sin las cuales dejaría de pertenecer a ese tipo, y pasaría a integrar otro diferente y se desnaturalizaría; b) Mediante la indagación y búsqueda de los intereses jurídicamente protegidos como médula y núcleo de los derechos subjetivos. La esencia del contenido del derecho se refiere a la parte del mismo que necesariamente debe existir para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Si se limita el derecho hasta el punto de hacerlo impracticable e inviable, o dificultoso más allá de lo razonable, estamos ante la superación o desconocimiento de su contenido esencial. Ambas vías no resultan, sin embargo, excluyentes, sino más bien complementarias y coadyuvantes al efecto de precisar el contenido esencial de los derechos humanos¹⁶.

Al amparo de los artículos 19 y 203 de la C. R. B. V. esta materia sólo puede regularse mediante ley, ya que la intervención del poder legislativo constituye la garantía de participación del común de los ciudadanos, de tal manera que no cabe que el poder ejecutivo asuma dicho cometido. Se consagra, así pues, el principio de reserva de ley por lo que a los derechos humanos se refiere, y además no una ley de cualquier rango, sino elevada a la categoría de orgánica, dada la relevancia y sensibilidad del tema del que se trata¹⁷.

15 Como señala la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 15 de mayo de 2001 “la falta de la ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos” (*Revista de Derecho Público* n° 85-88. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2001, página 111).

16 Al respecto, RUBIO LLORENTE, F. *Op. cit.*, páginas 721-722.

17 PEÑA SOLIS, J. “La nueva concepción de las leyes orgánicas en la Constitución de 1999”. *Revista de Derecho* n° 1. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. 2000, página 73.

Ahora bien, a pesar de la trascendencia que se confiere a los derechos humanos, su carácter no es absoluto, sino que se hallan limitados por la misma naturaleza social y comunitaria del ser humano; y es que ninguna libertad es absoluta, sino que encuentra su freno en el deber de respetar la dignidad y libertad de los demás¹⁸. Por otro lado, estas limitaciones han de ser interpretadas restrictivamente y en el sentido más proclive a la consecución de su eficacia y afirmación de su propia esencia, por lo que toda restricción sobre el particular ha de valorarse bajo las notas de justificación y proporcionalidad¹⁹. Y es que la Constitución venezolana considera los derechos humanos como una totalidad axiológica, no vertical, sino más bien transversal, que impregna todo el espíritu de la Carta Magna; es decir, ya no secunda la célebre y ahora trasnochada clasificación de derechos de primera y segunda división, sino que por el contrario, se muestra muy ambiciosa en cuanto al número de derechos contemplados, así como las garantías atribuidas para su protección y tutela. En suma, se nos presenta un verdadero y completo sistema de protección de los derechos humanos, que se evidencia en algunos ejemplos bien significativos, tales como la responsabilidad de los órganos y autoridades del Estado (artículos 2, 3, 19, 55, 25, 26, 29, 30); la restricción de actuación de la justicia militar (artículo 261); el reconocimiento del derecho de amparo constitucional (artículo 27); la consagración del *habeas data* (artículo 28); el tratamiento de la restricción de garantías (artículo 27); o bien, por fin y entre otros, la creación de la figura del defensor del pueblo como órgano integrante del poder moral republicano (artículo 273).

A continuación, abordaremos un estudio detallado y particularizado de los preceptos del Título III que, de una u otra manera, puedan estar conectados con el terreno de la biotecnología, y expondremos nuestra propia interpretación²⁰. Comenzamos, pues, con las *Disposiciones Generales* del Capítulo I de este Título III.

18 Ver en este sentido, CASADO, M. *Los derechos humanos como marco para el Bioderecho y la Bioética*. Derecho biomédico y bioética (Coord. Romeo Casabona, C.). Comares. Granada. 1998, página 118.

19 FERNANDEZ SEGADO, F. *El sistema constitucional español*. Dykinson. Madrid, 1992, páginas 169 y ss. Sobre la relación de los derechos humanos expresamente contemplados en la Constitución, COMBELLAS, R. *Derecho constitucional ...*, páginas 79 y ss.

20 El tenor literal de los respectivos preceptos legales del texto constitucional se puede encontrar en el Anexo presentado al final del trabajo.

- *Protección y derechos humanos (Art. 19)*. Se establece la obligatoriedad que recae sobre el Poder Público del respeto y garantía de los derechos humanos en lo que a su contenido esencial se refiere. Además se instaure aquí el principio de progresividad y no discriminación en su goce y ejercicio, con un carácter irrenunciable (al tratarse de una materia de orden público, Derecho necesario o *ius cogens*), indivisible (en sintonía con la cláusula abierta que refleja el propio artículo 22 del texto constitucional), e interdependiente (en calidad de la atribución que se hace a la materia de una unidad orgánica).

La noción de progresividad se cifra, por un lado, en el campo de la efectividad de los derechos, a través de su garantía y respeto y, por otro, desde la perspectiva del campo objetivo de los derechos, que puede verse ampliado, no sólo para los que ya existen, sino también para los que surjan en el futuro²¹.

En cuanto al principio de no discriminación o sin discriminación alguna en el ejercicio de los derechos humanos, conecta con el artículo 21 de la Constitución, que consagra el derecho de igualdad jurídica de todo ciudadano ante la ley.

La expresión “*de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen*” quiere presentar un referente inexcusable en el marco del respeto y garantía de los derechos y ha de ser interpretada, a nuestro juicio, de una manera amplia, flexible y extensiva, en armonía con el sentido del artículo 23, del que nos ocuparemos.

- *Libertad personal (Art. 20)*, que supone una especificación y concreción del más genérico derecho a la libertad, con las limitaciones derivadas del respeto a los derechos de los demás, así como el orden público y social. Es decir, han de respetar los derechos ajenos: por una parte, nadie está obligado a hacer lo que la ley no impone, ni, por otra, a nadie se le puede impedir hacer lo que la ley no prohíba.

21 En este sentido, Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 1 de junio de 2000 (Revista de Derecho Público n° 82. Abril-junio. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2000, páginas 287 y ss). Ver al respecto, NIKKEN, P. *La protección internacional de los derechos. Su desarrollo progresivo*. Civitas. Madrid, 1987.

Aspecto especialmente relacionado con el desarrollo de la personalidad es el de la dignidad humana, que se relaciona con algunos problemas concretos afines al área de la biotecnología, problemas todos ellos en cuya defensa y justificación se alegaría un pretendido derecho a la maternidad o reproducción, encuadrado en el más amplio y genérico al libre desarrollo de la personalidad de la mujer²².

1. Inseminación artificial de la mujer sola, sobre la base de un pretendido y más que discutido derecho a la maternidad, expresión del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de la mujer y de su realización personal, a pesar de que otros alegatos lo diluyen y desvirtúan por no tener en cuenta el derecho subjetivo del futuro ser a contar con el referente paterno, y que se erige en el interés jurídico más digno de protección por tratarse de un débil jurídico²³.

2. Maternidad de sustitución o subrogada. La afirmación de un posible derecho a la maternidad de la mujer podría justificar la subrogación o alquiler de vientre, al entender que esa maternidad anhelada y no conseguida por sí misma podría verse colmada a través de la subrogación o recurso a un vientre ajeno, como expresión de la realización personal de la mujer, que vería así satisfecha su ilusión hasta entonces incumplida. Muchos son los argumentos que desaconsejarían esta práctica, y de hecho la mayoría de las legislaciones la proscriben²⁴, dadas sus implicaciones de naturaleza ética, social y jurídica.

3. Fecundación artificial *post mortem*. También subyace en este apartado la existencia de un verdadero derecho de la mujer a ser fecundada con el semen previamente congelado de su marido o pareja, una

22 BERNAD MAINAR, R. "El Derecho y el Genoma Humano", Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, número 58, página s 245-281, Caracas, 2003.

Sobre la dignidad humana, SIMÓN, V. J. "La dignidad del hombre como principio regulador en la Bioética". Revista de Derecho y Genoma Humano, n° 13. Universidad de Deusto. 2000, páginas 27 y ss.; también PEREZ LUÑO, E. "Los derechos fundamentales". Tecnos. 7ª edición. Madrid. 1998, página 46.

23 BERNAD MAINAR, R. *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*. Publicaciones UCAB. Caracas. 2000, páginas 71-76.

24 BERNAD MAINAR, R. *La regulación de la reproducción asistida en el Derecho Comparado* en Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje- Número 5. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas/Venezuela/2002, páginas 261 y siguientes, especialmente 279, 287 y siguientes.

vez fallecido aquél. Las legislaciones, o no lo contemplan, o lo prohíben, con excepción de la normativa española, que en su artículo 9 reconoce tal figura con una serie de requisitos específicos. Con origen en un caso real (Corinne Parpalaix), esta situación generó un mar de polémicas, que concluyó en Francia tras un largo proceso judicial que reconoció a la viuda Corinne Parpalaix el derecho a ser inseminada con el semen congelado de su esposo fallecido. Es bien significativo que el país en que se suscitó esta cuestión, cuando legisla en el año 1994 no contempla el supuesto y guarda silencio sobre el particular, a pesar de la gran repercusión que produjo el acontecimiento en su momento.

4. Revelación de la identidad del donante en caso de inseminación artificial heteróloga. A favor de esta posibilidad se trae a colación el principio del desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. Por ello, no bastaría al hijo conocer solamente los datos genotípicos de su progenitor biológico a los fines sanitarios, como sucede en la legislación española en una tesis intermedia al respecto, sino que además, serían otras informaciones las que pudieran interesar al afectado, como los datos caracterológicos, que se aconsejaría fueran revelados para colmar la satisfacción plena del derecho²⁵.

• *Igualdad ante la ley (Art. 21)*. Nos hallamos aquí frente a un valor superior, soporte y base del desarrollo de los demás derechos humanos²⁶, que expresa la exigencia de la máxima generalidad y universalidad posibles en la ley, aun cuando se admiten excepciones siempre que estén justificadas debidamente; en todo caso cualquier tratamiento legal desigual cuenta con el límite de la no discriminación. De ahí que sea necesario concretar la noción del juicio de razonabilidad que ampare un trato desigual, lo cual nos llevar a analizar la desigualdad en los diversos supuestos de hecho, en sus consecuencias jurídicas, así como también en la relación de proporcionalidad que media entre los recursos empleados y la finalidad perseguida.

Por otro lado, la igualdad representa un límite en la actuación de los órganos del poder público, ya que su deber consiste en generar las

25 BERNAD MAINAR, R. *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción ...*, páginas 81-88.

26 AGUIAR, A. *Revisión crítica de la Constitución bolivariana*. CEC. Caracas. 2000, página 51.

condiciones más adecuadas y propicias para hacer efectivo su ejercicio, uno de cuyos aspectos más significativos y evidentes es el legislativo. Es decir, se habla así del principio de igualdad tanto en el plano de la redacción de la ley (que impone la obligación legal de tratar igual a las personas que se hallan en la misma situación), como de la igualdad en la aplicación de la ley (en cuya perspectiva, sus aplicadores han de velar por la efectiva igualdad de trato a las personas, tal cual la propia ley garantiza)²⁷. Más que interesantes son algunos aspectos de la biotecnología relacionados con este principio:

1. Revelación de la identidad del donante en la inseminación artificial. Uno de los temas más polémicos en lo que se refiere a las técnicas de reproducción humana con semen de tercero es el del carácter reservado de la donación del material genético, puesto que ello supone una contradicción flagrante con uno de los principios básicos implementados por el Derecho de familia, cual es la libre investigación de la paternidad. En descarga de esta aparente disensión se alega, por un lado, que las normas constitucionales y civiles fueron redactadas en atención a las formas naturales de procreación y, por otro, que la facultad atribuida indiscriminadamente de indagación pudiera atentar contra la protección misma de la familia, ya que se produciría la intromisión de un tercero extraño y ajeno a ella. No obstante, la consagración a nivel constitucional de este principio del Derecho de familia parece desbancar cualquier duda sobre el particular, como veremos al analizar el artículo 56.

2. Algunas cuestiones relativas a las técnicas de reproducción humana (uniformidad en los requisitos de aplicación, paternidad y maternidad por vía natural, o facilidades de acceso a estas técnicas). En cuanto a la uniformidad de los requisitos de aplicación de estas técnicas exigidos por los centros habilitados al efecto, serán los poderes públicos los que deben

27 Sobre el principio de igualdad, ver BELTRAN GUERRA, L. *Algunas consideraciones respecto a la igualdad y a la libertad como valores protegidos en el régimen de los derechos fundamentales*. Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Volumen I. Torino. Caracas, páginas 815-876. También FERNANDEZ SEGADO, F. *El sistema constitucional español ...*, páginas 204 y ss. De la misma manera sobre la no discriminación, Sentencia nº 1197 de 17 de octubre de 2000, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Revista de Derecho Público nº 82 –abril-junio–, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2000, páginas 247 y ss).

asumir un papel controlador, preventivo y, en consecuencia, garantizar la uniformidad mediante la redacción de unos protocolos que aseguren el respeto y observancia de un mínimo común exigible, con el fin de evitar discriminaciones derivadas de una relajación de los cuidados debidos por razones mercantilistas en una selección y admisión menos rigurosa, para conseguir así una clientela más numerosa y mayor optimización de los recursos.

Otro plano del derecho de igualdad es el referido a que las parejas estériles cuentan con el mismo derecho que las que no lo son para ver colmado su deseo de descendencia. Este argumento parece estar abocado al fracaso al estar basado en una reducción al absurdo, simplista por otra parte, puesto que hay situaciones en las personas que por esencia son desiguales y ante las cuales la ley puede operar a modo de lenitivo o corrector, pero que difícilmente puede superar y resolver.

Más justificable nos parece el alegato del derecho a la igualdad en cuanto a la facilidad de acceso a estas técnicas de reproducción humana, y así evitar que sean usuarios de las mismas preferentemente los que cuenten con suficiente capacidad económica. A tal efecto, entendemos que debería existir la financiación pública en estos casos, y más aún cuando otras actuaciones médicas relacionadas y afines, como la esterilización de mujeres, son costeadas públicamente, con base en un pretendido derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener, según reza nuestro artículo 76 de la Constitución, como veremos más adelante²⁸.

3. Proyecto Genoma Humano: Se empezaron a alzar voces que alertaban tempranamente en el sentido que, si bien el estudio del genoma humano podía llegar a ser un gran avance, sin embargo, podíamos encontrarnos ante una de las armas discriminatorias más letales de los últimos tiempos. Así es, si bien es menester resaltar que las predicciones relativas a las hipotéticas futuras enfermedades son sólo probabilidades, dado que generalmente su desarrollo depende de múltiples factores, es fácil intuir un camino abierto conducente a la discriminación, y que quienes discriminan a alguien con base en la sola predisposición a padecer

28 Más aún cuando el texto constitucional reconoce el derecho universal a la seguridad social como servicio de carácter no lucrativo, sin que la ausencia de capacidad contributiva sea motivo de exclusión –artículo 86.

cierta enfermedad, pueden originar la segregación de esa persona en una cierta actividad o trabajo²⁹.

El principio de no discriminación está relacionado con el derecho a la igualdad, que exige un trato igual a las personas, aun cuando sea compatible con un trato diverso. Obliga a no discriminar, así como a poner fin a las discriminaciones que ya existen. Para que se pueda alegar la discriminación como atentado contra el derecho a la igualdad deben concurrir una serie de premisas: que nos hallemos ante supuestos iguales comparables, con un mismo origen y fuente; que la diferencia de trato no sea objetiva y razonable, según criterios y juicios de valor aceptados generalmente; y, por fin, debe mediar desproporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido para justificar la diferencia de trato.

En el análisis del elemento de la proporcionalidad o desproporción de las medidas adoptadas son dignos de mención campos bien significativos: el laboral, en la medida que el derecho al trabajo puede quedar aquí cuestionado³⁰ cuando, utilizando información genética, se niega a un aspirante o a un trabajador el acceso a un puesto o a una promoción³¹; el

29 En torno a las consecuencias del Proyecto Genoma Humano BERNAD MAINAR, R. "El Derecho y el Proyecto Genoma Humano". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, n° 58. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2003, páginas 245 y ss. Ver también LENOIR, N. *La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'Unesco du 11 novembre 1997*. Etique des droits. 1998, páginas 341 y ss.; MATHIEU, B. *Génome humain et droits fondamentaux*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, Paris. 2000, páginas 9 y ss.; ROMEO CASABONA, C. *Del gen al Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 1996, páginas 31 y ss.

30 Tengamos en cuenta el artículo 87 de la C. R. B. V. que reconoce al trabajo como un derecho y un deber fundamental: *Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar (...)*.

31 Situaciones que contravienen el texto constitucional en alguno de sus preceptos, tales como el artículo 88, según el cual, *El Estado garantizará la igualdad y equidad de hombres y mujeres en el ejercicio del derecho al trabajo*, o bien el propio artículo 89. 5 que reza así: *Se prohíbe todo tipo de discriminación* (referida al terreno laboral, pues dicho artículo alude al trabajo como hecho social) *por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición*.

La detección temprana, no de la enfermedad, sino más allá de ésta, de la predisposición a la misma (a lo que podría en algún momento agregarse el porcentaje de probabilidades), reporta un extraordinario beneficio en su prevención o en el retraso de su desarrollo; sin embargo, frente a este lado bondadoso del problema, pueden derivarse, como hemos adelantado, algunas consecuencias preocupantes

de la contratación de seguros, puesto que el seguro tiene como una de sus pautas básicas los cálculos actuariales, a través de los cuales, basados en la experiencia anterior, se intenta establecer el porcentaje de probabilidades de que un siniestro se produzca y el Proyecto Genoma Humano que, podría predecir con cierto grado de aproximación cuáles serán las enfermedades que potencialmente puedan padecer los asegurados, contribuiría a facilitar, evidentemente, dicho cálculo de probabilidades³²; e, incluso, otros ámbitos, como el de las relaciones entre el ciudadano, en calidad de administrado, con la Administración en temas de licencias, concesiones, adjudicaciones, así como el de las relaciones entre las entidades financieras con sus clientes a la hora de conceder préstamos o financiación³³.

• *Protección a otros derechos (Art. 22)*. Este precepto introduce una cláusula abierta en materia de derechos humanos, de modo que nos aporta una visión conjunta y no excluyente de los mismos, puesto que no sólo se garantizan los enumerados en el propio texto constitucional, sino también los que sean inherentes a la persona humana.

y que pueden generar alarma social, por verse implicados derechos fundamentales en juego.

- 32 La pregunta concreta que nos hacemos es la siguiente: si las Compañías de Seguros les exigen a los futuros asegurados que se realicen un estudio de A.D.N. (o que les muestren los que ya se hubiesen efectuado), como condición previa a la contratación de seguros, ¿no estaríamos generando un acto “discriminatorio” incontestable (ya que –obviamente– quienes tengan algún tipo de “potencial enfermedad”, van a encontrar dificultades para asegurarse) y, paralelamente con ello, ¿no estaríamos invadiendo la esfera de intimidad más sagrada que existe para una persona, obligándole a revelar a un tercero su propio mapa genético?
- 33 Así por ejemplo, el conocimiento a partir de un examen de los datos genéticos de un individuo por parte de la Administración o de una entidad crediticia puede ser motivo para que las mismas no concedan, no adjudiquen o denieguen derechos, facultades, situaciones ventajosas, créditos, o respaldos financieros, puesto que una información del genoma que pudiera aportar dudas o incertidumbres en torno al ciudadano o cliente (en lo que se refiere a padecer una enfermedad, predisposición a ella, o naturaleza enfermiza) podría conducir a los entes otorgantes a desestimar o denegar cualquier petición realizada, dado que de los datos obtenidos por el examen se han conocido informaciones, que podrían suponer dificultades añadidas para el cumplimiento por la contraparte de las obligaciones asumidas, ya sea desempeñar con regularidad la licencia o concesión, o bien, devolver el préstamo recibido.

Tras la experiencia obtenida de la Constitución anterior de 1961, en cuya virtud la jurisprudencia incorporó con rango constitucional muchos derechos humanos no insertos en la Carta Magna, la actual redacción de 1999 consagra esta cláusula amplia, flexible y complementaria que compele, a nuestro juicio, a una interpretación y conciliación armónica y conjunta de toda la materia relativa a lo derechos humanos, dada su unicidad, coherencia y carácter lineal, al objeto de eludir visiones sesgadas que, impregnadas de particularismos, puedan generar fricciones, disfunciones y confrontaciones irreconciliables, presas de un maniqueísmo atroz. La alusión en su tenor a instrumentos internacionales sobre derechos humanos nos permite incluir en este apartado, entre otros, a la Declaración Universal del Genoma Humano de 1998, por lo que se refiere a alguno de los aspectos relacionados con la biotecnología.

Por fin, este artículo se hace eco de una tesis ya muy arraigada en la materia, cual es la aplicación directa e inmediata de los derechos humanos, al margen de cualquier desarrollo legislativo posterior, sin precisar de él para su efectividad, por lo que se impone a los órganos que ejercen los Poderes Públicos el deber de aplicarlos directa e inmediatamente.

• *Tratados sobre derechos humanos (Art. 23)*. La atribución de jerarquía constitucional a los Tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos cuenta con el precedente de la Constitución peruana y argentina. Pero el precepto va más allá, puesto que otorga a estos instrumentos una aplicación preferencial sobre la propia Constitución y las leyes, en caso de aportar una solución más favorable a través de sus normas. Además, a nuestro entender, dada la cláusula abierta y complementaria que establece el artículo anterior, esta jerarquía supraconstitucional habría que extenderla a los Tratados, pactos y convenciones (incluso también a otros instrumentos internacionales, aunque no gocen del carácter vinculante de los tratados, pactos y convenciones, tales como las Declaraciones o Recomendaciones, por ejemplo), aun cuando no hayan sido suscritos y ratificados por la República, siempre que se refieran a la materia de los derechos humanos, dada la unicidad predicable de la materia, su carácter armónico y la noción de coherencia que debe presidir su desarrollo³⁴.

34 Sobre el valor y aplicabilidad de los tratados sobre derechos humanos en el orden interno, CASAL HERNANDEZ, J. M. *Op. cit.*, paginas 46-50.

Aspecto interesante para nuestro estudio relacionado con la biotecnología y la operatividad de los Tratados internacionales lo observamos al abordar el polémico tema del destino de los embriones sobrantes resultado de las técnicas de reproducción humana asistida, y su posible destrucción, o bien la denominada reducción embrionaria, por estar muy estrechamente vinculado con el de la protección jurídica que se ha de conceder al *nasciturus*; en atención a preservar ese interés, habrían de ser transferidos al útero solamente el número de embriones considerado científicamente adecuado como para asegurar razonablemente el embarazo. La visión del Derecho comparado sobre la cuestión trata de evitar esta situación, si bien la realidad nos refleja la existencia de embriones excedentes, cuyo destino es incierto. Con estupor nos hemos visto sorprendidos ya en el caso del Reino Unido, donde sus autoridades administrativas permitieron la destrucción de casi tres mil embriones congelados con un tiempo de criopreservación superior a los cinco años. Para evitar esta solución drástica que pone en tela de juicio problemas de orden jurídico, social y ético-religioso, quizás resultara mucho más conveniente la opción de la donación a parejas que los precisaran, para evitar tanto la destrucción, como su destino para meros fines de comercialización o investigación. Sin embargo, es previsible que, de seguirse esta solución, siempre hubiera excedentes, dado que la optimización de recursos lleva a la creación deliberada de embriones sobrantes, a fin de eludir la repetición de prácticas costosas, muy delicadas y sofisticadas.

Pues bien, con respecto a lo que la Constitución venezolana nos puede aportar sobre el particular se puede expresar lo siguiente, dejando bien sentado que el problema de fondo que se suscita es, a nuestro juicio, cuándo empieza la vida humana y en qué grado ha de ser protegida como interés digno de protección jurídica³⁵.

En primer lugar, hay que detectar una contradicción bien relevante en nuestro ordenamiento jurídico con consecuencias jurídicas de gran envergadura: mientras que el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño de la Asamblea General de la O. N. U. reputa niño a todo

35 Al respecto, BERNAD MAINAR, R. "El Tribunal Constitucional español ante la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida". *Revista de la Escuela de Derecho* de la Universidad Católica Andrés Bello, n° 57. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2002, páginas 353 y ss.

ser humano menor de dieciocho años, al que se le reconoce de manera insoslayable el derecho intrínseco a la vida (artículo 6 de la misma Convención), el artículo 2 de la Ley Orgánica para la Protección de los Derechos del Niño y Adolescente considera niño a toda persona menor de doce años, al que la propia norma también le reconoce el derecho a la vida (artículo 15 de la L.O.P.N. A.). Evidentemente, esa distinta redacción, aunque pareciera irrelevante, presenta un tratamiento jurídico bien diferente, pues así como el ser humano es considerado como tal desde el momento de la concepción, la persona, por ser una mera construcción civilística, sólo alcanza tal consideración desde el momento de su nacimiento, lo cual nos lleva a una distinta consideración desde el punto de vista de la protección jurídica que debiera prestarse pues, en el primero de los casos, la tutela del derecho a la vida y demás derechos se retrotraería al mismo momento de la concepción, mientras que, según el dictado literal de la L.O.P.N.A., la protección arrancarí­a desde el mismo momento del nacimiento, porque a partir del cual el ser nacido adquiere la calificación jurídica de persona.

Esta disquisición jurídica de tamaña importancia habrá de resolverse a través del juego interpretativo que nos aporta la propia Constitución venezolana, toda vez que el artículo que comentamos concede jerarquía supraconstitucional a los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela, como sucede con la Convención de los Derechos del Niño y, por ende, deberá entenderse de aplicación preferente sobre el articulado de la L. O .P. N. A. que se le oponga. Dicha argumentación se consolida, a mayor abundamiento, por el tenor del propio artículo 76 del texto constitucional que atribuye al Estado el deber de garantizar la asistencia y protección integral a la maternidad, *en general a partir del momento de la concepción*, tal como veremos en su momento al analizar el precepto³⁶.

36 Se ha de tener en cuenta el precedente que ha supuesto sobre el particular en el área latinoamericana la Sentencia de 15 de marzo de 2000 dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica que, al enjuiciar la constitucionalidad o no del Decreto de 3 de febrero de 1995 sobre Técnicas de Reproducción Humana, declaró la inconstitucionalidad de dicha disposición legislativa entre otras razones, por la vulneración de la protección del derecho a la vida y la dignidad humana del *nasciturus* con relación al supuesto de los embriones sobrantes, ya que la práctica habitual constata de manera reiterada una realidad: la producción en exceso de embriones, lo que inevitablemente nos lleva a

• *Datos personales (Art. 28)*. Se plasma aquí el derecho con que cuenta la persona a acceder a la información y datos que sobre sí misma o sus bienes consten en registros oficiales, públicos y privados; es lo que se denomina ya en terminología específica de los derechos humanos como *habeas data*, muy presente en nuestros días tras el impacto ocasionado por la era informática y sus potencialidades casi omnímodas³⁷ y que, concretamente, en el tema de la biotecnología se detalla en el terreno de las informaciones obtenidas a partir de los datos genéticos obtenidos de una persona tras un examen de ADN. Por otro lado, las posibles implicaciones jurídicas que todo ello suscita nos llevaría a reconocer un pretendido derecho de *habeas genómico*³⁸.

También es digno de interés por lo que a este tema se refiere lo atinente a los *análisis genéticos* y la posible violación del derecho fundamental de la intimidad de la persona³⁹. La información obtenida por este medio es de sumo interés no sólo para el sujeto que ha sido sometido a ellos, sino también para terceros, como sus familiares genéticos y otras personas o entidades, en cuanto que la garantía que representa un organismo potencialmente saludable y productor se convierte en presupuesto casi necesario para participar en ciertas actividades o acceder a algunos beneficios; incluso, desde una perspectiva social, interesa al Estado en su acción política de prevención de enfermedades y promover así una población más sana y fuerte.

su congelación sin destino cierto o, más grave aún, a su posible destrucción como etapa final del proceso.

37 Al respecto, Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia n° 332 de 14 de marzo de 2001 (Revista de Derecho Público n° 85-88. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2001, páginas 485 y ss.).

38 De manera directa y frontal, el apartado correspondiente a la revelación de los datos pertenecientes al ámbito de la intimidad de la persona conecta con el sugerente tópico de la revelación o no de la identidad de los datos del donante en la inseminación artificial, según hemos visto ya, a cuyas consideraciones me remito en torno a las teorías que se barajan a favor y en contra de la puesta en conocimiento de tales datos cuando sean solicitados por el hijo, con base en el derecho a conocer su identidad, así como a investigar la paternidad y maternidad, al amparo del propio artículo 56 de la misma Constitución nacional.

Sobre los períodos de desarrollo y evolución de los derechos humanos, COMBELLAS R. *Estado de Derecho Crisis y renovación*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 1990, páginas 141-145.

39 Ver al respecto, RUIZ MIGUEL, C. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos. Madrid. 1995, página 193

De forma inmediata surge la cuestión de si el sometimiento a este tipo de pruebas podría hacerse obligatorio y, además, condicionar sus resultados a la obtención de relaciones y prestaciones. La libertad y la intimidad de las personas, su derecho individual a la autodeterminación sobre la información personal, aparecen así como bienes jurídicos cuya protección efectiva habría que verificar, o cuya restricción en beneficio de otros intereses habría que justificar. De seguirse esta orientación, la discriminación en las relaciones privadas o frente a grupos de población, raciales o no, podría redundar en detrimento de los principios de igualdad (no sólo de oportunidades, sino también en el reconocimiento de un trato de igualdad en el plano de una situación de diferencia) y de solidaridad, a lo que habría que oponer el problema del consentimiento informado y su contrapunto, el denominado derecho a no saber o no conocer los propios datos sobre uno mismo, con la consiguiente y rigurosa confidencialidad de la información obtenida y su no utilización para el menoscabo de los derechos de la intimidad, igualdad y solidaridad.

Debemos, pues, considerar el derecho a la intimidad genética bajo tres dimensiones distintas: como derecho subjetivo; en su carácter preventivo para la defensa del mismo, dado su interés general; y, por último, en su calidad de fundamento de la dignidad de la especie humana. No obstante, este derecho cuenta con limitaciones⁴⁰, como son el consentimiento de su titular y el respeto al resto de los derechos constitucionales⁴¹.

El Capítulo III de este Título III que analizamos se refiere a los *Derechos civiles*, entre los que destacamos:

• *Derecho a la vida (Art. 43)*. Este derecho fundamental⁴², si lo consideramos desde la perspectiva de las técnicas de reproducción

⁴⁰ En este sentido, el artículo 9 de la DUGH y 26 del CDHB.

⁴¹ Pueden plantearse conflictos de derechos más que interesantes (por ejemplo, con relación al derecho a la salud individual o pública; frente al derecho a la filiación e investigación de la paternidad; en el campo de la persecución de delitos; o bien, en conexión con el derecho a la libertad de empresa –por lo que a la materia laboral se refiere– y el derecho a la libertad contractual –en materia de seguros), en los que, en la mayoría de los casos, salvo en lo atinente al terreno de la investigación de la paternidad, el derecho a la intimidad genética, a nuestro juicio, podría prevalecer, ya por la vía constitucional (merced al derecho de amparo), ya por la civil, penal o incluso administrativa.

⁴² Al respecto, ROMEO CASABONA, C. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1994, páginas 44 y ss.

humana como exponente de una manifestación biotecnológica, puede resultar afectado desde tres perspectivas diferentes: la de la paciente; la de los embriones; y la del futuro ser o *nasciturus*, tras las distintas manipulaciones a que es sometido el material genético, principalmente en el procedimiento de congelación⁴³.

Por lo que se refiere a la mujer que recurre a estas técnicas, es sabido que prácticas tales como las destinadas a la realización de la inseminación artificial pueden poner en peligro la vida de la mujer que se somete a ellas, así como su posible descendencia. Por tal motivo, han de practicarse cuando haya razonables probabilidades de éxito. El derecho a la vida de la paciente, como sucede en otras muchas intervenciones médicas, no está totalmente asegurado, y entraríamos aquí en el terreno de la responsabilidad civil del equipo médico, de no haber actuado conforme a la diligencia debida⁴⁴. No se ha de omitir el riesgo derivado de la estimulación ovárica de la mujer, que puede derivar en la producción de óvulos en exceso y niveles hormonales incontrolados puesto que, como sabemos, cada ciclo femenino sólo produce un óvulo maduro, lo cual conlleva a someter a la mujer a un proceso de estimulación a fin de producir en exceso y recuperar óvulos maduros mediante el procedimiento de laparoscopia o punciones guiadas gráficamente. De ahí, lo aconsejable de que las mujeres que se sometan a estas prácticas se hallen en la banda óptima de edad entre los dieciocho y treinta y cinco años, a pesar de que la realidad nos demuestra cada vez más que la media de edad supera con creces dicha banda, una vez comprobada la incapacidad de concepción por los medios naturales.

- *Derecho a la integridad física (Art. 46)*. Relacionado con este precepto se halla el derecho fundamental a la libertad personal⁴⁵, regulado y declarado inviolable en el artículo 44 de la Constitución, pues sólo

43 Al respecto, COMBELLAS, R. *Derecho constitucional ...*, página 80.

44 No obstante, hay que decir que no se han detectado peligros comprobados en cuanto a malformaciones del nuevo ser, ni mayores índices de taras o deficiencias que en las gestaciones naturales.

45 El párrafo 2º del precepto incluye el respeto a la dignidad humana, “uno de los valores sobre los que se funda el Estado Social de Derecho y de Justicia en torno al cual debe girar todo el ordenamiento jurídico”, según Sentencia n° 2442 de 1 de septiembre de 2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Revista de Derecho Público n° 93-96. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2003, páginas 183-186).

con una debida información podrá prestar el consentimiento la persona afectada y, consecuentemente, actuar así plenamente libre.

Concretamente, por lo que a las técnicas de reproducción humana se refiere, surge la obligación para los profesionales de la medicina de informar a los futuros padres de los riesgos que puede correr la mujer, las posibilidades de éxito de quedar embarazada, así como las posibles taras y malformaciones del nuevo ser. Sólo así, la paciente podrá decidir con libertad y garantizará eficazmente su derecho a la libertad personal, que le permitirá, previa información suficiente, decidir sin restricciones. Entramos, pues, en el campo del consentimiento informado, traído a colación en el apartado 3 de este artículo 46, y que constituye una innovación del texto constitucional más que considerable, pues revela la gran inquietud del legislador constitucional por la materia de los derechos humanos, incluso en aspectos tan novedosos como éste⁴⁶.

• *Derecho al nombre y a la identidad biológica (Art. 56)*. Varios son los temas que llaman nuestra atención a propósito de este precepto: el derecho del hijo a conocer la identidad de sus padres y la garantía estatal para asegurar su efectividad; el derecho a la inscripción en el Registro civil y a obtener los documentos comprobantes de su identidad biológica; y el de la maternidad subrogada.

Por lo que respecta al derecho a conocer la identidad de sus padres con que cuenta toda persona, así como el de su investigación, es uno de los principios sobre los que se asienta el Derecho de filiación en la actualidad, tal como se consagra en este precepto constitucional⁴⁷. En esa tendencia apuntada, para hacer efectivo ese derecho, sigue este artículo estableciendo el derecho que tiene toda persona a ser inscrito gratuita-

46 Sobre la teoría del consentimiento informado, su origen, contenido y desarrollo ver BERNAD MAINAR, R. *Efectos de las nuevas técnicas de reproducción humana*, páginas 48-52.

47 Nos adscribimos a la opinión de la responsabilidad civil extracontractual en que incurren los padres que se niegan a reconocer a su hijo extramatrimonial. Al respecto, URDANETA FONTIVEROS, E. *Orientaciones modernas en el Derecho de Daños*. Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio. Academia de Ciencias políticas y Sociales. Caracas. 2007, páginas 693-703. En el mismo sentido OJER, U. y HERNÁNDEZ BRETON, E. *Reparación de daños en caso de divorcio*. El Código civil venezolano en los inicios del siglo XXI. Conmemoración al Código civil francés de 1804. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. 2005, páginas 570-572.

mente en el Registro civil tras su nacimiento, así como a obtener los documentos que permitan comprobar la identidad biológica del individuo.

Muy interesante nos resulta la expresión novedosa introducida en la Constitución, según la cual la investigación no sólo se extiende a lo que a la paternidad se refiere, sino que también se proyecta a la maternidad, lo cual nos sugiere alguna relación con el problema de la maternidad subrogada: en Venezuela, como sucede en la mayor parte de las legislaciones que abordan la cuestión, podemos afirmar la nulidad de los contratos de alquiler de vientre, tanto por la ilicitud de la causa, como por la nulidad del objeto, al amparo de las disposiciones generales sobre contratación establecidas en el Código Civil⁴⁸.

Sin embargo, la facultad de conocer la identidad de la madre, así como la de investigar la maternidad, si bien es cierto no constituye una base legal que legitime el alquiler de vientre en nuestro país, podría darnos pie, de manera forzada, para interpretar que nos hallamos ante un posible indicio, aunque no para autorizar la maternidad de subrogación, sí, cuando menos, para reconocer su posibilidad en hipótesis y, por tanto, ante la divergencia entre, por un lado, la madre gestante, que no desea el hijo para sí, sino que por motivos ya altruistas, ya económicos lo alumbró para otra y, por otro, la madre de deseo que ha acudido a ella, se plantea el problema jurídico, sin mencionar el ético, de determinar quién es realmente la verdadera madre: si la que gestó, según la tesis tradicional y la normativa del Código Civil, que en modo alguno desea ese hijo para sí, o bien, en una tesis vanguardista, progresiva y no sin trabas, la mujer que quiso y deseó ese hijo y que encomendó la gestación a otra mujer dispuesta a su gestación, pero no a asumir la maternidad del nuevo ser concebido.

Así pues, en nuestra opinión, la inclusión en el artículo 56 de la Constitución de la expresión "*investigar la maternidad*", interpretada de manera flexible y avanzada, podría constituir un punto de apoyo, sino para defender la maternidad de sustitución, sí para asumir su existencia y delimitar la posible bifurcación entre lo que sería, por un lado, la maternidad de deseo y, por otro, la maternidad biológica, con la consiguiente facultad atribuida para indagar e investigar una y otra, por no coincidir

48 Los artículos 1158 y 1155 del Código civil venezolano siguen esa orientación y la reproducen, a nuestro juicio.

ambos conceptos en una misma persona. Aún así, entendemos que la visión que de la familia nos aporta el artículo 75 del texto constitucional, tal como veremos más adelante, sería otra traba añadida a la hora de admitir este tipo de actuaciones.

• *Derecho al honor, intimidad y propia imagen (Art. 60)*. El constituyente incorpora nuevos supuestos de desarrollo a la protección clásica del honor, como son la intimidad y la confidencialidad. También se impone la obligación de limitar el uso de la informática a fin de garantizar el honor y la intimidad personal y familiar⁴⁹. Este precepto puede plantearnos, al abordar el tema del anonimato del donante en caso de inseminación artificial, un choque frontal con el ya analizado artículo 56, que pregona el derecho de toda persona a conocer la identidad de sus padres.

Al margen de la polémica sobre la aprobación o no de la figura del donante en el procedimiento de las técnicas de reproducción humana, el tema de más calado jurídico que presenta el donante es el relativo al derecho o no a preservar su intimidad, así como la confidencialidad de sus datos⁵⁰. Mientras que la mayoría de las legislaciones se pronuncian por no revelar la identidad del donante, o revelarla sólo en casos muy precisos y excepcionales (como sucede en España), únicamente la legislación sueca propugna el principio de la revelación absoluta de la identidad del donante con miras a garantizar y proteger los intereses del débil jurídico. Frente a este derecho esgrimido por el donante emerge el derecho a la libre investigación de la paternidad consagrado en la mayoría de los textos constitucionales y supone una de las grandes innovaciones en el remozado Derecho de filiación, tan sensible a los avances tecnológicos.

Muchos son los argumentos que aconsejan el anonimato del donante: ya prácticos, pues alientan la existencia de un número considerable de donantes que, de otra manera, podrían desistir de su intención; ya el

49 Ver al respecto, LINARES BENZO, G. J. *Las innovaciones de la Constitución de 1999*. Revista de Derecho Público n° 81. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. Enero-Marzo. 2000, página 23.

Sobre la importancia de este derecho, BREWER-CARIAS, A. R. *La Constitución de 1999 ...*, páginas 623-627.

50 Ver en este apartado BERNAD MAINAR, R. *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana...*, páginas 79-88; KAYSER, R. *La protection de la vie privée*. Paris. 1990, página 58; ROUX, A. *La protection de la vie privée dans les rapports entre L'Etat et les particuliers*. París, 1983.

mayor bienestar del niño, que podría sufrir consecuencias psicológicas perjudiciales al saber su verdadero origen; incluso el de los propios padres jurídicos, que pudieran sentirse rechazados por el hijo tras conocer dicha circunstancia; o, por fin, razones de orden público y estabilidad familiar, ante la presencia de un tercero en el seno de la familia. Sin embargo, por otro lado, también son muchas las razones que recomendarían la revelación de la identidad de la persona del donante, tesis que cada día va contando con más defensores: la complementariedad entre el derecho del hijo a conocer su origen genético y biológico y el de saber la identidad de sus padres; una pretendida igualdad respecto de los hijos nacidos por medio de una gestación natural, que cuentan con el derecho a investigar la paternidad y maternidad; o el propio derecho a la integridad física (en caso extremo de accidente o enfermedad) y moral (ante posibles desajustes psicológicos por ignorar su verdadero origen biológico).

En la C. R. B. V. contamos, por un lado, con el derecho a la intimidad y confidencialidad del artículo 60, que podría alegarse en defensa del donante para que fuera preservada su identidad y, de otra parte, con el derecho de todo hijo a conocer la identidad de los padres y a investigar la paternidad y maternidad, así como a obtener los documentos públicos que comprueben su identidad biológica, garantizados ambos por el Estado en el artículo 56, y secundados por el artículo 28, que concede a toda persona el derecho a acceder a la información y datos que sobre sí misma o sus bienes consten en registros oficiales o públicos⁵¹. En la confrontación de los derechos aquí presentados, uno restrictivo y otro permisivo, parece que ha de sobreponerse el correspondiente al pleno ejercicio de la investigación de la paternidad y maternidad para conocer la identidad de los padres, como podría justificarlo, a nuestro juicio, el sólido argumento sostenido por la jurisprudencia de que la negativa injustificada de someterse a la investigación de paternidad es un indicio razonable en contra de esa persona sobre su presunta paternidad⁵². Y es que, aunque

51 Y es que el derecho a la intimidad de la vida privada comprende no sólo una óptica negativa en el sentido de impedir cualquier tipo de información que suponga una injerencia arbitraria y abusiva en la vida privada ajena, sino también una visión positiva que permite controlar los datos referidos a la propia persona tras salir de la esfera privada al insertarse en archivos públicos. Al respecto, BREWER-CARIAS, A. R. *Op. cit.*, página 624.

52 Criterio ya incorporado en el artículo 28 de la reciente Ley nacional para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad de 26 de julio de 2007.

sólo uno de estos dos derechos fuera incluido en la Constitución, no ha de obviarse el importante artículo 22 del texto constitucional que impone la necesidad de una interpretación armónica y conjunta de toda la materia relativa a los derechos humanos, dada su unicidad, coherencia y carácter lineal, al objeto de eludir visiones sesgadas que, impregnadas de particularismos y ópticas sectarias, puedan generar fricciones, disfunciones y confrontaciones irreconciliables⁵³.

Por otro lado, el artículo analizado concluye limitando el uso de la informática para preservar el derecho a la intimidad, lo cual se relaciona con el *habeas data*, sin obviar el derecho con que cuentan los ciudadanos a acceder a los archivos y registros administrativos. Conectamos aquí ante el problema de los datos almacenados por la Administración en un hipotético Registro Nacional de Donantes de material genético, supuesto que se vería incluido en el precepto mencionado –artículo 28⁵⁴.

El Capítulo V del Título III se ocupa de los *Derechos sociales y de las Familias*, entre los que destacan por lo que a nuestro tema respecta⁵⁵:

- *Protección familiar (Art. 75)*. Se establece la protección estatal a las familias, y se nos define qué ha de entenderse por familia. En esa misma línea, el Estado garantiza la protección a quienes ejerzan la jefatura familiar, la cual puede ser ocupada por el padre, la madre u otras personas, fenómeno muy habitual en nuestro país, donde la familia constituida por el padre, madre e hijos no es la regla general, sino que la realidad nos muestra que la familia monoparental, normalmente a cargo de la madre, es la que prevalece, cuando no son los abuelos, tíos o parientes los que

53 Y es que, como ya hemos sostenido anteriormente, la visión que debe prevalecer en materia de los derechos fundamentales y su conciliación es complementaria, no excluyente, arbitraria ni restrictiva.

54 BERNAD MAINAR, R. *Efectos de las técnicas de reproducción humana*, página 88.

55 Para BREWER-CARIAS, A. R. *Op. cit.*, página 767, "... el régimen de los derechos sociales deriva del propio concepto de Estado Democrático y Social establecido en el artículo 2 de la Constitución ...", y aunque el texto constitucional contiene amplias declaraciones al respecto, "... no guardan relación con el principio de la alteridad, que atribuyen al Estado innumerables obligaciones y que en gran parte margina a la sociedad civil ..." (*Op. cit.*, página 769).

COMBELLAS R, (*Derecho constitucional*, página 100) reúne los derechos familiares bajo el epígrafe "*derechos de la persona a una protección especial derivados de su condición específica*".

se hacen cargo de los hijos. Todo ello nos permite argumentar que el concepto de familia como asociación natural puede variar a lo largo del tiempo, de manera que no es una noción fija, sino mutable, en función de procesos sociológicos evolutivos generalizados⁵⁶.

Este preámbulo nos da pie para plantearnos alguna cuestión relacionada con el tópico de las técnicas de reproducción humana, como determinar las potenciales parejas beneficiarias de las mismas y, más concretamente, si queda reducido su campo de actuación a las parejas heterosexuales, o cabría extender el supuesto también a las homosexuales. En nuestra opinión, la definición introducida por la Constitución venezolana sobre la familia en su artículo 75, como “*asociación natural de la sociedad y ... el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas*” permitiría una interpretación amplia y flexible de la institución familiar, lo cual, podría llevar incluso a extender la función atribuida por el texto constitucional a las parejas homosexuales; sin embargo, una Ley, y más una Constitución, al margen de su expresión flexible, fruto del consenso en su redacción y elaboración, nunca puede ser contraria a las propias creencias y conciencia de la sociedad a la que va dirigida; por lo que estimamos que, al menos en la actualidad, la asociación natural que representa el ente familiar está referida exclusivamente a las parejas heterosexuales, sin perjuicio de que el paso del tiempo y las nuevas corrientes sociales que se vayan imponiendo puedan indicar más adelante, en un futuro más o menos próximo, que la pareja homosexual constituye también la asociación natural de la que habla el artículo 75, sin que fuera preciso en tal caso una modificación constitucional, dada la generalidad y amplitud de miras del texto constitucional⁵⁷.

Por otro lado, este artículo que se comenta consagra el derecho de los niños y adolescentes a vivir, criarse y desarrollarse en sus familias de

56 Sobre la unión familiar latinoamericana, BERNAD MAINAR, R. “Efectos jurídicos civiles de las uniones de hecho”. *Revista de la Escuela de Derecho* de la Universidad Católica Andrés Bello, n° 56. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2001, páginas 119 y ss.

57 No creemos que se pueda esgrimir para argumentar en contra de nuestra opinión un pretendido derecho a la no discriminación por razón de sexo, toda vez que el espíritu sociológico de la Carta Magna y el propósito del Constituyente no puede transgredirse bajo la excusa de interpretaciones progresivas y aperturistas que atenten las convicciones generalizadas de una sociedad como colectivo.

origen, lo cual, a nuestro juicio, supondría una traba considerable ante el fenómeno de la maternidad subrogada, tal como señalamos al abordar el artículo 56 del texto constitucional.

También es digno de mención por lo que al artículo 75 se refiere la consideración del fenómeno adoptivo y la atribución de efectos similares en sede de filiación. La utilización del vocablo “*efectos similares*” nos asombra, ya que similitud no es identidad, lo cual pudiera levantar alguna suspicacia e incluso generar agravios, puesto que uno de los logros alcanzados en los últimos tiempos por el Derecho de filiación es la equiparación de todos los hijos, cualquiera que sea su filiación, ya natural, ya civil (adoptiva), ya matrimonial, ya extramatrimonial⁵⁸.

• *Protección de la paternidad y maternidad (Art. 76)*. De la exégesis del precepto podemos considerar que el derecho garantizado no es el de la paternidad y maternidad con carácter absoluto, toda vez que en ningún instrumento jurídico nacional ni internacional se reconocen, sino que se concreta en un derecho previo al de tener hijos o no: el de decidir libre y responsablemente su número. Y ello, a nuestro juicio, a pesar de que de la expresión literal del referido precepto pareciera que tener hijos es un derecho fundamental, ya se impone a los poderes públicos el deber de suministrar la información adecuada y los medios posibles para asegurar su ejercicio. Ahora bien, creemos que el Constituyente trata de regular un aspecto de la natalidad, el más frecuente en nuestro trono, cual es su alto índice y los problemas que ello acarrea, de tal forma que está pensando en aquellos medios anticonceptivos que permitan llevar a cabo una política de control de la natalidad. De ahí que, en nuestra opinión, si con base en este derecho apuntado se pueda llegar a justificar la financiación pública de la esterilización de mujeres que deciden no tener más hijos, en la misma línea argumentativa, aunque en sentido contrario, podría mantenerse también aquí la financiación pública para sufragar la fertilización artificial, cuando la natural no es posible, sobre

58 Estimamos más conveniente que se hubiera atribuido a la adopción los mismos efectos que a la filiación, por ser una modalidad de la misma, y no efectos similares, como se establecía en el Código civil; hubiera sido oportuno, tanto por la naturaleza del texto que lo declarara –Constitución–, como por el talante progresista que presenta en materia de derechos humanos, proceder a una equiparación absoluta pues, de lo contrario, la adopción resultaría discriminada.

la base del derecho constitucional conferido a la pareja para decidir libre y responsablemente el número de hijos que deseen concebir⁵⁹.

Por otra parte, la protección integral que en este precepto se concede de manera específica a la maternidad, en general desde el momento de la concepción, constituye un argumento en pro del derecho a la vida entendido desde la concepción, es decir, antes de alcanzar el nuevo ser la cualidad jurídica civil de persona tras su nacimiento, tal como tuvimos oportunidad de analizar a propósito de la protección del niño.

- Uniones estables de hecho (Art. 77). El precepto afirma que las uniones estables de hecho se integran por un hombre y una mujer, al igual que lo dice el Código civil para el matrimonio –artículo 44; razón por la cual, añadida a la interpretación del término asociación natural del artículo 75 del texto constitucional, que las parejas homosexuales no podrían ser beneficiarias de las técnicas de reproducción humana.

En cuanto a la figura del varón que comparte la vida con la usuaria de las técnicas de reproducción humana, ya esposo, ya compañero estable integrante de una unión estable de hecho, de la exégesis de los artículos 75-77 de la C. R. B. V., podemos señalar: 1. Ha de tratarse de un varón, más aún cuando el artículo 76 de la Carta Magna, al proteger la paternidad y maternidad, nos indica la concepción generalizada de que los progenitores han de ser miembros de distinto sexo, sea fruto del matrimonio o de una unión estable de hecho⁶⁰;

59 Más aún cuando el propio texto constitucional consagra el servicio público de salud, el financiamiento del sistema de salud, así como el derecho a la seguridad social en los artículos 84-86. Al respecto, BREWER-CARIAS, A. R. *Op. cit.*, páginas 775-787. La nueva Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad de 26 de julio de 2007 en su artículo 20 incorpora por fin este viejo reclamo.

No creemos que bajo la óptica del derecho con que cuenta la pareja a decidir libremente el número de hijos que desea tener se pueda amparar y justificar la decisión de la pareja de congelar *sine die* su material genético para emplearlo cuando considere oportuno, puesto que, como sabemos, cuanto más tiempo esté congelado menores son las posibilidades de su utilidad, dado que estamos en presencia de técnicas muy sofisticadas y especializadas en donde cualquier circunstancia por mínima que parezca puede dar al traste con el éxito de la intervención.

60 Sobre la posición jurídica de las uniones estables de hecho al amparo de la Constitución de 1999 y la consiguiente interpretación del artículo 77 de la Carta Magna, Sentencia N° 1682 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 15 de julio de 2005 (Revista de Derecho Público n° 103. Julio-septiembre 2005. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, páginas 124-130).

2. No admitimos que la mujer sola, sobre la base de un pretendido derecho a la maternidad, derivación del derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad humana (artículo 20 de la C. R. B. V.). Tampoco sería argumento sólido, a nuestro juicio, que las múltiples carencias de los hogares biparentales pudieran no existir en una familia monoparental a cargo de la mujer, por ser autosuficiente económicamente, porque se estarían subordinando los intereses de la criatura a los de la futura madre, convirtiendo al nuevo ser en un mero instrumento para hacer prevalecer así un deseo ante el derecho indubitado de todo nuevo ser a contar con una familia estable, más aún en una sociedad patria como la nuestra en la que muchos de sus problemas arrancan de la falta de arraigo necesario en la consolidación de valores fundamentales, que la familia completa y estable imprime.

3. Ya el artículo 204 del Código Civil venezolano prevé la imposibilidad de desconocer la paternidad por el marido que consintió la inseminación artificial en su esposa, lo cual queda reforzado por el artículo 56 de la Constitución al conferir al Estado el deber de garantizar la investigación de la paternidad. Al respecto, en coherencia con el artículo 77 de la C. R. B. V., se extendería tal supuesto al compañero integrante de la unión estable de hecho, siempre que ésta cumpla con los requisitos legales tras la equiparación jurídica operada en virtud del texto constitucional de 1999.

• *Niños, niñas y adolescentes (Art. 78)*. Aunque se concede al niño y adolescente la cualidad de sujeto de pleno derecho, no se garantiza expresamente el derecho de todo niño a una protección integral desde el momento de la concepción, lo cual pudiera interpretarse como una regresión en materia de derechos humanos⁶¹.

• *Personas con discapacidad (Art. 81)*. Si partimos de que el recurso a las técnicas de reproducción humana supone un remedio eficaz contra la esterilidad humana, podemos afirmar que esta deficiencia constituye

61 BREWER-CARIAS, A. R. (*Op. cit.*, II, página 771) se muestra en desacuerdo con la redacción final del precepto y achaca tal desajuste a las tensiones entre los movimientos abortistas y no abortistas, así como entre movimientos feministas y la Iglesia Católica.

En el análisis del artículo 23 de la Constitución hemos obtenido argumentos para retrotraer la protección jurídica al momento de la concepción, al cual nos remitimos.

una causa de discapacidad física, con graves consecuencias psicológicas entre los afectados, pues se ha detectado que el fracaso de las mismas ha sido en un número de casos considerable el detonante de una crisis entre la pareja, con posible separación o divorcio. Así pues, si nos hallamos ante un supuesto de discapacidad física, podemos alegar que las técnicas de reproducción humana constituyen una vía adecuada para hacer efectivo “*el derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria*” del que toda persona con discapacidad o necesidades especiales es acreedora⁶². El Estado asume el deber de garantizar a esta persona “*el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias, y ser promotor de su formación, capacitación y acceso al empleo acorde de sus funciones, de conformidad a la ley*”, de manera que entendemos surge aquí para los poderes públicos el deber constitucional de alentar, incentivar y, más importante aún, sufragar y costear los gastos que acarrearían este tipo de técnicas⁶³.

- *Derecho a la salud (Arts. 83 y 84)*. Muchas prácticas biotecnológicas pueden afectar el derecho fundamental a la salud⁶⁴. Por lo que a las técnicas de reproducción humana se refiere, sólo habrán de practicarse en mujeres mayores de edad, con un estado psico-físico sano, siempre que previamente así lo soliciten y acepten libre y conscientemente⁶⁵. Se

62 Al respecto, DOMINGUEZ GUILLEN, M. C. *La protección constitucional de los incapaces*. Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Volumen I. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, n° 7. Caracas. 2002, páginas 609-658.

63 Como ya hemos señalado, el artículo 20 de la nueva Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad de 26 de julio de 2007 dispone que el ministerio del poder popular con competencia en materia de salud incluirá dentro de sus unidades asistenciales el servicio de reproducción asistida con el objeto de garantizar el derecho a la maternidad y a la paternidad. Tendremos que estar expectantes para constatar si el mandato legal es efectivo o queda en una mera declaración retórica.

64 En este sentido, la Constitución prescribe al Estado la obligación de crear, gerenciar, regir y financiar un sistema público de salud. Sobre el derecho a la salud en la nueva Carta magna, FEO, O. *La salud en la nueva constitución*. La cuestión social en la Constitución Bolivariana de Venezuela. Torino. Caracas. 2000, 29-46; también BREWER CARIAS, A. R. *Op. cit.* II, páginas 773 y ss.

65 Ya instrumentos internacionales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, o la Declaración de Helsinki de 1964, y más recientemente la Declaración

han detectado riesgos psicológicos importantes en su tratamiento, tanto por la incertidumbre sobre el resultado, como por la necesidad de repetir el proceso en muchos casos hasta lograr el embarazo deseado.

El Capítulo VI del Título III aborda el apartado de los Derechos culturales y educativos, entre los que nos interesa sobremanera el *derecho a la investigación científica* (Arts. 98 y 110). Plantea la necesidad de conciliar la expansión y el progreso científico, por un lado, y el respeto a los derechos y libertades fundamentales del hombre, por otro. La consecución de este justo punto intermedio se considera como uno de los principios rectores y básicos en esta materia, pues, sin obviar la potencialidad y gran provecho que la ciencia nos reporta, frente a ella debe emerger la reivindicación de la figura de la dignidad humana⁶⁶, en aras a la consideración del individuo como un ser con entidad propia, no condicionado por los eventuales vaivenes de una técnica cambiante, progresiva, voraz e insaciable. En esa misma línea conciliadora se pronuncia nuestro texto constitucional: así, mientras que el artículo 98 reconoce la creación cultural como una libertad, e incluye en ella el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica y tecnológica, el artículo 110, aún reconociendo el interés público de la ciencia y el deber del Estado de suministrar los recursos suficientes para su desarrollo, impone a los poderes públicos el deber de garantizar la observancia de los principios éticos y legales que han de regir las actividades de investigación científica, humanística y tecnológica, para lo cual remite a una futura Ley que fije los modos y medios que aseguren su cumplimiento.

Dentro del Capítulo VII del Título III se contemplan los derechos económicos, y traemos a colación por su interés el *derecho a bienes y servicios de calidad en calidad de consumidor* (Art. 117). Se consagra aquí la consideración de toda persona como consumidor y usuario que cuenta con una serie de derechos⁶⁷.

Universal sobre el Genoma Humano (artículo 5), y el Convenio de Asturias relativo a los Derechos Humanos y la Biotecnología (artículo 5) requieren el consentimiento libre e informado para toda intervención médica de la clase que se sea.

66 Sobre la dignidad humana en relación con la investigación científica, HERNANDEZ PLASENCIA, J. U. *Bases de la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos*, en *Genética y Derecho* (Director Carlos Romeo Casabona). Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001, páginas 120-123.

67 Argumento desarrollado y precisado en la Ley del Consumidor y Usuario de 2004 –artículos 92 y 93. Representa una de las innovaciones más interesantes de la Carta

Algún aspecto conectado con la biotecnología en este punto es la debida información que debe suministrarse a toda paciente en general y, a la paciente de las técnicas de reproducción humana en particular, sobre sus consecuencias y posibles efectos (resultados, riesgos y demás cuestiones de carácter biológico, jurídico y ético que suscitan). La sofisticación de este tipo de tratamientos requiere de profesionales altamente especializados, así como un material y equipos de una gran precisión. Por ello, los Centros dedicados a la reproducción humana deben contar con una calidad en las prestaciones ofrecidas, previamente revisadas y autorizadas, tras la correspondiente homologación de equipos e instalaciones. Los Centros deberán informar necesaria y periódicamente a las autoridades competentes, de forma que haya un control continuado. La Administración ha de regular los requisitos técnicos y funcionales precisos para la consecución de la autorización. De la misma manera sería aconsejable uniformidad en torno a dicha información pues, de no ser así, podría quedar afectado el derecho a la igualdad de los usuarios. De ahí la necesidad de redactar unos protocolos obligatorios sobre el estudio de los donantes y usuarios.

El Capítulo VIII de este Título III regula de manera innovadora los *derechos de los pueblos indígenas* (Arts. 120, 122, 124)⁶⁸. Sabido es que los espacios naturales donde radican los pueblos indígenas son muy ricos por lo que a la biotecnología se refiere, tanto en el terreno de la flora como en el de la fauna, y constituyen un manjar muy apetecible para las empresas farmacéuticas a la hora de obtener materias primas baratas con las que investigar y lograr unos productos que luego comercializarán con alta rentabilidad.

El primero de los preceptos aquí analizados concede el aprovechamiento de los recursos naturales en estos espacios indígenas al Estado, con el respeto a su integridad cultural, social y económica; estos pueblos tienen el derecho a una etapa previa de información y consultas, al objeto de recabar opinión en torno a la defensa de su hábitat natural. La Constitución considera y respeta las prácticas y culturas de estos pueblos,

Magna, según COMBELLAS, R. *Derecho constitucional ...*, página 103.

68 Destaca por su novedad y originalidad la alusión al elemento humano indígena, a pesar de representar este sector poblacional una minoría del conjunto nacional (apenas 1,5 % del total). Al respecto, COMBELLAS, R. *Derecho constitucional ...*, páginas 104-106."

entre ellas la medicina tradicional y terapias complementarias, aunque limitadas por su adecuación a los principios bioéticos como referencias inexcusables⁶⁹.

En esa misma línea protectora de los pueblos indígenas se garantiza la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos, tecnologías e innovaciones. La experiencia refleja que los recursos genéticos de los pueblos indígenas suponen un producto muy codiciado para la investigación, toda vez que dichas comunidades, aisladas en sí mismas y prácticamente en un estado de vida silvestre, se mantienen puras y no contaminadas de agentes ambientales malignos y, por ende, se convierten en un tesoro virgen y anhelado para la ciencia, razón por la cual ha surgido ya el lamentable fenómeno de la biopiratería, práctica esquiladora de recursos naturales sin contraprestación alguna. La Constitución trata de poner límite a tales prácticas desdeñables y, a tal fin, exige que toda actividad y conocimiento sobre estos recursos genéticos de los pueblos indígenas estén orientados al beneficio colectivo, por lo que se establece la prohibición de patentar estos recursos genéticos y cualquier conocimiento ancestral sobre ellos, para evitar una explotación ajena al carácter colectivo al que tienen que destinarse sus beneficios⁷⁰.

El Capítulo IX del Título III se hace eco de los *derechos ambientales* (Arts. 127 y 129). Ya el Preámbulo de la Constitución pone de manifiesto la necesidad de preservar y mantener el equilibrio ecológico para la continuidad de las generaciones futuras, idea que se repite de forma específica en estos preceptos a través del derecho-deber de proteger y mantener el medio ambiente para hacer viable el derecho individual y colectivo a disfrutar de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado⁷¹.

Se consagra la diversidad biológica y genética como un principio básico que, a nuestro juicio veta cualquier aproximación a las prácticas de clonación, al representar un serio atentado contra la diversidad, elevada

69 Al respecto, COLMENARES OLIVAR, R. El derecho de participación y consulta de los pueblos indígenas en Venezuela”. Revista del Tribunal Supremo de Justicia n° 8. Caracas. 2003, páginas 21-48.

70 En este sentido, COMBELLAS, R. *Derecho constitucional* ..., páginas 105 y 106.

71 Entramos en la categoría de los derechos progresivos transgeneracionales, lo que lleva al texto constitucional a incluir la cláusula ecológica para los contratos celebrados por la República la Constitución abre las puertas aquí a la delicada materia de la Biotecnología. Al respecto, COMBELLAS, R. *Op. cit.*, página 104.

ahora a la categoría de paradigma medioambiental⁷². A pesar de que el texto constitucional reconoce el derecho a la libre actividad económica y a la iniciativa privada⁷³, si bien con el repudio a las prácticas de monopolio y abuso de posición dominante⁷⁴, todas las actividades que pudieran ocasionar daños a los ecosistemas deberán contar con estudios previos de impacto ambiental y sociocultural, con la finalidad fundamental de contribuir a la efectividad de los derechos protegibles, de modo que los riesgos derivados de una inobservancia de las medidas protectoras no se conviertan en una amenaza irremediable de subsanar.

Por fin, el artículo 127 *in fine* prohíbe de manera taxativa, a la vez que genérica, la patente de los seres vivos, y se remite a su regulación a una futura Ley de Bioética, ya prevista y apuntada en el artículo 110. Como sabemos, la patente es un derecho otorgado a un investigador para usar o vender un invento durante un tiempo limitado; para ello se requiere que se trate de una invención con el carácter de novedosa y susceptible de aplicación industrial o práctica. La utilidad práctica de las patentes sobre el genoma humano se desconoce hoy en día con carácter general, pero a esta dificultad se añade el principio de que el genoma humano se considera patrimonio de la humanidad y, por tanto, no podría ser objeto de monopolio alguno. Con relación al veto impuesto por nuestra Constitución al respecto, entendemos que, si bien pueda defenderse tal criterio porque el espíritu del constituyente quiso evitar la mercantilización de los genes y la consiguiente discriminación en torno al disfrute de las posibles bondades resultado de las investigaciones realizadas sobre la materia, lo cierto es que cerrar de una manera tan drástica semejante fuente de financiación para la investigación, supone, en la práctica, certificar su defunción anunciada, puesto que tales estudios requieren de ingentes recursos económicos que difícilmente podrá asumir el Estado y que, por ende, requerirían de financiación privada, que sólo a través de patentes

72 Principio ya previsto en el artículo 1 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano.

73 Artículo 112. “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada”, (...).

74 Artículo 113. “No se permitirán monopolios. (...) También es contraria a dichos principios el abuso de posición de dominio (...)”.

puede retroalimentarse económicamente⁷⁵. Todas estas investigaciones exigen de muchos años de inversión hasta que sean productivas y, entre tanto, sólo las regalías obtenidas por medio del sistema de patentes de otros productos ya rentables pueden compensarlas, puesto que tardarán un buen tiempo en generar beneficios, amén del riesgo añadido que supone la incertidumbre sobre el éxito de sus resultados.

Surge así la conveniencia de equilibrar y conciliar estos extremos aparentemente inconciliables: por un lado, la necesidad de grandes recursos financieros para la investigación y, por otro, la moderación y proporcionalidad en las regalías a fin de evitar que las bondades del saber científico se alejen y olviden cada vez más de las clases menos favorecidas y constituyan el coto privado de los menos⁷⁶.

III. CONCLUSIONES

1.- La nueva Carta Magna venezolana de 1999 positiviza como derechos humanos verdaderos principios constitucionales, a los que se les otorga jerarquía supraconstitucional. Se otorga a los derechos humanos la consideración de *numerus apertus*, por ser inherentes a la persona humana, sean reconocidos o no por la Constitución. Se produce la incorporación al ordenamiento jurídico nacional de los derechos recogidos en Tratados, pactos y convenciones internacionales, ya que se confiere a estos instrumentos jurídicos una aplicación preferencial sobre la propia Constitución y las leyes, para el caso de aportar una solución más favorable.

2.- El Estado queda obligado a garantizar el goce y el ejercicio de los derechos humanos, en virtud del principio de progresividad que los preside, con un carácter irrenunciable (al tratarse de una materia de orden público, Derecho necesario o *ius cogens*), indivisible (en sintonía con la cláusula abierta que refleja el propio artículo 22 del texto constitucional), e interdependiente (en virtud de la atribución que se hace a la materia de una unidad orgánica).

75 Ver en este sentido, IGLESIAS PRADA, J. L. La patentabilidad de los genes humanos. Revista de Derecho y Genoma Humano nº 3. Universidad de Deusto. 1995, páginas 109 y ss.

76 Este es el sentir de los artículos 18 y 19 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano. Por eso la Carta Magna incorpora la cláusula contractual ambiental obligatoria en el artículo 129. Al respecto, BREWER-CARIAS, A. R. *Op. cit.*, página 809.

3.- En una línea conciliadora se pronuncia la nueva Constitución a propósito de la investigación científica: así, mientras que el artículo 98 reconoce la creación cultural como una libertad, e incluye en ella el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica y tecnológica, el artículo 110 impone a los poderes públicos el deber de garantizar la observancia de los principios éticos y legales que han de regir las actividades de investigación científica, humanística y tecnológica.

4.- Una futura Ley de Bioética, en el sentido que desarrollaría derechos constitucionales, debería ser Ley Orgánica; su admisión por la Asamblea Nacional requerirá el voto de las dos terceras partes de sus integrantes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley; de calificarse como orgánica esta ley por la Asamblea Nacional, por no haberlo hecho así la Constitución, se remitirá el texto antes de ser promulgado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre la constitucionalidad o no de su carácter orgánico, a tenor de lo dispuesto por el artículo 203 de la Carta Magna.

5.- Los Capítulos VII, VIII y IX del Título III de la Carta Magna dan muestra de un carácter progresivo e innovador al regular, respectivamente, el derecho a obtener bienes y servicios, los derechos de los pueblos indígenas y los derechos ambientales. Se consagra la diversidad biológica y genética como un principio básico que se eleva a la categoría de paradigma medioambiental.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR, A. (2000). *Revisión crítica de la Constitución bolivariana*. Editorial CEC. S. A. Caracas.
- AYALA CORAO, C. M. (2001). *Recepción de la jurisprudencia internacional sobre Derechos humanos por la jurisprudencia constitucional*. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche. Volumen I. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, páginas 153-224.
- AYALA CORAO, C. M. (2001). *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a Derechos humanos y sus consecuencias*, Bases y principios del sistema constitucional venezolano. Ponencias

- del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional. San Cristóbal. 21.23 de noviembre de 2001. Volumen I, páginas 167-240.
- BELTRAN GUERRA, L. (2002). *Algunas consideraciones respecto a la igualdad y a la libertad como valores protegidos en el régimen de los derechos fundamentales*. Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Volumen I. Torino. Caracas, páginas 815-876.
- BERNAD MAINAR, R. (2000). *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*. Caracas. Publicaciones U. C. A. B.
- BERNAD MAINAR, R. (2002). *La regulación de la reproducción asistida en el Derecho Comparado* en Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorronzona. Colección Libros Homenaje- Número 5. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas/Venezuela, páginas 261 y ss.
- BERNAD MAINAR, R. (2001). *Efectos jurídicos civiles de las uniones de hecho*. Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, n° 56. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, páginas 119 y ss.
- BERNAD MAINAR, R. (2002). *El Tribunal Constitucional español ante la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida*. Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, n° 57. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, páginas 353 y ss.
- BERNAD MAINAR, R. (2003). *El Derecho y el Proyecto Genoma Humano*. Revista de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, n° 58. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, páginas 245 y ss.
- BERNAD MAINAR, R. (2004). *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano. Tomo I*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.
- BIDART CAMPOS, G. J. (2001). *Los derechos no enumerados en la Constitución*. Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche Rincón. Volumen I. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, páginas 225-234.

- CANOVA GONZÁLEZ, A. (2000). *El Preámbulo de la Constitución venezolana de 1999*. Revista de Derecho Constitucional n° 3 (Julio-Diciembre). Caracas, páginas 45-75.
- CASADO, M. (1998). *Los derechos humanos como marco para el Bioderecho y la Bioética*. Derecho biomédico y bioética (Coord. Romeo Casabona, C.). Comares. Granada, página 118.
- CASAL HERNÁNDEZ, J. M. (2006). *Los derechos humanos y su protección. (Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales)*. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.
- COLMENARES OLIVAR, R. (2003). *El derecho de participación y consulta de los pueblos indígenas en Venezuela*. Revista del Tribunal Supremo de Justicia n° 8. Caracas, páginas 21-48.
- COMBELLAS, R. (2001). *Derecho Constitucional: una introducción al estudio de la C. R. B. V*. Mac Graw Hill, Caracas.
- COMBELLAS, R. (1990). *Estado de derecho. Crisis y renovación*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C. (2002). *La protección constitucional de los incapaces*. Temas de Derecho Administrativo: Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Volumen I. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, n° 7. Caracas, páginas 609-658.
- FEO, O. (2000). *La salud en la nueva constitución*. La cuestión social en la Constitución Bolivariana de Venezuela. Torino. Caracas, 29-46.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1992). *El sistema constitucional español*. Dykinson. Madrid.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U. (2001). *Bases de la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos*, en Genética y Derecho (Director Carlos Romeo Casabona). Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- IGLESIAS PRADA, J. L. (1995). *La patentabilidad de los genes humanos*. Revista de Derecho y Genoma Humano n° 3. Universidad de Deusto. 1995, páginas 109 y ss.
- KAYSER, R. (1990). *La protection de la vie privée*. Paris.

- LENOIR, N. (1998). *La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'Unesco du 11 novembre 1997*. Etique des droits.
- LEJARZA A, J. (1999). *El carácter normativo de los principios y valores en la Constitución de 1999*. Revista de Derecho Constitucional nº 1. Caracas. Septiembre-Diciembre, páginas 195-220.
- LINARES BENZO, G. J. (2000). *Las innovaciones de la Constitución de 1999*. Revista de Derecho Público nº 81. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. Enero-Marzo, página 23.
- MARTÍNEZ A. Y., FARIA VILLARREAL, I. (2001). *La cláusula enunciativa de los derechos humanos en la Constitución venezolana*. Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia. Nº 3. Caracas, páginas 133-151.
- MATHIEU, B. (2000). *Génome humain et droits fondamentaux*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, Paris.
- NIKKEN, P. (1991). *Código de derechos humanos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas.
- NIKKEN, P. (1987). *La protección internacional de los derechos. Su desarrollo progresivo*. Civitas. Madrid.
- OJER, U. y HERNANDEZ BRETON, E. (2005). *Reparación de daños en caso de divorcio*. El Código civil venezolano en los inicios del siglo XXI. Conmemoración al Código civil francés de 1804. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, páginas 570-572.
- PECES-BARBA, G. (1984). *Los valores superiores*. Tecnos. Madrid.
- PEÑA SOLIS, J. (2000). *La nueva concepción de las leyes orgánicas en la Constitución de 1999*. Revista de Derecho nº 1. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, página 73.
- PÉREZ LUÑO, E. (1998). *Los derechos fundamentales*. Tecnos. 7ª edición. Madrid, página 46.
- PORRAS DEL CORRAL, M. (1996). *Bioteología, Derecho y Derechos Humanos*. Córdoba, Publicaciones Obra Social y Cultural Cajasur

- ROMEO CASABONA, C. (1996). *Del gen al Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- ROMEO CASABONA, C. (1994). *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
- ROMEO CASABONA, C. (1994). *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, páginas 44 y ss.
- RONDÓN DE SANSO, H. (2001). *Análisis de la Constitución de 1999*. Editorial Ex Libris. Caracas.
- RONDÓN DE SANSO, H. (2002). *Las transformaciones fundamentales en la organización y dinámica del Estado derivadas de la Constitución de 1999*. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Tribunal Supremo de Justicia n° 7. Volumen II. Caracas, página 619.
- ROUX, A. (1983). *La protection de la vie privée dans les rapports entre L'Etat et les particuliers*. Paris.
- RUBIO LLORENTE, F. y OTROS (1995). *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Ariel. Barcelona.
- RUIZ MIGUEL, C. (1995). *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Tecnos. Madrid.
- SIMON, V. J. (2000). *La dignidad del hombre como principio regulador en la Bioética*. Revista de Derecho y Genoma Humano, n° 13. Universidad de Deusto, páginas 27 y ss.;
- URDANETA FONTIVEROS, E. (2007). *Orientaciones modernas en el Derecho de Daños*. Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, páginas 693-703.

ANEXO LEGISLATIVO

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.

Artículo 20. Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y el orden público y social.

Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Artículo 28. Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí mismo o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos.

Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

CAPÍTULO III. DE LOS DERECHOS CIVILES

Artículo 43. El derecho a la vida es inviolable (...). El Estado protegerá la vida de las personas...

Artículo 46. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia: (...)

3. Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley (...).

Artículo 56. Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad.

Todas las personas tienen derecho a ser inscritas gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Estos no contendrán mención alguna que califique la filiación.

Artículo 60. Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos.

CAPÍTULO V. DE LOS DERECHOS SOCIALES Y DE LAS FAMILIAS

Artículo 75. El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de su origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley (...).

Artículo 76. La maternidad y paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar basados en principios éticos y científicos (...).

Artículo 77. Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.

Artículo 78. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernen (...).

Artículo 81. Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, les garantizará el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias (...).

Artículo 83. La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado

promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios (...).

Artículo 84. Para garantizar el derecho a la salud, el Estado creará (...) un sistema público nacional de salud (...), integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad. El sistema público de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad (...).

CAPÍTULO VI. DE LOS DERECHOS CULTURALES Y EDUCATIVOS

Artículo 98. La creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos de autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias, artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia.

Artículo 110. El Estado reconocerá el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional (...). El Estado garantizará el cumplimiento de los principios éticos y legales que deben regir las actividades de investigación científica, humanística y tecnológica. La ley determinará los modos y medios para dar cumplimiento a esta garantía.

CAPÍTULO VII. DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS

Artículo 117. Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno.

CAPÍTULO VIII. DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Artículo 120. El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas (...).

Artículo 122. Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos.

Artículo 124. Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales.

CAPÍTULO IX. DE LOS DERECHOS AMBIENTALES

Artículo 127. Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el medio ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia (...).

Artículo 129. Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y sociocultural (...).

Irresponsabilidad e inmunidad parlamentarias en la Constitución de 1999*

Juan Miguel Matheus**

RESUMEN

La Constitución de 1999 reconoció una de las más antiguas prerrogativas presentes en la tradición constitucional de occidente, como es, la denominada irresponsabilidad parlamentaria. Esta institución asume en el texto constitucional venezolano una suerte de particularidades que presentan desafíos para la doctrina constitucional. La inclusión de la visión participacionista, coloca frenos a este privilegio parlamentario, tomando en consideración la opinión del electorado a los fines de saber sobre el buen o mal uso de la prerrogativa. En el trabajo se hace un estudio detallado acerca de la historia, naturaleza jurídica y demás peculiaridades que encierra el concepto de irresponsabilidad parlamentaria.

Palabras clave: Derecho constitucional, Irresponsabilidad parlamentaria, Constitución venezolana, Participación popular

ABSTRACT

The 1999 Constitution, recognized one of the oldest privileges present in the constitutional tradition of the West, as it is, the so called parliamentary irresponsibility. This institution takes on the Venezuelan Constitution, a sort of characteristics that present challenges to constitutional doctrine. The inclusion of participationist vision puts brakes on parliamentary privilege, taking into consideration the opinion of the electorate for the purpose of knowing about the use or misuse of the privilege. In the paper we make a detailed study of the history, legal status and other characteristics embodied in the concept of parliamentary irresponsibility.

Key words: Constitutional Law, Parliament irresponsibility, Venezuelan Constitution, Popular participation

* Este artículo que ahora se presenta sirvió de base a un estudio mucho más amplio, con el cual colaboramos al libro homenaje a profesora Josefina Calcaño de Temeltas (Cfr. MATHEUS, Juan Miguel: "Notas sobre el estatuto jurídico del diputado a la Asamblea Nacional y las prerrogativas parlamentarias de irresponsabilidad e inmunidad" en AA.VV. "Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo, Libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas", FUNEDA, Caracas, 2010, pp. 279 y ss.).

** Profesor de Instituciones de Derecho Público I de la Universidad Monteávila. Director del Departamento de Derecho Político y Constitucional del Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila.

1. LA IRRESPONSABILIDAD

1.1. Disciplina constitucional y precedente inmediato en la historia constitucional venezolana

El Constituyente de 1999 ha establecido en el artículo 199 de la CN una prerrogativa parlamentaria que en la doctrina venezolana suele denominarse “irresponsabilidad”¹. “Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional –dice el artículo 199 CN– no son responsables por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones. Sólo responderán ante los electores o electoras y el cuerpo legislativo de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos”.

La irresponsabilidad no es una prerrogativa innovadora en nuestra tradición constitucional. Antes bien, puede decirse que forma parte de nuestro acervo constitucional. De manera inmediata anterior, la Constitución de 1961 establecía la prerrogativa de la irresponsabilidad en términos casi idénticos a los de la Constitución de 1999:

Artículo 142°. No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los Senadores ni a los Diputados por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones. Sólo responderán ante el respectivo cuerpo de acuerdo con esta Constitución y los reglamentos.

Acaso la única diferencia entre la fisonomía de la irresponsabilidad parlamentaria entre los dos textos constitucionales sea que en el texto de 1999, en plena sintonía con la lógica *participacionista* y *protagónica* que la caracteriza y que ya hemos descrito en el apartado I, se incorpora a los “*electores o electoras*”, es decir, al cuerpo electoral, como la única instancia que, junto a la propia Cámara, puede limitar el correcto uso de la irresponsabilidad parlamentaria, lo cual se verificaría con una retirada

1 Por todos Cfr. BREWER-CARÍAS Allan: “La Constitución de 1999”, Editorial Arte, Caracas, pp. 109 y 333. Por otra parte, en cuanto a la influencia lingüística del término “irresponsabilidad”, hemos de decir que nuestra “irresponsabilidad” parlamentaria encuentra su influencia en la *irresponsabilité*, que es la expresión utilizada en el constitucionalismo francés para designar la prerrogativa que venimos comentando (Cfr. ABELLÁN, Ángel Manuel: “El estatus de los parlamentarios y los derechos fundamentales”, Tecnos, Madrid, 1992, p. 19, y PIZZORUSSO, Alessandro: “Las inmunidades parlamentarias. Un enfoque comparatista”, *Revista de las Cortes Generales*, N° 2, Madrid, 1984, pp. 27 y ss.).

de los votos en las elecciones legislativas inmediatas subsiguientes, o con la revocación del mandato parlamentario a través del cauce institucional del referéndum establecido en el artículo 72 de la CN a tal efecto.

1.2. Naturaleza jurídica

Con respecto a su naturaleza jurídica, hemos de decir que la irresponsabilidad es una prerrogativa de ámbito material o sustantivo, que cubre con contenido garantista los votos y opiniones emitidos por los parlamentarios en el ejercicio de las funciones a que da lugar la representación política.

De este modo, si dichos votos u opiniones constituyen materialmente delitos claramente tipificados como tales por el ordenamiento penal, los Diputados quedarían al margen de responsabilidad personal porque ha de entenderse que la prerrogativa de la irresponsabilidad parlamentaria adviene, en estos casos, como causa de justificación o como excusa absoluta², según sean las posiciones que se adopten desde el Derecho Penal sustantivo.

1.3. Ámbito material de protección

Como claramente establece el artículo 199 de la Constitución, la irresponsabilidad opera sobre “votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones”. En este sentido, el mayor problema que suscita la delimitación del ámbito de protección material que crea la prerrogativa de la irresponsabilidad es el de determinar qué se entiende por ejercicio de la función parlamentaria.

Para intentar de dar solución a dicho problema debemos, antes, desdoblarlo en dos interrogantes: ¿Abarca la irresponsabilidad todas las opiniones emitidas por los Diputados, o sólo aquellas que se ciñan a cuestiones estrictamente parlamentarias? ¿La irresponsabilidad da cobertura o garantiza las opiniones de los Diputados que hayan sido manifestadas en el seno y sede de la Asamblea Nacional, o también a aquellas manifestaciones expresadas fuera del recinto de la Asamblea Nacional? La respuesta a ambas preguntas es cuestión compleja, bastante casuística y poco estudiada entre nosotros.

2 Cfr. MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas: “Las inmunidades parlamentarias”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 69, 1990, p. 190.

Con respecto a la primera de las preguntas, hemos de decir que la irresponsabilidad no cubre todas las opiniones expresadas por los Diputados. Pensamos que no deben realizarse interpretaciones constitucionales que avalen delitos en contra de la honra de las personas ni tampoco en contra de la majestuosidad del debate público.

En caso de que dichas opiniones constituyan delitos contra otros Diputados o contra terceras personas ajenas a las Cámaras, entonces han de activarse los mecanismo jurisdiccionales para el juzgamiento de parlamentarios que están establecidos en el ordenamiento jurídico (lo cual pasa necesariamente por la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria y el requisito de que la propia Asamblea Nacional autorice, de acuerdo a lo previsto en los artículos 200 CN y 25 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, que explicaremos al referirnos al levantamiento de la inmunidad parlamentaria).

Para el caso de que las opiniones manifestadas por los parlamentarios no constituyan delito pero se alejen del decoro público y de la dignidad de la institución parlamentaria, el Presidente de la Asamblea Nacional puede activar los mecanismos de la disciplina parlamentaria para sancionar las actuaciones u opiniones que puedan tipificarse como antirreglamentarias.

Conviene acotar en este punto que cualquier eventualidad acaecida en materia de abuso de la prerrogativa de la irresponsabilidad parlamentaria, que el control jurídico sobre el uso de la irresponsabilidad es competencia de la propia Asamblea Nacional. Quiérase o no, el ordenamiento jurídico favorece sobremanera la autonomía parlamentaria y es, en virtud de ésta, que corresponde a la propia Cámara establecer cuándo la conducta de un Diputado ha excedido el ámbito material protegido por la irresponsabilidad, bien sea levantándole la inmunidad parlamentaria (el pleno) o aplicando el sistema jurídico sancionatorio de la disciplina parlamentaria (el Presidente).

En lo atiente a la segunda pregunta, la de si debe entenderse que la irresponsabilidad garantiza las opiniones de los Diputados que son expresadas en la sede de la Asamblea Nacional o si, por el contrario, da resguardo a todas las opiniones de los parlamentarios, nos decantamos por una interpretación amplia de la irresponsabilidad, que se aleja de

la interpretación restrictiva de esta prerrogativa que predomina en el Derecho Comparado.

La cuestión planteada es la de determinar si la irresponsabilidad comprende toda la actividad con “relevancia política”³ de los Diputados. Nosotros, como ya hemos dicho, pensamos que sí, que la irresponsabilidad abarca toda la actividad *intra muros* y *extra muros* de los parlamentarios, y es precisamente por eso que se la puede considerar una prerrogativa integrante o constitutiva del peculiar estatuto de los Diputados, el cual, vale decir, por el hecho de no perseguir el otorgamiento de privilegios para los representantes del pueblo no deja de poseer carácter de *estatuto personal*, válido dentro y fuera del Parlamento, en lo que a materia penal se refiere (no a ninguna otra como civil, laboral, tributaria, etc.).

En este sentido, pensamos que el argumento de fondo que avala nuestra posición lo encontramos en la necesidad de dar una mayor y mejor vigencia al principio de la publicidad parlamentaria, según el cual la dinámica de la vida de los Parlamentos ha de ser mostrada a la ciudadanía para que ésta forme sus propios juicios sobre los asuntos de interés nacional.

Por otra parte, si al principio de publicidad parlamentaria le sumamos el indudable rol protagónico de los medios de comunicación en las sociedades de hoy y la constante exposición a los medios en la que están sumidos los parlamentarios, podemos concluir que la presencia en los medios de comunicación por parte de los Diputados es una manera constitucionalmente lícita de dar eficacia al principio de publicidad parlamentaria, que sirve, a su vez, para contribuir a “la formación ciudadana”, tal como lo establece el artículo 108 de la CN.

1.4. **Ámbito temporal de protección**

La cuestión a determinar en este epígrafe es la extensión temporal de las garantías sustantivas derivadas de la prerrogativa de la irresponsabilidad parlamentaria, es decir, por cuánto tiempo resulta eficaz la irresponsabilidad de los Diputados por sus votos u opiniones.

3 Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “Las prerrogativas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional”, *Revista de las Cortes Generales*, N° 38, Madrid, 1996, pp. 15-16.

Aunque la Constitución guarda silencio respecto de la proyección temporal de la irresponsabilidad de los Diputados por votos u opiniones, y a pesar de que el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional hace lo mismo, pensamos que los efectos de la irresponsabilidad son permanentes⁴, es decir, que extienden sus efectos más allá de los límites temporales del período parlamentario y, en consecuencia, un parlamentario o ex parlamentario no puede ser juzgado por las opiniones pronunciadas bajo el fragor propio de las funciones representativas ni por los votos realizados en esas circunstancias.

En el caso de los Diputados en ejercicio, la eficacia jurídica de la irresponsabilidad no presenta problema porque, como ya se ha puesto de manifiesto, está garantizada por la necesidad del requisito previo de levantamiento de la inmunidad parlamentaria. En el caso de los ex Diputados, pueden presentarse problemas técnico-procesales porque éstos no gozan de la garantía formal de la inmunidad. Sin embargo, ello no significa que los ex parlamentarios no puedan ampararse en la irresponsabilidad que los acompañó mientras ejercían el cargo público representativo. Pensamos que en estos casos el ordenamiento debe ser interpretado de tal modo que se asuma el ejercicio pretérito de la función representativa como una causa de justificación o como una excusa absolutoria, que deberá ser debidamente alegada y probada en juicio.

1.5 Límites a la irresponsabilidad parlamentaria

Los límites de la irresponsabilidad parlamentaria lo constituyen, como ya hemos hecho notar, las potestades disciplinarias del Presidente de la Asamblea Nacional. Ya el numeral 19 del artículo 187 CN establece que a la Asamblea Nacional le corresponde “*Dictar su reglamento y aplicar las sanciones que en él se establezcan*”. De una manera clásica, común en el Derecho Comparado, nuestro Constituyente ha resellado la autonomía parlamentaria integrándole esa otra forma de autonomía –la autonomía reglamentaria– que, según la doctrina más autorizada del Derecho Comparado, es la “máxima expresión”⁵ de la autonomía fun-

4 Cfr. MARTÍNEZ ELIPE, León: “Prerrogativas parlamentarias”, Teoría y Realidad Constitucional, Nº 5, Madrid, 2000, p. 45.

5 Cfr. MANZELLA, Andrea: “Las Cortes en el sistema constitucional español”, en PEDRIERI, Alberto y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “La Constitución española de 1978. Un estudio sistemático”, segunda edición, Civitas, Madrid, 1981, p. 491.

cional de las Cámaras. Adicionalmente, de una manera no ya tan usual en el Derecho Comparado, el Constituyente ha aparejado la autonomía disciplinaria de la Asamblea Nacional a la autonomía reglamentaria de la Cámara, incluyéndolas en el mismo artículo.

Lo anterior supone, entonces, que el Constituyente ha elevado a rango constitucional tanto a la autonomía reglamentaria como a la autonomía disciplinaria de la Asamblea Nacional. Y no es de perogrullo recordarlo. La constitucionalización explícita de la disciplina parlamentaria, más allá de que equivale a la constitucionalización de las potestades de policía de los Presidentes de las Cámaras, es una realidad jurídica bastante peculiar en el Derecho Comparado, que acaso sea, según se alcanza a nuestro conocimiento, única. Pero además, no es de perogrullo recordarlo porque, sólo a la vista de la consideración anterior, la de la constitucionalización de las autonomías reglamentarias y disciplinarias, puede explicarse y puede aceptarse como una realidad constitucionalmente ortodoxa el hecho de que el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, en su artículo 24, haga de la disciplina parlamentaria un límite a la prerrogativa de la irresponsabilidad.

En este sentido, los Diputados –reza el mencionado artículo 24– *“no verán comprometida su responsabilidad por los votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las medidas disciplinarias aplicables por la Asamblea de conformidad con el presente Reglamento”*. Ello quiere decir, insistimos, que la disciplina parlamentaria es un límite a la prerrogativa de la irresponsabilidad, pero se trata, y esto hay que dejarlo claro, de un límite *ad intra*, interior, que no excede el ámbito de la propia Asamblea Nacional y que no tiene relevancia jurídica externa. Su única relevancia externa sería de otra naturaleza, no jurídica, y se identifica con los efectos políticos que eventualmente pudiesen sobrevenir por el hecho de que la opinión pública conozca de las sanciones disciplinarias de las cuales –*intra muros*– ha sido objeto un parlamentario.

2. LA INMUNIDAD

La inmunidad es la más criticada de las prerrogativas parlamentarias. Su existencia en los ordenamientos constitucionales contemporáneos aparece como injustificada e injustificable y no deja de ser vista como una

reminiscencia de las luchas que, en el contexto del Antiguo Régimen, se suscitaban entre Parlamentos y Coronas⁶.

Las razones que explican el anterior rechazo son muy diversas. En primer lugar, porque la inmunidad trae consigo una estela de privilegios, que es incluso superior a la que puede producir la irresponsabilidad. No deja de ser cierto que la lógica de la inmunidad parlamentaria no encuadra del todo en los esquemas del Estado de Derecho que hoy conocemos, en el cual todo ejercicio del poder debe ser jurídicamente controlado, aunque sólo sea potencialmente.

En este sentido, no deja de repugnar a la “mentalidad del control del poder” el hecho de que contra el acto parlamentario sin valor de Ley que deniega la posibilidad de juzgamiento de los Diputados no hay recurso judicial posible. Y ello es un lugar común en el Derecho Comparado⁷ (salvo en el ordenamiento constitucional español en el cual existe la posibilidad de ejercer recurso de amparo en contra de los actos no normativos que lesionen derechos fundamentales de los parlamentarios o de terceros ajenos a las Cámaras). Pero en el caso venezolano, como ocurre en casi todo los ordenamientos del mundo, el uso de la inmunidad se ha convertido en un ámbito especialmente protegido por la doctrina de los *interna corporis*, según la cual no es posible que órgano jurisdiccional alguno revise la conformidad o no a Derecho de los actos internos de las Cámaras parlamentarias y, dentro de éstos, del acto que autoriza o no al juzgamiento de los parlamentarios.

En segundo lugar, porque, por lo general, bajo el manto de la inmunidad se cobijan conductas de los parlamentarios que poco o nada tienen que ver con el ejercicio de la función representativa. Se da cobertura a actuaciones de los Diputados que, en principio, no deberían estar amparadas por las prerrogativas constitucionales, pero que, bajo el argumento de que las Cámaras deben mantener su independencia e integridad, sí son amparadas por aquéllas, llegando tal protección hasta tal punto que podría decirse que es regla general que no se concedan las autorizaciones de juzgamiento de Diputados.

6 Cfr. ABELLÁN, Ángel Manuel: *Op. Cit.*, p. 17.

7 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, José Luis: “Artículo 71. –Autonomía funcional de las Cámaras” en ALZAGA VILLASMIL, Oscar: “Comentarios a la Constitución española de 1978”, Tomo VI, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, p. 327.

Y en tercer lugar, porque la inmunidad se presenta como una prerrogativa parlamentaria en manos de la mayoría. Son las mayorías parlamentarias las que deciden si un Diputado puede ser enjuiciado o no, y en consecuencia si conceden o no la autorización a tal efecto. Ello trae consigo el problema de la instrumentalización de la prerrogativa de la inmunidad en favor de las mayorías, lo cual acaece, por supuesto, en detrimento de las minorías. Así, tal como están planteadas las cosas en el parlamentarismo venezolano, es la mayoría parlamentaria la que decide si la Asamblea Nacional se acoge bajo las garantías derivadas de la inmunidad parlamentaria o si no lo hace, lo cual trae consigo el problema añadido de que, como ya hemos dicho antes, las minorías no tienen vías para reaccionar jurídicamente ante tales actos inducidos o materializado por y a través de las mayorías.

A pesar de todo lo anterior, creemos oportuno esbozar argumentos a favor de la existencia constitucional de la inmunidad parlamentaria. Es verdad que la inmunidad parlamentaria trae consigo una sensación de situaciones privilegiadas. Pero ello no tiene nada que ver con la teoría normativo-constitucional sino con el desprestigio de la institución parlamentaria y, en general, de la actividad política: el desprestigio de la inmunidad es parte y reflejo del desprestigio de los Parlamentos y no lo contrario.

También es verdad que no existen controles jurisdiccionales para la actividad intestina de las Cámaras. Pero eso no deslegitima de suyo la existencia de la inmunidad parlamentaria. Ello lo único que significa es que es necesario emprender las reformas jurídicas necesarias –en este caso, hacer justiciables los *interna corporis*, bien a través del recurso de amparo, bien a través de la técnica de los conflictos entre órganos constitucionales– para que la inmunidad pueda ser ejercida con unos mayores niveles de racionalidad, más acordes con un Estado de Derecho real y con las ya consolidadas experiencias del llamado parlamentarismo racionalizado.

Y por último, no deja de ser una verdad que la inmunidad parlamentaria, como cualquier otro poder en manos de una mayoría, puede ser instrumentalizada en perjuicio de las minorías. Pero ello no debe llevar a concluir la inutilidad institucional de la inmunidad, sino la necesidad de encontrar los mecanismos jurídicos para la protección de las minorías, lo

cual, en parte, se alcanzaría, como hemos dicho antes, dotando a estas minorías de los remedios judiciales que puedan servir de cauce para la tutela de sus derechos.

A partir del anterior análisis preliminar, y dejando sentado nuestro convencimiento de la necesidad y utilidad de la inmunidad para el desarrollo del sistema democrático, avanzaremos en el estudio de esta prerrogativa constitucional.

2.1. Disciplina constitucional y precedente inmediato en la historia constitucional venezolana

La prerrogativa parlamentaria de la inmunidad está consagrada en el artículo 200 de la CN en los siguientes términos:

Artículo 200. Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los y las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.

Los funcionarios públicos o funcionarias públicas que violen la inmunidad de los y las integrantes de la Asamblea Nacional, incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados o castigadas de conformidad con la ley.

Al igual que con la irresponsabilidad parlamentaria, la prerrogativa de la inmunidad no sufrió mayores cambios con respecto a lo consagrado al respecto en la Constitución de 1961, a saber:

Artículo 143.- Los Senadores y Diputados gozarán de inmunidad desde la fecha de su proclamación hasta veinte días después de concluido su mandato o de la renuncia del mismo, y, en consecuencia, no podrán ser arrestados, detenidos, confinados ni sometidos a juicio penal, a registro personal o domiciliario, ni coartados en el ejercicio de sus funciones.

En caso de delito flagrante de carácter grave cometido por un Senador

o Diputado, la autoridad competente lo pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho a la Cámara respectiva o a la Comisión Delegada con una información debidamente circunstanciada. Esta medida cesará si dentro del término de noventa y seis horas la Cámara respectiva o la Comisión Delegada no autoriza que continúe en ese estado mientras se decida sobre el allanamiento.

Los funcionarios o empleados públicos que violen la inmunidad de los Senadores y Diputados incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados de conformidad con la ley.

Como se puede observar, la disciplina de la inmunidad parlamentaria en el texto de la Constitución de 1999 es esencialmente la misma que la de 1961. Sin embargo, es patente que existen algunas diferencias entre ellos que merece la pena comentar.

En primer lugar, el texto de 1961 poseía un carácter más garantista que el de 1999. Aquél incorporaba de manera explícita situaciones jurídicas que son penalmente contiguas a la a la privación de libertad tales como, a saber, el registro personal o domiciliario y el pleno ejercicio de funciones.

En segundo lugar, el artículo de la Constitución de 1961 que regula la inmunidad no incorpora en su texto la regulación del fuero especial de los parlamentarios (en ese momento la otrora Corte Suprema de Justicia), si no que lo reserva para un desarrollo normativo ulterior en el artículo 144 de la entonces vigente Constitución⁸.

En tercer lugar, y quizá sea ésta la variación más significativa, el texto de 1961 disponía que, en caso de flagrancia, el parlamentario debía ser puesto a disposición de la Cámara respectiva o de la Comisión Delegada, mientras que la regulación contenida en la Constitución de 1999 establece que, ante la flagrancia, el Diputado será puesto a disposición del Tribunal Supremo de Justicia. De este modo, pareciera que mientras el Constituyente de 1961 apuntaba a la ganancia de tiempo procesal haciendo recaer sobre las Cámaras la iniciativa del juzgamiento de los parlamentarios, el

8 “Artículo 144.- El Tribunal que conozca de acusaciones o denuncias contra algún miembro del Congreso practicará las diligencias sumariales necesarias y las pasará a la Corte Suprema de Justicia a los fines del Ordinal 2 del Artículo 215 de esta Constitución. Si la Corte declara que hay mérito para la continuación de la causa, no habrá lugar al enjuiciamiento sin que preceda el allanamiento del indiciado por la Cámara respectiva o por la Comisión Delegada”.

Constituyente de 1999 ha querido que la iniciativa procesal recaiga en la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

De resto, a la vista de las tres comparaciones anteriores, vale decir que por la forma como está prevista la inmunidad parlamentaria en la Constitución de 1999, ésta se inscribe en nuestra tradición constitucional, sin sufrir alteraciones sustanciales.

2.2. Naturaleza jurídica

La inmunidad parlamentaria también es parte integrante del estrato constitucional del estatuto de los Diputados. La doctrina en el Derecho Comparado es conteste en afirmar que la inmunidad es una prerrogativa de naturaleza formal⁹, cuyo ámbito de incidencia es el proceso penal¹⁰. Ello hace que la inmunidad garantice la esfera de libertad personal de los Diputados en contra de eventuales persecuciones políticas movidas por “los resortes gubernativos y judiciales encargados de la aplicación de las leyes penales”¹¹.

En este sentido, el hecho de que la inmunidad esté concebida como una prerrogativa formal, inscrita en el ámbito del Derecho Procesal Penal¹², nos hace formular tres reflexiones, que han de ser tenidas en cuenta en toda consideración que se adelante sobre la institución constitucional que estamos tratando: (i) la primera guarda relación con su justificación institucional, es decir, con su necesidad en cuanto institución jurídica,

9 Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro: *Op. Cit.*, p. 28.

10 Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “Las prerrogativas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional”, *Revista de las Cortes Generales*, N° 38, Madrid, 1996, p. 22. En concreto, este autor sostiene que “la inmunidad no sería una causa de exclusión de la responsabilidad penal, como, básicamente, lo es la inviolabilidad, sino una causa de suspensión del proceso penal que lleva aparejada la prescripción de la suspensión del delito” (p. 26).

11 Cfr. MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas: “Las inmunidades...”, p. 191.

12 Aunque parezca una obviedad, conviene recalcar que la inmunidad exime a los Diputados de procesos penales, nunca de procesos jurídicos de otra índole, tales como civiles, laborales, mercantiles y, en general, todo lo que esté excluido de la esfera penal. Nunca podría un Diputado acogerse a la protección de la inmunidad para evadir un juicio de cualquier otra naturaleza, y nunca podrán la Asamblea Nacional decidir que no otorga la autorización para que un Diputado sea parte en un juicio civil, laboral, mercantil, etc.

(ii) la segunda es sobre los fines que persigue y (iii) la tercera sobre los criterios que han de seguirse para interpretarla adecuadamente.

En cuanto a lo primero, a la justificación de la inmunidad en el actual estadio del Estado constitucional, nos inclinamos a pensar que ésta encuentra su razón de ser en la propia prerrogativa de la irresponsabilidad, en torno a la cual gravita, a la cual complementa¹³ y junto a la cual conforma un binomio constitucional ideado para la libertad de los Diputados. Así, podría decirse que la inmunidad es el cauce adjetivo necesario para la eficacia plena de la irresponsabilidad. De nada serviría predicar la irresponsabilidad total de los Diputados por sus votos y opiniones si luego es posible incoar contra ellos procesos penales que, de algún u otro modo, puedan afectar el ejercicio de la función representativa.

Con respecto al fin que la Constitución persigue a través de la inmunidad parlamentaria, conviene destacar que aunque la inmunidad ampara de manera directa a los Diputados individualmente considerados, estamos en presencia de una prerrogativa de alcance corporativo, que comprende en sus beneficios a los cuerpos legislativos considerados en su unidad y totalidad¹⁴ –en nuestro caso de la Asamblea Nacional–, y no del parlamentario individual. En definitiva, el objetivo jurídicamente perseguido con esta prerrogativa es la independencia e integridad de las Cámaras parlamentarias, para que éstas no se vean afectadas en su composición o en su libertad de acción¹⁵.

Y ya en tercer lugar, creemos conveniente esbozar una directriz interpretativa de la inmunidad parlamentaria. Como hemos dicho antes, pensamos que la interpretación que se haga de las prerrogativas parlamentarias ha de ser siempre restrictiva. Este criterio es especialmente importante en el caso de la inmunidad. El abuso de la inmunidad puede conducir derechamente a que la Asamblea Nacional, por la cierta equiparación que hay entre la denegación de la autorización para enjuiciar a los Diputados

13 Cfr. ROSADO IGLESIAS, Gema: “*Prerrogativas parlamentarias y Tribunal Constitucional*”, Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, N° 14, Madrid, junio, 2006, p. 43.

14 Cfr. CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco: “Derechos fundamentales y prerrogativas parlamentarias” en “*Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*”, Civitas, Madrid, 1991, p. 2114.

15 Cfr. MARTÍNEZ ELIPE, León: *Op. Cit.*, p. 45.

y una sentencia absolutoria¹⁶, se erija en juez, y a que eventualmente se puedan lesionar derechos de terceras personas ajenas al Parlamento¹⁷. Todo lo cual, de quedar impune, puede convertirse en, además de una violación del derecho al honor, que es lo que generalmente ocurre o podría ocurrir en estos casos, en una violación del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁸ consagrado en el artículo 26 de la Constitución: la inmunidad, en cierto sentido, supone la posibilidad de que, por voluntad de la Asamblea Nacional, se deniegue a los ciudadanos el derecho al proceso penal.

2.3. **Ámbito temporal de protección**

A diferencia de la irresponsabilidad, que se proyecta indefinidamente en el tiempo, la inmunidad es una prerrogativa que sí ve limitados sus efectos en el plano temporal. Así lo establece el artículo 200 CN, cuando dispone que los Diputados a la Asamblea Nacional “(...) gozarán de *inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo*”. Los Diputados sólo gozan de inmunidad durante el tiempo de duración de su mandato parlamentario. Desde el momento en que el Diputado cesa en su investidura parlamentaria y, por lo tanto, deja de ejercer funciones representativas, cesan también los efectos garantistas de la inmunidad, lo cual hace ver que la parábola de la eficacia jurídica de la inmunidad está necesaria y inseparablemente unida al mandato representativo.

En este sentido, conviene hacer dos consideraciones. La primera con respecto a qué debe entenderse por *proclamación* del Diputado. La segunda en relación con la posibilidad de que los (ex) Diputados sean juzgados por delitos que hubieren sido cometidos a lo largo del período que abarca su mandato parlamentario.

Por lo que respecta a la primera consideración, debe señalarse que la proclamación es un acto jurídico emanado de la administración electoral, que es distinto del acto de elección realizado por parte de los electores.

16 Cfr. MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas: “*Las garantías de los miembros del Parlamento Vasco*”, Revista de Estudios Políticos, N° 46-47, 1985, p. 246.

17 Cfr. MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas: “*El estatuto de los parlamentarios*” en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, Alberto y DA SILVA OCHOA, Juan Carlos: “*Parlamento y Derecho*”, Vitoria, 1991, p. 76.

18 Cfr. CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco: *Op. Cit.*, p. 2117.

Una vez que el candidato a Diputado ha recibido los votos necesarios para hacerse titular de un cargo público representativo entonces, es proclamado Diputado y desde ese mismo momento se encuentra amparado por la por la inmunidad.

Nótese que no es necesario que el Diputado proclamado sea juramentado por el Presidente de la Asamblea Nacional para gozar de la prerrogativa de la inmunidad. El juramento de los Diputados previsto en el artículo 9 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional es perfectamente conforme a la Constitución, pues el requisito reglamentario de que se tome el juramento de los representantes del pueblo no viola el ordenamiento jurídico. Pero –hay que enfatizarlo– el goce de la inmunidad no puede supeditarse a dicho juramento porque es la propia Constitución la que expresamente establece que la inmunidad comienza a operar desde la proclamación del candidato electo Diputado, sin que sea constitucionalmente lícito que una norma infraconstitucional disponga alguna otra cosa.

En lo atinente a la segunda consideración, la que tiene que ver con la posibilidad de que los (ex) Diputados sean juzgados por delitos cometidos durante el período de su mandato parlamentario, debe decirse que los parlamentarios sí pueden ser sometidos a procesos penales una vez que cesen en su condición de parlamentarios. Para que ello ocurra las dos únicas condiciones que deben verificarse son, en primer lugar, que no hubiere prescrito la respectiva acción penal y, en segundo lugar, que el delito del cual se trate no hubiere sido cometido en el ejercicio de funciones representativas, pues en tal caso seguiría operando en favor de los (ex) Diputados la protección brindada por la prerrogativa constitucional de la irresponsabilidad.

2.4. El procedimiento de autorización por parte de la Asamblea Nacional para el juzgamiento de Diputados

Como hemos sostenido anteriormente, la inmunidad es una prerrogativa parlamentaria cuyos efectos protectores se gozan individualmente por parte de los Diputados, pero cuyo ejercicio se lleva adelante corporativamente por el pleno de la Asamblea Nacional. Es la Asamblea Nacional, considerada institucionalmente, el órgano que decide si un Diputado recibirá los efectos garantistas de la inmunidad o si no lo hará.

En este sentido, la institución técnica en virtud de la cual la Asamblea Nacional decide si se levanta la inmunidad parlamentaria de un Diputado o si éste ha de gozar de las garantías de tal inmunidad es la *Autorización para el juzgamiento de los Diputados*, cuyo procedimiento está establecido en el artículo 25 del Reglamento Interior y de Debates de la AN.

Veamos sucintamente las fases de tal procedimiento.

2.4.1. La solicitud de autorización formulada por el Tribunal Supremo de Justicia

Una de las garantías institucionales más importantes de todas las que conforman el estatuto de los parlamentarios es la del fuero especial para los Diputados a la Asamblea Nacional, que está consagrada en el artículo 200 de la Constitución en los siguientes términos: “(..) De los presuntos delitos que cometan los y las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia (...)”.

El Constituyente ha querido que la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia sea el *juez natural* para los Diputados a la Asamblea Nacional. Desde esta lógica se entiende que el juzgamiento por parte del máximo Tribunal de la República asegura, por un lado, un mayor grado de protección a la autonomía y composición de la Asamblea Nacional, porque en principio este órgano jurisdiccional está más al margen de la dinámica política y de partidos, y, por otro lado, se establece una sede jurisdiccional cuya propia relevancia constitucional es análoga a la de los Diputados a la Asamblea Nacional.

Pero para que sea posible que la Sala Penal del TSJ entre a conocer y decidir sobre la causa de un Diputado, es necesario que cuente con la autorización de la Asamblea Nacional. El artículo 200 CN es diáfano al señalar que, con respecto a los Diputados, el Tribunal Supremo de Justicia es la “(..) única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento (...)”.

2.4.2. El trámite de la Autorización en sede de la Asamblea Nacional

Una vez que se ha recibido en el seno de la Asamblea Nacional la solicitud de autorización para juzgar a un Diputado, se procederá a la

conformación de una comisión legislativa *ad hoc*, según lo establecido en el artículo 25 del Reglamento Interior y de Debates de la AN. Dicha comisión especial deberá estudiar la deprecativa del TSJ y presentar al pleno, “dentro de los treinta días siguientes a su constitución, un informe pormenorizado, con una proposición sobre la procedencia o no de la autorización solicitada”¹⁹.

Como se advertirá, el informe de la comisión especial sobre la solicitud de autorización no es vinculante para el pleno. Corresponde a éste último, en cuanto órgano colegiado de la Asamblea Nacional del cual emanan las voluntades válidas en Derecho, pronunciarse sobre si se concede o no la autorización respectiva.

En este punto, pensamos que conviene hacer un comentario breve. En cuanto la inmunidad es de ejercicio corporativo, ésta se encuentra –como ya hemos señalado– en manos de las mayorías. Es a la mayoría parlamentaria dominante en un momento concreto a la que corresponde decidir si un parlamentario que se encuentre en situación de minoría puede ampararse bajo la protección que la Constitución prevé con la prerrogativa de la inmunidad. Si consideramos este problema en clave de Estado Democrático, podemos advertir fácilmente que las minorías pueden verse afectadas en el sentido de que por voluntad de las mayorías serían privadas de la garantía de la inmunidad que establece la Constitución.

Nosotros nos inclinamos a pensar que el procedimiento establecido en el artículo 25 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional es constitucionalmente lícito. Debe entenderse que cuando la Constitución se refiere a la autorización por parte de la Asamblea Nacional para el juzgamiento de Diputados, lo hace en el sentido de que la decisión debe ser adoptada en el pleno y conforme a procedimientos democráticos, en los cuales ha de decidirse de acuerdo a la voluntad de las mayorías. Pero como la lógica democrática también implica necesariamente el respeto de las minorías, sostenemos que las minorías están indefensas hasta tanto no se creen los mecanismos judiciales para que esos Diputados en situación de minoría puedan acudir a algún órgano jurisdiccional para recurrir la autorización de juzgamiento.

19 Artículo 25 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional.

2.4.3. La resolución de la solicitud de autorización

Según lo establecido en el artículo 25 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, el pleno es el órgano competente para resolver la solicitud de autorización de juzgamiento de algún Diputado.

Sin embargo, hay algunas cuestiones procedimentales que deben ser resueltas a partir de interpretaciones sistemáticas del Reglamento Interior y de Debates, sobre las cuales guarda silencio el mismo artículo 25, que hemos mencionado anteriormente.

Con respecto al tipo de mayoría necesaria para resolver la solicitud de autorización, no hay ningún dato en el artículo 25 del Reglamento que permita entrever cómo ha de ser tal mayoría. Ello nos lleva a entender que la mayoría requerida es la mayoría absoluta, es decir, la mitad más uno de los votos posibles, que se establece de manera genérica en el artículo 131 del Reglamento Interior y de Debates para la toma de decisiones que no requieran expresamente de una mayoría calificada.

En lo atinente al plazo para resolver la solicitud de autorización por parte del pleno, debe decirse que dicho plazo es, según lo dispone el ya varias veces mencionado artículo 25 del Reglamento, el de treinta días contados a partir del momento en el cual la comisión especial creada *ad hoc* presente al pleno el informe con la respectiva propuesta de resolución. Sin embargo, ello no significa que el trámite de la solicitud de autorización ha de resolverse en treinta días. Al plazo de treinta días que tiene el pleno para resolver una vez que le han sido dados a conocer los informes por parte de la comisión especial debe sumarse el plazo que se haya establecido como tiempo máximo de existencia de la comisión o, de no existir plazo expreso para tal comisión, el plazo máximo reglamentario, que es de treinta días según lo establece el artículo 45 del Reglamento.

Por último, hay que decir que todo el trámite de resolución de la autorización debe estar impregnado de las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 49 de la Constitución. Éstas deben operar en todo momento a favor del Diputado cuyo juzgamiento se requiere. Así lo establece expresamente el artículo 25 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional al disponer que la comisión especial debe presentar su informe contentivo de propuesta de resolución “garantizando, a todo evento, al diputado o diputada involucrado la aplicación de las

reglas del debido proceso, consagradas en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. En este sentido, no debe existir ningún tipo de dudas respecto a que todo el *iter* de elaboración del informe de la comisión especial ha de entenderse signado por la participación del Diputado cuyo juzgamiento es solicitado. En su favor operan el derecho a ser oído, la presunción de inocencia, el derecho a conocer los cargos por los cuales eventualmente se le imputará y, finalmente, el derecho de acceder a las pruebas e información que maneje y obtenga la comisión especial para la elaboración del respectivo informe. Y toda esta carga garantista ha de verificarse con independencia de que el procedimiento de elaboración del informe que debe ser entregado al pleno no tiene naturaleza jurisdiccional, sino política²⁰.

2.5 Límites a la inmunidad parlamentaria

El límite constitucional a la inmunidad parlamentaria es la flagrancia²¹. Así lo establece la propia Constitución en su artículo 200. El advenimiento de una situación de flagrancia evidencia como cierta una culpabilidad penal, que no ha de ser obviada por parte del ordenamiento ni por parte de los órganos jurisdiccionales, aun cuando se trate de Diputados a la Asamblea Nacional y estén en juego la composición y la estabilidad del órgano del Poder Legislativo Nacional.

Como era de esperarse, la Constitución no establece qué ha de entenderse por flagrancia. No tiene porqué hacerlo. Para ello se vale de normas infraconstitucionales, concretamente del Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 248.

Dice la mencionada norma:

Artículo 248. Para los efectos de este Capítulo se tendrá como delito flagrante el que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como delito flagrante aquel por el cual el sospechoso se vea perseguido por la autoridad policial, por la víctima o por el clamor público, o en el que se le sorprenda a poco de haberse cometido el hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con

20 Cfr. PUNSET, Ramón: “Las garantías parlamentarias” en “Las Cortes Generales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 162.

21 Cfr. MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas: “Las garantías de los miembros del Parlamento Vasco”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 46-47, 1985, p. 254.

armas, instrumentos u otros objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor.

En estos casos, cualquier autoridad deberá, y cualquier particular podrá, aprehender al sospechoso, siempre que el delito amerite pena privativa de libertad, entregándolo a la autoridad más cercana, quien lo pondrá a disposición del Ministerio Público dentro de un lapso que no excederá de doce horas a partir del momento de la aprehensión, sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en relación con la inmunidad de los diputados a la Asamblea Nacional y a los Consejos Legislativos de los Estados. En todo caso, el Estado protegerá al particular que colabore con la aprehensión del imputado.

Dos son las cuestiones que queremos resaltar en este punto. La primera es que, como pudo leerse, el Legislador ha querido comprender cuatro supuestos distintos bajo el concepto de flagrancia: (i) el delito que se esté cometiendo, (ii) el delito que acaba de cometerse, (iii) el delito por el cual el sospechoso se vea perseguido y, finalmente, (iv) la situación en la cual se presume con fundamento que el autor del delito es el sospechoso en cuestión, bien por la cercanía con el lugar de los hechos, bien por la posesión de armas o instrumentos que hagan operar la presunción.

En este sentido, nos decantamos por sostener una interpretación restrictiva del artículo 248 del COPP. Pensamos que el contenido del citado artículo debe ser acotado en los supuestos de flagrancia, por lo menos en lo que atañe a la inmunidad de los Diputados a la Asamblea Nacional. Por la propia lógica que la Constitución imprime a la prerrogativa de la inmunidad, es necesario entender que, en el caso de los Diputados, la flagrancia queda reducida a uno solo de los supuestos del 248 COPP, a saber, el del delito “que se esté cometiendo”.

Cualquier interpretación en contrario o inclusiva de los otros tres supuestos establecidos en el 248 COPP ha de ser tenida por inconstitucional. El Legislador ha desarrollado varios supuestos de flagrancia porque éstos son necesarios para la administración de las cuestiones penales en las que se ven incurso la mayoría de los ciudadanos, que por no poseer investidura parlamentaria no están protegidos por la prerrogativa de la inmunidad. Pero nada hace pensar que el Constituyente entienda por flagrancia situaciones que excedan el hecho de sorprender a un Diputado cuando éste esté perpetrando un acto delictivo. Ello excedería la lógica

garantista de las prerrogativas parlamentarias, que hemos tratado de poner de manifiesto a lo largo de este artículo.

La segunda cuestión se refiere al hecho, no poco importante, de que el segundo párrafo del artículo 248 del COPP está afectado de inconstitucionalidad. Éste establece que los Diputados sorprendidos en flagrancia sean puestos bajo la autoridad del Ministerio Público, “sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en relación con la inmunidad de los diputados a la Asamblea Nacional y a los Consejos Legislativos de los Estados”.

Dicha fórmula –la de “sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en relación con la inmunidad de los diputados a la Asamblea Nacional y a los Consejos Legislativos de los Estados” – es del todo infeliz, tanto en lo formal como en lo material. En lo formal porque el Legislador, aunque pueda concretar una directriz constitucional, nunca ha de hacerlo *sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución* sino, en todo caso, *a propósito de lo dispuesto en la Constitución*. Y en lo material, porque el texto fundamental dispone de manera inequívoca que “en caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia”, quedando excluida, así, la posibilidad de que el Legislador otorgue competencias al Ministerio Público en este particular.

De este modo, es claro que debe suscitarse una suerte de control constitucional administrativo. Por la jerarquía de las normas en juego, la autoridad competente –que generalmente es de naturaleza policial– debe seguir la letra del artículo 200 de la Constitución y desaplicar la letra del artículo 248 del Código Orgánico Procesal Penal.

Sobre la noción de derecho civil

María Candelaria Domínguez Guillén*

RESUMEN

En este trabajo, brevemente se resume, en las líneas que presenta, la noción de Derecho Civil "prescindiendo de esquemas y solo a título de reflexión". Concepto al que debe aproximarse quien que se inicia en el estudio de la asignatura. Luego de una breve explicación sobre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, a los fines de ubicar la materia, comenta que el Derecho Civil es el Derecho privado no especializado o en una forma más sintética – siguiendo a la doctrina tradicional- es el "Derecho Privado General". De seguidas luego de pasarse por las asignaturas o contenido del mismo señala que el mismo regula "la persona, la familia y las relaciones patrimoniales". Acota que constituye sin duda, el Derecho Privado por excelencia cuya importancia se hace evidente en las relaciones más comunes de la convivencia humana y cuya trascendencia se proyecta en el ámbito académico.

Palabras clave: Derecho civil, Derecho privado general, Personas, Derecho patrimonial privado

ABSTRACT

This work is summarized briefly in the lines that show the concept of Civil law "regardless of schedules and discussion purposes only". Concept that he should approach that starts in the study of the subject. After a brief explanation of the distinction between public law and private law, for purposes of locating the subject, says that civil law is private law specialist or a synthetic form - following the traditional doctrine-is "General Private Law". In a row after walking by the subjects or content of the notes that it regulates "the person, family and property relations". Refine which is undoubtedly the quintessential private law whose importance is evident in the common relations of human society and whose importance is projected in the academic field.

Key words: Civil law, General private law, Persons, Private property law

La noción de Derecho Civil y su importancia como tema introductorio al que debe acceder quien que se inicia en la materia es lo que trataremos de resumir brevemente en las siguientes líneas, prescindiendo de esquemas y solo a título de reflexión.

* *Universidad Central de Venezuela.* Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Doctora en Ciencias, Mención "Derecho". Profesora Asociado. Jefe del Departamento de Derecho Privado. Jefe de la Cátedra de *Derecho Civil I Personas*. Investigadora-Docente Instituto de Derecho Privado.

Siguiendo la fórmula sintética¹, que posteriormente completaremos con la descriptiva, comenzaremos haciéndonos eco de la definición tradicional según la cual el Derecho Civil² constituye el “Derecho Privado General”³. Tal noción sencilla –aunque no exenta de críticas⁴– resume

- 1 Véase: O’Callaghan, “Compendio de Derecho Civil”. Parte General. Madrid, Editorial *Revista de Derecho Privado* / Editoriales de Derecho Reunidas, 3ª edic., 1997, Tomo I, p. 11, se pueden distinguir dos tipos de definiciones de Derecho Civil, unas de tipo sintético que dan la idea esencial y otra de tipo descriptivo que enumeran su contenido básico. La doctrina actual parte del primero y lo complementa con el segundo; Moreno Quesada, Bernardo y otros: *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2ª edic., 2004, p. 35, las definiciones descriptivas parten de una descripción y enumeración del contenido básico del Derecho Civil indicando que es el Derecho de la Persona, la Familia y el Patrimonio; las definiciones sintéticas nos ofrecen un Derecho Civil de contenido unitario e indican que se trata del Derecho Privado común o general.
- 2 Véase sobre el tema: Llamas Pombo, Eugenio: *Orientaciones sobre el concepto y método del Derecho Civil*. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002; Hernández Gil, Antonio: *El concepto del Derecho Civil*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1943.
- 3 Véase en este sentido: Albaladejo, Manuel: *Derecho Civil I*. Introducción y Parte General. Barcelona, José María Bosch Editor, S.A. 14ª edic., 1996, Vol. I, pp. 38 y 39; Carrasco Perera, Angel: *Derecho Civil*. Madrid, edit. Tecnos S.A., 1996, p. 21; Lacruz Berdejo, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil I. Parte General del Derecho Civil*. Barcelona, José María Bosch editor S.A., 1988, Vol. I, p. 45; O’Callaghan, ob. cit., p. 11 (sigue concepto de Albaladejo); Moro Almaraz, María Jesús e Ignacio Sánchez Cid: *Nociones Básicas de Derecho Civil*. Madrid, edit. Tecnos, 1999, p. 29. En sentido semejante: Castán Tobeñas, José: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 6ª edic., 1943, Tomo Primero, Parte General, p. 23, en su fórmula sintética el Derecho Civil es el Derecho Privado común o general; Lasarte, Carlos: *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2004, T. I, p. 15, alude a “Derecho Privado General o nuclear”; Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos y otros: *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado Derecho de la Persona*. Madrid, edit. Colex, 2ª edic., 2001, Vol. I, p. 37, también se refiere Derecho Privado General o Derecho Privado nuclear; Moreno Quesada, Bernardo y otros, ob. cit., pp. 24 y 35 y ss. Véase también como Derecho privado general: Programa de Fundamentos de Derecho, Universidad de Valladolid, indica “El Derecho civil como Derecho privado general” , http://www.uva.es/consultas/guia.php?menu=completo&ano_academico=0607&codigo_plan=224...grupo...
Véase también: Programa de Elementos de Derecho Civil, Universidad de Rioja, www.unirioja.es/estudios/empresariales/1101025.shtml ; Programa de Derecho Civil I, Universidad de Chile, www.derecho.uchile.cl/lexweb/programa.php?nombre=ricardo_bertein_derecho_civil_i .

en tres palabras el concepto de la materia más importante del Derecho Privado. El Derecho Civil es, en feliz expresión de Abelenda “el Derecho Privado por excelencia”⁵.

La antigua discusión –intuitivamente asumida por los juristas⁶– sobre la diferencia entre el Derecho Público y el Derecho Privado, se presenta modernamente –como buena parte de las teorías jurídicas– cuestionada y carente de características precisas de distinción⁷, aunque todavía conserva su indudable importancia⁸. Tal diferencia y sus respectivas teorías suele estudiarse en la asignatura Introducción al Derecho, y escuchamos tradicionalmente ciertos criterios orientadores que pueden tratar de ubicar

4 Véase: Martínez de Aguirre Aldaz y otros, ob. cit., p. 37, indica que es una definición correcta pero también oscura, en la medida en que no da noticia por sí misma, de lo definido. Pues es necesario aclarar qué se entiende por privado y por general.

5 Abelenda, César Augusto: *Derecho Civil*. Parte General. Buenos Aires, edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L, 1980, Tomo I, p. 24. Véase también: Llamas Pombo, Eugenio: *Orientaciones sobre el concepto y método del Derecho Civil*. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002; Besa, Paulina y otros: *Evolución del concepto de Derecho Civil*. En: <http://www.monografias.com/trabajos10/evco/evco.shtml>

6 Carrasco Perera, ob. cit., p. 21, indica el autor “La diferencia entre Derecho Público y Derecho Privado es una distinción intuitivamente asumida por los juristas. Todo jurista sabe que el Derecho Civil, el mercantil y el laboral, son derecho privado; que el Derecho Administrativo, financiero, penal e internacional público son ramas del Derecho Público. Con todo, a esta identificación intuitiva no ha solido acompañar nunca unanimidad ni claridad en los criterios que han de utilizarse para trazar la línea divisoria entre los dos grandes campos”

7 Véase: Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, edit. Tecnos, 9ª edic., 1997, Vol I, p. 41, “La distinción entre Derecho Público y Derecho Privado- que es para los estudiosos del Derecho la distinción por antonomasia- es quizás una de las cuestiones más oscuras, complejas y difíciles de la teoría general del Derecho”; Lacruz Berdejo y otros, ob. cit., p. 19, esta clasificación considerada durante bastante tiempo como fundamental, ha perdido en la actualidad la relevancia y la significación que en razón de planteamientos fundamentalmente políticos había llegado a alcanzar; Martínez de Aguirre Aldaz y otros, ob. cit., pp. 38 -40.

8 Lacruz Berdejo y otros, ob. cit., p. 21.

9 Véase: Rosas Bravo, Luis Felipe: “Distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado”. En: *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad de los Andes Nos 11-12-13, diciembre 1965, pp. 225-244. Véase también sobre tales criterios: Díez-Picazo y Gullón, ob. cit., pp. 41-44; Lacruz Berdejo y otros, ob. cit., pp. 28-39; Ducci Claro, Carlos: *Derecho Civil Parte General*. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edic., 1988, pp.3-6; Carrasco Perera, ob. cit., pp. 21-23; Castán Tobeñas, ob. cit., pp. 17-20.

una materia como de Derecho Público⁹ (si el Estado actúa con potestad de *imperium*, el interés colectivo o general, la actuación oficiosa, etc.) por oposición al Derecho Privado (que generalmente se caracteriza en principio por relaciones situadas en un plano de igualdad¹⁰, el interés particular, la actuación de parte, etc.). Sin embargo, tales criterios por sí solos no resultan del todo acertados; la antigua distinción que ubica al Derecho Público en relaciones caracterizadas por la intervención del Estado en un plano de Superioridad o *imperium* por contrapartida al Derecho Privado, caracterizado por relaciones paritarias o en un plano de igualdad (lo que no excluye la intervención del Estado si actúa despojado de aquel)¹¹, ha sido igualmente cuestionada¹². Y la doctrina ha reconocido que efectivamente, inclusive en el ámbito del Derecho Privado resulta dudoso que siempre las partes de la relación jurídica se encuentren en un plano de igualdad¹³, pues en algunas áreas uno de los sujetos se ubica en una situación de hiposuficiencia jurídica respecto de la otra, lo que exige una particular protección del Estado (ej. Laboral o Menores –que para algunos constituye “Derecho Social”–)¹⁴. Por otra parte, pretender

10 Véase: Lacruz Berdejo y otros, ob. cit., p. 32, criterio que goza de la mayor aceptación; Moro Almaraz y Sánchez Cid, ob. cit., p. 27; Albaladejo, ob. cit., p. 37.

11 Al efecto, tradicionalmente se indica que éste regula las relaciones de los particulares o de éstos con el Estado siempre que éste actúe en un plano de igualdad, esto es, despojado de su potestad de imperium.

12 Véase: Albaladejo, ob. cit., p. 37, “...hay que rechazar el criterio que monta al Derecho Público sobre la potestad de imperium”.

13 Véase: Martín-Retortillo Baquer, Sebastian: El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones. Madrid, edit. Civitas, 1996, p. 23, indica que la igualdad entre las partes tal y como ha sido comúnmente entendida, es uno de esos conocidos mitos jurídicos faltos de un contenido real, pues no en todos los contratos privados podemos encontrar esa igualdad de las partes.

14 En tales casos, una de las partes ocupa una posición preeminente rompiendo con la igualdad característica del Derecho Privado, lo que propicia la protección especial del Estado a través de normas jurídicas que logren compensar la hiposuficiencia jurídica de una de las partes. Algunos han calificado tal materia como “Derecho Social” (aunque en esencia todo Derecho es social pues regula la conducta humana en sociedad). De allí, que el artículo 262 de la Constitución en su parte final indica a propósito de las Salas que componen el Máximo Tribunal que “La Sala Social comprenderá lo referente a la casación agraria, laboral y de menores”.

que la noción de orden público o interés colectivo acompaña al Derecho Público, tampoco es acertado¹⁵, pues múltiples son las materias del Derecho Privado, impregnadas por tal noción en razón de su importancia social y jurídica, especialmente en materia de Derecho de la Persona y de Familia.

De allí que algunos han señalado que la línea que divide al Derecho Público del Derecho Privado puede resultar en ocasiones tan tenue que más que criterios definitivos o radicales de diferenciación, deben considerarse simplemente lineamientos de orientación o adscripción. Comentan acertadamente Diez-Picazo y Gullón que “más que criterios lógicos de distinción, lo que hay que señalar son puras directrices metodológicas de adscripción”, pues “la distinción no es una escisión, sino que, como ya decía Ulpiano, da lugar a posiciones o puntos de vista para su estudio... que la línea de frontera no se puede nunca establecer con nitidez. Como en el arco iris, entre el verde y el azul, hay una zona que no se sabe si es verde o es azul¹⁶. Hernández Gil, por su parte señala que los criterios utilizados para su distinción son muchos, por lo que más que repetirlos, lo importantes elegir uno¹⁷.

Desentrañar así la profunda y complicada discusión teórica sobre tal diferencia, sería tarea álgida para tocarla en estas breves líneas, por lo que –aunque pequemos de simplistas– de tener que adherirnos a un criterio –aunque susceptible de crítica e insuficiente por sí solo–, valdría decir que el Derecho Privado, regula “en principio” las relaciones de los particulares, ubicados en un plano de pretendida “igualdad” o “paridad”. Sin embargo, la distinción podría ser importante por ejemplo a los efectos prácticos de la competencia de las instancias jurisdiccionales¹⁸.

15 Véase: Ducci Claro, ob. cit., pp. 3 y 4, no se ha reparado que toda norma tiene por objeto servir al interés general y por tal todo derecho sería público, pero desde el punto de vista del interés propio de un sujeto todas las normas serían de derecho privado.

16 Diez-Picazo y Gullón, ob. cit., pp. 43 y 44.

17 Hernández Gil, ob. cit., p. 64. Véase: *ibid.*, pp. 64-74, el autor rechaza los criterios de utilitas, patrimonialidad, contraposición de intereses, la cualidad del sujeto o la posición que ocupa, la irrenunciabilidad. Véase: *Ibid.*, p. 75, pero que en todo caso para el autor no se trata de dos categorías sustancialmente antitéticas sino dos aspectos o momentos de un solo concepto.

18 Lacruz Berdejo y otros, ob. cit., p. 37.

Una vez hecha tales consideraciones, cabría entonces preguntarse qué área de dicho Derecho Privado estaría constituida por el “Derecho Civil” y ello lo adelantamos al comenzar la presente reflexión, al señalar que será el *general*, esto es, de existir una parte *especial* o *particular* del Derecho Privado, ciertamente no constituirá Derecho Civil. Por ello la doctrina nacional indica que el Derecho Civil es “El Derecho Privado excluidas sus ramas especiales”¹⁹. Tal especialidad, no viene dada por la voluntariedad o capricho del intérprete sino por la evolución académica o científica de una determinada materia del Derecho Privado. Así se indica que la realidad “nos muestra la existencia de materias igualmente de naturaleza privada, pero que por varias razones o motivos, han llegado en algunos casos, a formar un cuerpo legal aparte que disciplina una concreta materia gozando de autonomía legislativa, científica y doctrinal y/o jurisprudencial, como es el Derecho Mercantil o del Comercio o el Derecho del Trabajo”²⁰, aunque modernamente para algunos éste último se ubique como “Derecho Social”, según indicamos. En efecto, si con el devenir de la historia jurídica, cierta área del Derecho Privado, adquiere independencia o autonomía, proyectada por ejemplo en una legislación sistemática y en el pensum de la Carrera a nivel general, indudablemente tal asignatura se convertirá en Derecho Privado Especial y por tal no será “Derecho Civil”. Pero tal característica objetiva de independencia o autonomía académica será producto de la evolución científica y no de la mera voluntad de los estudiosos, pues no todo lo que se pueda con-

19 Véase: Aguilar Gorrondona, José Luis: *Derecho Civil Personas*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 17ª edic., 2.005, p. 4, agrega el Derecho privado común, o sea, que aplica a todas las personas, cosas y relaciones en defecto de una rama especial que disponga lo contrario; Hung Vaillant, Francisco: *Derecho Civil I*. Caracas-Venezuela-Valencia, 2ª edic., 2001, p. 22; Garrido, Mary Sol: *Derecho Civil I Personas*. Caracas, Fondo Editorial USM, 2000, p. 5. Véase también en la doctrina nacional sobre la noción de Derecho Civil: La Roche, Alberto José: *Derecho Civil I*. Maracaibo, Edit. Metas C.A., 2da. edic., 1984, pp. 23-30; Contreras Briceño, Gustavo: *Manual de Derecho Civil I Personas*. Caracas, Vadell Hermanos Editores, 5ª edic., 1987, pp. 13-20; Ochoa Gómez, Oscar E.: *Personas Derecho Civil I*. Caracas, Universidad Católica “Andrés Bello”, 2006, pp. 131-134; Rodríguez, Luis Alberto: *Manual de Derecho Civil Personas*. Colección Hammurabi 7. Venezuela, Editorial Librosca C.A., 2009, pp. 7 y 8.

20 Moreno Quesada, Bernardo y otros, ob. cit., p. 28. Véase también: Bonnecase, Julien: *Tratado Elemental de Derecho Civil*. México, edit. Pedagógica Iberoamericana, 1.995, pp. 20 y 21; Hernández Gil, ob. cit., pp. 85 y 86.

siderar “especial” en la acepción tradicional de la palabra será Derecho Privado especial; solo lo serán algunas materias o asignaturas que por su trascendencia han sido elevadas por el devenir de la historia y las circunstancias a tal categoría. Y así por ejemplo, hasta ahora está claro que por las peculiaridades que presentan cada una de ellas, materias como el “Derecho Mercantil” y el “Derecho Laboral”²¹ se desprendieron del Derecho Privado dada su características particulares, para constituir un área “especial” de aquél distinto al “Derecho Civil”. Por eso algunos aluden al Derecho Civil como “Derecho nuclear”, en la medida que se presenta como el tronco del que se separaron los Derechos Privados especiales, y el centro de referencia conceptual de todos ellos²².

Se dice entonces que el Derecho Civil viene dado por todo el Derecho Privado que no llegue a constituir una rama *especial* de éste. En palabras de Lacruz es el “Derecho Privado no especializado”²³. Todo lo que no sea “Derecho Privado Especial” por oposición será “Derecho Privado General” y por ende “Derecho Civil”. Se trata de una suerte de Derecho Privado residual²⁴ o “derecho privado depurado después de las

21 Véase: Lacruz Berdejo y otros, ob. cit., pp. 43 y 44. Los autores incluyen al Derecho Agrario; O’Callaghan, ob. cit., pp. 15 y 16, el autor alude a “disgregación” para indicar que el Derecho Mercantil en la edad media se separa del Derecho Civil como un derecho especial aplicable a los comerciantes, así como el Derecho Laboral tras el auge de la Revolución industrial (el autor también alude al Derecho Agrario, aunque no pueda decirse que sea un derecho totalmente autónomo); Martínez de Aguirre Aldaz y otros, ob. cit., p. 37; Abelenda, ob. cit., p. 25, indica que el Derecho Internacional Privado, se discute su ubicación en el Derecho Público o Privado. Véase; Moreno Quesada, Bernardo y otros, ob. cit., p. 33, “creo que hablar de autonomía del Derecho Agrario en sentido total y absoluto carece de sentido... es un derecho especial... en parte público y en parte privado”; Hernández Gil, ob. cit., pp. 85 y 86, han adquirido gran desenvolvimiento y cierta especialización: el Derecho Mercantil, el Derecho del Trabajo y el Derecho Agrario. *Ibid.*, 92, ni el trabajo es una mercancía ni el salario su precio; ni la relación entre empleador y trabajador, se equipara a acreedor y deudor (Véase: *ibid.*, p. 96, el trabajo dignifica y se acentua la protección del trabajador como parte más débil.

22 Martínez de Aguirre Aldaz y otros, ob. cit., p. 37. Véase utilizando también dicho término: Lasarte, ob. cit., p. 15.

23 Véase: Lacruz Berdejo y otros, ob. cit., p. 45.

24 Véase: Cifuentes, Santos: *Elementos de Derecho Civil*. Buenos Aires, edit. Astrea, 2ª edic., 1991, p. 3, el Derecho Civil comprende las materias que han quedado o restan después de que de su contenido total se fueron desprendiendo otras ramas; Llambias, Jorge Joaquín: *Tratado de Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires,

desmembraciones que constituyen ramas autónomas”²⁵. Diera así la falsa impresión o sensación de que el Derecho Civil constituye la parte menos importante del Derecho Privado, primero porque en su acepción vulgar la expresión “especial” se asocia a lo “particular o singular” por oposición a lo “general, común u ordinario” y que por tal –se cree erróneamente– lo importante será lo primero o especial; de allí la expresión “Derecho Civil” o “Derecho común”²⁶ y resulta que la parte más importante del Derecho Privado, tanto en extensión²⁷ como en trascendencia práctica viene dada por el Derecho Civil, lo cual ciertamente se refleja en el penum de estudios de la Carrera que, en algunas Universidades, se divide

edit. Perrot, 17ª edic., 1997, T.I, p. 41, “...el Derecho Civil sigue siendo la disciplina fundamental con un enorme contenido residual puesto que comprende todas las relaciones jurídicas de derecho privado que no queden incluidas en un ordenamiento especial”. Véase también sobre el “contenido residual del Derecho Civil”: Arce y Flórez-Valdés, Joaquín: *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1991, pp. 61-64, indica el autor que tal contenido residual que actualmente conserva el Derecho Civil obedece a puras razones formales.

25 Abelenda, ob. cit., p. 24.

26 Véase entre otras utilizando tal expresión “Derecho Civil o común”, Tribunal Superior Décimo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, Sent. 15-4-08, Exp. N° 0467-07, <http://cfr.tsj.gov.ve/decisiones/2008/abril/2258-15-0467-07-056-2008.html>,” derecho común”, Juzgado Primero de los Municipios Maturín, Aguasay, Santa Bárbara y Ezequiel Zamora de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 27-9-07, <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2007/septiembre/1702-27-9675-129.html> (en el mismo sentido: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 22-6-07, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/junio/512-22-42424-400.html>) En sentido semejante: Tribunal Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 19-2-09, Exp. N°: UP11-R-2008-000154, <http://yaracuy.tsj.gov.ve/decisiones/2009/febrero/1460-19-UP11-R-2008-000154-.html> ”... como la Ley no establece disposición expresa sobre su prescripción se regirá por las reglas de derecho común, concretamente por el artículo 1.980 del Código Civil...” (Destacado nuestro) (en el mismo sentido: Juzgado Noveno Superior del Circuito Judicial del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 11-2-08, Exp. AP21-R-2007-001715, <http://cfr.tsj.gov.ve/decisiones/2008/febrero/2006-11-AP21-R-2007-001715-.html> ; Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario, en la ciudad de Caracas, Sent. 19-2-09, Exp. AF45-U- 1998-000034 , <http://merida.tsj.gov.ve/decisiones/2009/febrero/2099-19-1097-1532.html> “...por el Derecho Civil, es propia del denominado Derecho Común”).

27 Véase: Planiol, Marcelo y Georges Ripert: *Derecho Civil*. México, edit. Pedagógica Iberoamericana, Colección Clásicos del Derecho, 1996, p. 6, el Derecho Civil comprende la mayor parte de las materias de Derecho Privado.

en cinco asignaturas²⁸ del mismo²⁹ (Derecho Civil I Personas³⁰, Derecho Civil II o Bienes y Derechos Reales³¹, Derecho Civil III u Obligaciones³², Contratos y Garantías³³, Familia³⁴ y Sucesiones³⁵) siendo que ninguna rama especial, amén de otra materia a nivel general, presenta tantas asignaturas proyectadas en extensión a lo largo de la Carrera de Derecho. La revisión del contenido programático de tales asignaturas evidencia la notable incidencia práctica de la materia, pues absolutamente ninguna

28 Véase igualmente respecto de Argentina; Cancela, Omar J. y otros: *Instituciones de Derecho Privado*. Buenos Aires, edit. Astrea, 1988, p. 96. En algunas universidades presenta un número mayor de asignaturas, véase: García-Ripoll Montijano, Martín y Juan José Iniesta Delgado: *Informe sobre la relación del Derecho Civil en los planes de estudios de diversas universidades españolas y europeas*. En: <http://www.derehocivil.net/imgs/informe.doc>

29 Asignaturas que en torno a la debida formación del estudiante se encuentran todas en un mismo nivel de importancia y complejidad académica, al punto que de cierta forma el contenido de unas es la continuación o complemento de otras. Por lo que no resulta lógico establecer distinciones infundadas respecto de la trascendencia de algunas materias respecto de otras.

30 Entre los que se estudia temas como: El Derecho Civil, la persona, la persona incorporal, inicio y fin de la persona humana, Registro del Estado Civil, el estado civil, la sede jurídica, el nombre civil, los derechos de la personalidad, la capacidad y los distintos regímenes de incapaces (patria potestad, tutela, emancipación, interdicción e inhabilitación) y ausencia.

31 Que contiene temas como: Las cosas y su clasificación, el patrimonio, la posesión, la propiedad, la accesión, la ocupación, la usucapión, la comunidad, el usufructo, el uso, la habitación, el hogar, la servidumbre.

32 Que incluye entre otros temas: la noción, clasificación, cumplimiento, transmisión y extinción, de las obligaciones. Entre las fuentes de las obligaciones se estudia: el contrato, la responsabilidad civil, las responsabilidades especiales o complejas, el abuso del derecho, el pago de lo indebido, el enriquecimiento sin causa y la gestión de negocios.

33 e aprecian temas como: la fianza, la hipoteca, la prenda y algunos contratos en particular tales como la compraventa, el arrendamiento, la enfiteusis, sociedad, de obras, transacción, comodato, mandato, mutuo, deposito, anticresis y renta vitalicia.

34 Se estudia entre otros el parentesco, la obligación de alimentos, el estado filiatorio, el matrimonio, el régimen patrimonial del matrimonio, el divorcio, el concubinato, la adopción.. Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Manual de Derecho de Familia*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos N° 20, 2008, pp. 26-29, lo ubicamos naturalmente como rama del Derecho Civil, no obstante sus caracteres especiales. Véase ubicando como rama especial y autónoma junto con el Derecho Agrario, Laboral y Mercantil: Hernández Gil, ob. cit., pp. 85 y 86.

persona escapa al expansivo alcance del Derecho Civil. Se puede pasar por la vida o el mundo jurídico sin que un individuo presente contacto con el Derecho Penal o el Derecho Laboral, pero jamás encontraremos un sujeto que en su existencia no esté inmerso o afectado por instituciones civiles como el nombre civil, la sede jurídica, el estado civil, la capacidad, la familia y por supuesto eventualmente toda la materia que conforma el Derecho Civil patrimonial (responsabilidad civil, contratos, etc.). No se equivoca la doctrina cuando califica al Derecho Civil como “El derecho de la vida diaria”.³⁶ El Derecho Civil se mantiene firme como conjunto de instituciones jurídicas que disciplinan las relaciones ordinarias y más generales en que el hombre se manifiesta como tal³⁷. El Derecho civil directamente atañe a lo más íntimo de la persona: su persona, su familia, sus bienes y su herencia³⁸.

Por ello resulta indudable la importancia teórica y práctica de la materia del Derecho Civil³⁹, amén de considerar que buena parte de las teorías generales (del contrato, de la capacidad, de la nulidad, de las obligaciones, etc.) de otras asignaturas, inclusive pertenecientes al Derecho Público, presentan su base o cimiento en dicha área del Derecho⁴⁰. Se afirma que “el derecho civil en la actualidad, es la madre y fuente de las

35 En el Derecho Sucesorio se aprecian temas como: la sucesión legal o *ab intestato*, el orden de suceder, la sucesión testamentaria (testamento), la legítima, el legado, la colación el acrecimiento, etc. En algunas Casas de Estudios superiores, se trata tal asignatura como disciplina autónoma (no conjuntamente con Derecho de Familia).

36 Lacruz Berdejo y otros, ob. cit., p. 45.

37 Puig Peña, Federico: *Introducción al Derecho Civil, Español, Común y Foral*. Caracas, Editorial Atenea, 2008, p. 61. Véase también: <http://tovar-asociados.com/eventos/calendar.php?display=event&id=466&date=2009-Feb-10&returnto=month> “...El Derecho civil o *Derecho privado común*, es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones más universales de la personas, respecto a la familia y la propiedad” (Destacado nuestro).

38 *El Derecho Civil aragonés. Un signo diferencial para los aragoneses*. En: http://www.aragoninvestiga.org/investigacion/temas_todo.asp?id_tema=41&intPagActual=1&categoria...y...

39 Véase: Ducci Claro, ob. cit., p. 7, por ser un derecho común y general, el derecho civil constituye la parte fundamental y más importante de los estudios jurídicos.

40 Véase: Martín-Retortillo Baquer, ob. cit., p. 21, el Derecho Civil cuya influencia estructural ha estado tutelar y generosamente presente en todo lo que de más estrictamente jurídico nos ha podido ofrecer la sistematización del Derecho administrativo.

demás ramas del derecho privado, las cuales deben recurrir a ella, para obtener los principios generales de derecho y sus institutos fundamentales⁴¹. A lo que –insistimos– podría agregársele que ello se extiende a materias distintas al Derecho Privado. En sentido semejante, comenta Puig al considerar el valor actual del Derecho Civil que sirve de principio informador y refugio de interpretación para todas aquellas instituciones que, salidas de su esfera, se regulan con autonomía⁴², estableciéndose expresamente en algunos casos su carácter supletorio⁴³. Así pues que, a riesgo de pecar de exagerados, podría afirmarse que el Derecho Civil representa la materia que ofrece las bases que conforman la teoría general de diversas asignaturas del Derecho⁴⁴; su formación histórica tuvo lugar antes del Derecho Privado especial y de allí que éste último tenga una génesis inspirada en el Derecho Civil.

El citado concepto de Derecho Civil no presenta correspondencia con su acepción en el Derecho Romano, en el que tal expresión simplemente denotaba “el derecho que cada pueblo creó para sí, el que es propio de cada ciudad” por contraposición al *ius gentium* que era el Derecho Común a todos los pueblos⁴⁵. Sin embargo, la idea del Derecho Civil en la Edad Media, pasa por el fenómeno de la recepción del Derecho Romano y la posterior identificación del Derecho Civil con el

41 Cancela y otros, ob. cit., p. 96.

42 Puig Peña, ob. cit., p. 61. Véase también: Cifuentes, ob. cit., p. 3, “aun actualmente suele ser un conjunto de normas que por ausencia de soluciones específicas dentro de las otras ramas del derecho normativo vienen a suplirlas, convirtiéndose en un fondo común de principios que tiene por tanto, aplicación subsidiaria”.

43 Véase: Código de Comercio, art. 8 que prevé que “en los casos en que no estén especialmente regulados por este Código se aplicaran las disposiciones del Código Civil”. Véase con relación a Perú: Piñan Indacochea, María Cecilia: Derecho Civil-Personas (Perú). En: [http:// www.monografias.com/trabajos64/derecho-civil-personas-peru-i/derecho-civil-personas-peru-i.shtml](http://www.monografias.com/trabajos64/derecho-civil-personas-peru-i/derecho-civil-personas-peru-i.shtml) “el derecho civil es la rama más importante del derecho privado, pero ¿por qué?, porque es de aplicación supletoria en las demás ramas del derecho, cuando en ellas exista un vacío, esto está previsto por el Artículo IX del título preliminar del código civil”.

44 Véase: Llambías, ob. cit., p. 41, “...Por lo demás, el Derecho Civil suministra a todas las demás ramas del Derecho Privado los lineamientos básicos de la ciencia del derecho tales como la teoría de las personas, la de las cosas, la de los hechos y actos jurídicos en general, etc., que son acogidas por aquellas otras disciplinas en todo cuanto no hubieran sido modificadas especialmente”.

45 Díez-Picazo y Guillón, ob. cit., pp. 31 y 32.

Derecho Romano, pues el Derecho Civil va a ser el Derecho Común. Así el Derecho Civil =Derecho Romano se convierte en un Derecho de los principios tradicionales del que van a derivar otras ramas del Derecho como el Derecho Mercantil⁴⁶. En la Edad moderna, la idea de Derecho Civil como Derecho Romano, sufre un gran eclipse, pues los Estados modernos inician una labor de consolidación de su Derecho nacional, operando una sustitución insensible donde el Derecho Civil vuelve a ser no ya el Derecho Romano sino el Derecho propio y exclusivo de cada Estado, a la par que el Derecho Civil se va a identificar con el Derecho Privado, aunque desde la edad media el Derecho Mercantil se desarrolló apartado del Derecho Civil⁴⁷. De allí que acertadamente indique Carrasco Perera que el Derecho Civil como Derecho Privado General, es un concepto históricamente determinado, pues no siempre ha sido así, ya que en el Derecho Romano el Derecho Civil era el Derecho de los ciudadanos romanos por oposición al Derecho universal de las naciones o *ius Gentium*⁴⁸. Sin embargo, es conocida la importancia del Derecho Romano en la génesis del Derecho Civil⁴⁹, y se afirma que “el origen del derecho civil está en Roma”⁵⁰, lo cual se evidencia de los textos que al referir la

46 Ibid., pp. 32-34.

47 Ibid., pp. 34 y 34. Véase: Rubio Torrano, Enrique: “Constitución y Derecho Civil navarro”. En: *Revista de Derecho Privado y Constitucional* N° 2, enero-diciembre 1994, p. 60 (www.cepc.es/rap), el Derecho Romano forma parte de la tradición jurídica navarra a través del *corpus iuris civilis*, solo con el nuevo fuero desaparece la supletoriedad del derecho romano.

48 Carrasco Perera, ob. cit., p. 21. Véase sobre tal evolución en sentido semejante: Castán Tobeñas, ob. cit., pp. 20 y 21, es difícil dar un concepto verdaderamente científico de Derecho Civil, pues es una entidad de elaboración histórica y por tal se precisa acudir a dicha historia; Moreno Quesada, Bernardo y otros, ob. cit., pp. 23 y ss. Véase también: Besa, Paulina y otros: *Evolución del concepto de Derecho Civil*. En: <http://www.monografias.com/trabajos10/evco/evco.shtml>; Hernández Gil, ob. cit., pp. 9 y 16, el concepto de Derecho Civil encierra un contenido histórico diverso; *ius civiles* era una expresión ambigua sin significado preciso.

49 Véase: Hernández Gil, ob. cit., p. 11, el primer texto del Digesto en que alude al Derecho Civil es el famoso de Ulpiano, en que contiene la división entre Derecho Público y Derecho privado.

50 Parra Benítez, Jorge: *Manual de Derecho Civil. Personas, familia y derecho de menores*. Bogotá, Temis, 4ª edic., 2002, p. 53. Véase también: Naranjo Ochoa, Fabio: *Familia y Personas*. Colombia, Librería Jurídica Sánchez LTDA, 7ª edic., 1996, p. 9, “el derecho romano es la fuente del derecho que ha regido el mundo occidental”; Islas Colín, Alfredo: “Importancia del Derecho romano en la época actual”. En:

evolución o etapas de éste comienzan por el primero (1.-etapa romana, 2.-etapa medieval conformada por el período germánico y la recepción del derecho romano y 3.- la etapa de la codificación)⁵¹ dándole inclusive nombre al sistema al que históricamente pertenecemos (romano-francés o *civil law*)⁵². El Derecho Romano hizo que muchos países compartieran la misma tradición jurídica, especialmente en Europa Central y Occidental lo que ha hecho pensar modernamente en la posibilidad de un Código Civil Europeo⁵³. Y al efecto, se afirma que la universalización y unificación del Derecho Privado de Occidente, heredero directo del Derecho Romano, es factible dada la capacidad renovadora del Derecho Civil⁵⁴.

Así pues, definiendo al Derecho Civil como el “Derecho Privado General” faltaría incorporar descriptivamente a dicha noción las materias que el mismo abarca, las cuales derivadas de su contenido proyectado en el pensum de estudios de la Carrera, pueden resumirse en tres instituciones fundamentales: “la persona, la familia y el patrimonio”⁵⁵. La persona,

Revista Amicus Curiae, Año I, N° 4, UNAM, Sistema de Universidad Abierta. En: http://www.derecho.unam.mx/DUAD/amicus-curiae/descargas/09_03_09/derecho-romano.pdf

- 51 Véase: Aguilar Gorrondona, ob. cit., pp. 10-14; Castán Tobeñas, ob. cit., pp. 27-36, alude a tiempo primitivo, dominación romana, dominación visigoda, reconquista, época moderna, código civil.
- 52 Véase: Aguilar Gorrondona, ob. cit., p. 10, alude a “civil law, Derecho Continental, Derecho romano o Grupo francés”. Véase también: Knütel, Rolf: *Derecho Romano y codificación de Derecho Civil*. En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/16/dtr/dtr4.pdf>, por medio de los códigos europeos, en especial el francés se ha difundido el derecho romano en todo el mundo; López Rosa, Ramón: *El Derecho Romano hoy: Cupidae Legum Iuventuti*, En: <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/A06.pdf> no existe duda sobre la paternidad del Derecho Romano en el sistema jurídico de nuestro continente.
- 53 Véase: Vaquer Aloy, Antony: La vocación Europea del Derecho Civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código Europeo. En: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/lavocacion.doc. Véase también: Agurto Gonzales, Carlos: ¿Es posible un Derecho Civil “Auténtico” para América Latina? (Algunas breves reflexiones en torno a una “utopía” que podría dejar de serla). En: www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2007/gonzales.pdf
- 54 Véase: Arce y Flórez-Valdés, ob. cit., p. 67.
- 55 Véase: Bonnecase, ob. cit., p. 2, tres órdenes de materias, delimitan el dominio de aplicación de esta rama del Derecho: 1.- El derecho de la personalidad 2.- Derecho de Familia 3. Derecho patrimonial; Arce y Flórez-Valdés, ob. cit., pp. 43-51, ubica siguiendo a la doctrina tradicional, la persona, la familia y el patrimonio; Hernández Gil, ob. cit., p. 77.

se presenta sin lugar a dudas como el elemento vital y de partida del Derecho Civil y del Derecho (pues el orden jurídico existe por y para la persona)⁵⁶, de allí su ubicación como punto primario de la teoría general en cuanto al estudio del sujeto del derecho, sus atributos, capacidad y derechos personalísimos⁵⁷. A la par de la *persona* en lo que podríamos denominar como “Derecho Civil extrapatrimonial” (porque en su esencia no se orienta por el aspecto pecuniario aunque no necesariamente está ausente) se ubica “la familia”. El Derecho Civil patrimonial⁵⁸, esto es, la parte patrimonial o esencialmente pecuniaria del Derecho Civil viene dada por tres asignaturas o materias, a saber, Bienes y Derechos Reales (Derecho Civil II), Obligaciones (Derecho Civil III) y Contratos y Garantías, que constituye el Derecho Civil patrimonial, por lo que podemos admitir que el Derecho Civil regula en gran parte el patrimonio o las relaciones patrimoniales. Finalmente, en una línea intermedia entre la familia (y también la voluntad de la persona) y las relaciones patrimoniales, se ubica “la sucesión” porque ella alude al destino de las relaciones pecuniarias una vez acaecida la muerte del sujeto, en razón del vínculo familiar o de la voluntad del causante. De tal suerte que efectivamente, el Derecho Civil regula la persona, la familia y las relaciones de contenido patrimonial⁵⁹, y por lo indicado prescindiremos de la sucesión hereditaria en la definición,

56 Véase: Arce y Flórez-Valdés, ob. cit., p. 45, la persona supone una consideración fundamental para el Derecho en general, y no sólo para el Derecho Civil, ya que en definitiva como puede leerse en el Digesto “todo el Derecho ha sido constituido para servir al hombre”.

57 Véase: Lete del Río, José: *Derecho de la Persona*. Madrid, edit. Tecnos, 3ª edic., 1996, p. 19, “...la primera materia del Derecho Privado es el Derecho de la Persona. De allí que reiteradamente se afirme, por nuestra mejor doctrina, que el Derecho Civil es el Derecho de la Persona. La consecuencia lógica de esta idea es que el Derecho Civil tiene fundamentalmente por objeto la regulación de las instituciones más frecuentes y generales que a la persona se vinculan...cuando la doctrina patria habla del Derecho Civil como Derecho de la Persona, la está contemplando como el eje del sistema al cual ésta debe servir”. Véase *ibid*, p. 21, el Derecho de la persona constituye una verdadera y propia parte general cuyo estudio habrá de preceder e informar al de cualquier otra relación jurídica.

58 Véase: Arce y Flórez-Valdés, ob. cit., pp. 54-56, alude a la “patrimonialización” del Derecho Civil como preponderancia del valor económico frente al estrictamente personal, característica de la época de la codificación, pero acota que se aprecia modernamente una tendencia a la “despatrimonialización”, al colocar la persona como centro de gravedad, seguida de la importancia de la familia.

59 Véase en este sentido: Lasarte, ob. cit., p. 8 (persona, familia y patrimonio).

pues la misma está implícitamente contenida en las instituciones referidas⁶⁰. Por todo lo anterior podemos esbozar como noción o concepto del Derecho civil que el mismo es el “*Derecho Privado General que regula básicamente la persona, la familia y las relaciones patrimoniales*”⁶¹.

Los elementos señalados (persona, familia y patrimonio o relaciones patrimoniales) se pueden apreciar en textos extranjeros, sin estar exentos igualmente de discusión, en lo relativo al Plan de exposición del Derecho Civil⁶². Nuestro Código Civil refleja al igual que otros textos sustantivos que siguen el sistema desarrollado por Gaio o romano-francés⁶³, en contenido

60 Véase sin embargo, la conocida definición de Albaladejo, ob. cit., p. 41, “Derecho civil es el Derecho Privado general que regula la personalidad, la familia, las relaciones patrimoniales y la *sucesión hereditaria*”. (Destacado nuestro).

61 Véase también definición de: Hernández Gil, ob. cit., pp. 173 y 174, “Derecho Civil es el Derecho privado general que tiene por objeto la regulación de la persona en su estructura orgánica, en los derechos que le corresponden como tal y en las relaciones derivadas de su integración en la familia y de ser sujeto de un patrimonio dentro de la comunidad”. Véase nuestra definición en: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Diccionario de Derecho Civil*. Caracas, Panapo, 2009, p. 57. “Derecho Privado General...que regula sustancialmente la persona, la familia y las relaciones patrimoniales”.

62 Véase: Diez-Picazo y Guillón, ob. cit., pp. 45 y 46, señalan que la división sería la siguiente: Introducción, Derecho de la Persona, Derecho patrimonial o de Bienes, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones; O’Callaghan, ob. cit., pp. 12-15, la personalidad, la familia, las relaciones patrimoniales y la sucesión *mortis causa*; Moro Almaraz y Sánchez Cid, ob. cit., p. 30, persona, familia, asociación, patrimonio y sucesión; Carrasco Perera, ob. cit., p. 40, Personas, Cosas, Contratos y Obligaciones, Responsabilidad extracontractual, Familia y Sucesiones; Llambías, ob. cit., pp. 41 y 42, personalidad, familia, patrimonio y herencia Castán Tobeñas, ob. cit., pp. 24 y 25, personalidad, familia, asociación, patrimonio, obligaciones y sucesión. Véase también; Peñaranda Quintero, Héctor Ramón: *Derecho Civil*. En: <http://www.monografias.com/trabajos16/derecho-civil/derecho-civil.shtml>, “En *strictu sensu* el Derecho Civil constituye la parte fundamental del Derecho Privado que comprende las normas relativas al estado y capacidad de las personas, a la *familia*, al *patrimonio*, a las obligaciones y *contratos* y a la transmisión de los *bienes*, regulando las relaciones privadas de los individuos entre sí” ; Torres Alvarez, Néstor Aníbal: *Introducción al Derecho Civil: Concepto y División*. En: <http://www.monografias.com/trabajos64/etimologia-palabra-derecho/etimologia-palabra-derecho2.shtml>

63 La Roche, ob. cit., pp. 29 y 30, indica el autor que existe otro sistema, denominado de Savigny o alemán, que divide el texto en dos partes; una general, que abarca las figuras civiles incluyendo la persona y otra especial que se subdivide en derechos reales, obligaciones personales, familia y sucesión hereditaria.

de las tres instituciones fundamentales (persona, familia y patrimonio)⁶⁴ pues está conformado por un *Título preliminar* (De las leyes y sus efectos y de las Reglas Generales para su aplicación, arts. 1 y ss) y *tres libros*; El Libro I relativo a “*De las personas*” (arts. 15 y ss); El libro II trata “*De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*” (arts. 525 y ss) y el Libro III titulado “*De las maneras de adquirir y transmitir la propiedad y demás derechos*” (arts. 796 y ss). Nuestro primer Código Civil de 1862 se inspiró, como era natural, en el Código que orientó todo el sistema romano-francés, a saber, el Código Napoleónico de 1804, así como en el Código Civil para Chile elaborado por Andrés Bello de 1855; nuestro segundo Código Civil de 1867 se inspiró en el Proyecto de Código Civil para España de Florencio García Goyena de 1852; nuestro tercer Código Civil de 1873 se inspiró en el Código Civil italiano de 1865; le siguieron los Códigos Civiles de 1880, 1896, 1904, 1916, 1922, 1942 y el vigente de 1982⁶⁵.

Sin embargo, la inmensa extensión de la materia bajo análisis excede sobre manera el contenido del Código Sustantivo y se proyecta a multiplicidad de normativas especiales, que conforman el vasto contenido del Derecho Civil. Lo que se podría calificar como “descodificación” del Derecho Civil cabe reconducirla –según indica Arce– a un fenómeno externo de especialización, sin que necesariamente lleve a una situación disgregatoria de la unidad interna del Derecho Civil⁶⁶. Ciertamente, la existencia de leyes especiales mal podría desvirtuar el sentido primario y general del Derecho privado por excelencia. La Constitución como norma fundamental igualmente orientará en buena medida la interpretación de sus instituciones⁶⁷, como se ha apreciado en temas relativos a la perso-

64 Véase: Hung Vaillant, ob.cit., p. 25.

65 Tal información es la que generalmente se maneja en la Obra Código Civil elaborada por el Instituto de Derecho Privado, de la cual somos Relatores. Véase por ejemplo (Historia) lo relativo a textos legales, fuentes probables y evolución en los artículos referidos en: CODIGO CIVIL DE VENEZUELA, *Artículos 184 al 185-A*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1998.

66 Arce y Flórez-Valdés, ob. cit., p. 52.

67 Véase: Leysson León: “La constitucionalización del Derecho privado y el declive del título preliminar del Código Civil”. En: *Por un nuevo Derecho Civil peruano. 14 de noviembre 2004*. En: <http://derechocivilperuano.blogspot.com/2004/11/la-constitucionalizacin-del-derecho.html>. “En consecuencia, hablar

na⁶⁸, tales como el concubinato (art. 77), el nombre, filiación y registro (art. 56), el *nasciturus*, la patria potestad y alimentos (art. 76), la familia (art. 75), los derechos de la personalidad (art. 60 entre otros), la infancia y la adolescencia (art. 78), el carácter enunciativo de los derechos (art. 22), etc.

Así pues el Derecho Civil o Derecho Privado General que regula la persona, la familia y las relaciones patrimoniales, está integrado ciertamente por un conjunto de leyes, normas y principios, que en modo alguno se agota en el Código Civil o Código Sustantivo⁶⁹. Múltiples, extensas e importantes por no decir casi infinitas son las áreas que abarca esta materia del Derecho Privado; quien maneje sus instituciones ciertamente dispondrá –en gran medida– de una formación jurídica sólida que le permitirá adentrarse con mejor perspectiva al estudio de otras disciplinas jurídicas. El Derecho Civil es sin lugar a dudas, un área vital e imprescindible del orden jurídico; sin su estudio, el pensum de nuestra Carrera estaría vacío, pero ello sería imposible porque la realidad práctica regida por la amplitud de relaciones del Derecho Privado General definitivamente se impondría, haciendo sentir su peso en el ámbito académico, que no hizo más que reconocer su trascendencia.

de “constitucionalización del derecho privado” en Europa tiene un significado muy particular. Respetuosos de la cadena temporal a la vista, los autores subrayan así el establecimiento de una nueva jerarquía normativa, y cómo es que las instituciones reguladas en los antiguos códigos civiles tienen que ser vueltas a leer a la luz de cuanto señalan las Constituciones, que son más jóvenes”. Véase también: Arce y Flórez-Valdés, ob. cit., p. 38 y 39, lo que podría llamarse el Derecho Civil Constitucional es el resultado de un relectura del Código Civil y de las normas en general a la luz de los principios constitucionales.

68 Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Primacía de la persona en el orden constitucional*. En: El estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro Homenaje a Tomas Polanco Alcántara. Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público, Caracas, 2005, pp. 299-320.

69 Véase: Martínez de Aguirre Aldaz y otros, ob. cit., p. 32, la delimitación más importante del Derecho Civil viene dado por las instituciones contenidas en el Código Civil y en otras leyes especiales.

Las administraciones independientes en Venezuela y su potestad reglamentaria

Carlos Omar Gil Barbella*

RESUMEN

Este trabajo revisa analíticamente las denominadas bases dogmáticas y las normativo-constitucionales, del complejo normativo emitido por las administraciones independientes. Con fundamento en la Constitución venezolana de 1999, estos órganos han venido creando normas de naturaleza disciplinaria, de dirección, de control y otras que requieren una regulación mucho más precisa. En las siguientes páginas pretendemos realizar un análisis dogmático de la potestad reglamentaria, del surgimiento de las Administraciones Independientes y el impacto que su creación tiene sobre la Teoría de la Separación de Poderes, con especial referencia a la intensidad con la cual ejercen una potestad normativa atribuida por Ley.

Palabras clave: Administraciones independientes, Potestad normativa, Potestad reglamentaria, Reglamento

ABSTRACT

This paper reviews analytical foundation called the dogmatic and normative-constitutional, the complex regulations issued by independent authorities. Based on the 1999 Venezuelan Constitution, such bodies have been creating norms of a disciplinary nature, management, control and others that require a much more precise regulation. On the following pages is aimed at analyzing regulatory power dogmatic, the rise of independent authorities and the impact it has on the creation theory of separation of powers, with special reference to the intensity with which exert regulatory powers conferred by Law.

Keywords: Independent administrations, Regulatory Power, Regulatory Authority, Regulation

* Carlos Omar Gil Barbella es Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela (2005) y cursante de la especialización en Derecho Administrativo en esa misma Universidad. Actualmente se desempeña como Coordinador de Asuntos Legales de la División de Asuntos Legales y Administrativos de la Procuraduría del estado Bolivariano de Miranda y es profesor de Derecho Administrativo III (Derecho Contencioso Administrativo y Procesal Constitucional) en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo persigue realizar un análisis crítico de las bases dogmáticas y normativo-constitucionales, con énfasis en la vigente la Constitución venezolana, de una serie de normas que emanan de organismos consagrados en leyes. Hablamos de las normas dictadas por las Administraciones Independientes, y cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada con fuerza hasta ahora entre nosotros.

Las Administraciones Independientes son órganos de la Administración Pública que se caracterizan, entre otras cosas, por ser creados por normas de rango legal, no estar expresamente contemplados en la Constitución, y ejercer potestades de disciplina, de dirección, de control y de dictar normas sobre un sector determinado y específico de la economía, que requiere de una regulación más intensa, y hasta dinámica, por cuanto el mercado ha probado ser insuficiente para propender encauzar una auto regulación que proteja efectivamente al interés general.

En las siguientes páginas pretendemos realizar un análisis dogmático de la potestad reglamentaria, del surgimiento de las Administraciones Independientes y el impacto que su creación tiene sobre la Teoría de la Separación de Poderes, con especial referencia a la intensidad con la cual ejercen una potestad normativa atribuida por Ley.

Luego de ello, procederemos a analizar la Constitución y las leyes de la República para determinar si organismos como ellos pueden detentar potestad normativa y proponer, brevemente, una respuesta conforme a la Constitución al problema planteado.

II. NOTAS SOBRE LA POTESTAD NORMATIVA Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

A. El Estado Liberal de Derecho y su transición al Estado Social de Derecho

Con la Revolución Francesa, a finales del siglo XVIII, el pensamiento de Montesquieu obtiene consagración constitucional por primera vez y comienza a fungir como guía para el desarrollo jurídico político de los Estados, en especial en los Estados Unidos de América y en Francia.

Quedando consagrada la separación de poderes, vale decir, de funciones, puede distinguirse un Poder Legislativo, que en ese momento histórico predomina sobre los otros y que ordena lo que se va a hacer legítimamente por ser depositario de la voluntad general; un Poder Ejecutivo, subordinado al anterior y encargado de hacer cumplir la ley, es decir, de hacer cumplir la voluntad general; y un Poder Judicial, el cual, para Montesquieu, es “sólo la boca que pronuncia las palabras de la Ley y es de cierto modo nulo”. Tómese la salvedad de que Montesquieu piensa en jueces legos, dado que los jueces letrados de su época se habían comportado servilmente frente a los deseos del Monarca¹

Buena parte de los cambios introducidos por la reorganización de los Estados producto de la recepción de la doctrina de la Revolución francesa, implicó la supresión de las potestades públicas que desarrollaban fundamentalmente la Iglesia y las corporaciones gremiales, trayendo como consecuencia la concentración de todas ellas en manos del Estado, de manera única y exclusiva. En consecuencia, el único centro de producción normativa, al menos en el primer instante, fue el Parlamento, sometiendo a toda persona, pública o privada, dentro de su territorio a la voluntad general que representa.

Hasta este momento, la separación de los poderes se ha realizado en tres ramas, que en cierto modo son dos, pues si bien el Legislativo dicta las normas, el Ejecutivo las cumple y hace cumplir, el Poder Judicial, debería limitarse únicamente a ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, sin que realmente interactúe con los demás poderes del Estado, bien sea con *faculté d'empêcher* o *faculté d' statuer*².

La Administración surge como un conglomerado de potestades, que alguna vez pertenecieron a diferentes colectividades, pero que ahora han sido absorbidas por el Estado. En consecuencia, éste se ve obligado a desarrollar una amplia burocracia para cumplir con sus nuevos fines y tareas.

1 García Pelayo, Manuel. “Algunos temas de Derecho Constitucional Contemporáneo” en *Revista de la Facultad Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, N° 23, Caracas, 1976-1977, p. 291.

2 Facultad de ordenar, facultad de controlar.

Siguiendo a García Pelayo³, decimos que:

Los poderes legislativos y ejecutivo son fundamentalmente poderes activos y ordenadores; el poder judicial es fundamentalmente un poder custodio del derecho no sólo en su aspecto formal, sino también en el material. Hemos dicho fundamentalmente, pues tanto los poderes legislativo como judicial ejercen funciones de control, a la vez que el judicial ejerce una acción ordenadora respecto a las partes.

Destacamos que en el sistema continental, los jueces letrados predominaron y, en vez de mantenerse “nulos”, meramente recitando la Ley, fueron más allá, evolucionando hasta convertirse en verdaderos guardianes del orden jurídico e, inclusive, creadores ya no sólo de Derecho aplicado al caso concreto sino de precedente judicial vinculante.

Asistimos a la plenitud del Estado legislativo, durante el cual:

- a. El Estado se limitaba a garantizar las condiciones para el desarrollo de la sociedad, sin realmente intervenir en ella. Sólo propugnaba un marco en el cual la sociedad se desarrollara, como un sistema auto-regulado.
- b. La limitación del obrar del Estado viene de la mano de los intereses de la clase política dominante, la burguesía, que requiere de un espacio libre para su despliegue histórico y la exclusión de imprevistos. Surge así la reserva legal, que implica que el poder ejecutivo debe moverse dentro de los límites de la ley y que protege a la misma en sus derechos de libertad y propiedad.
- c. Se instaura el predominio de las leyes sobre los hombres, gracias al cual la legalidad pasa a ser sinónimo de legitimidad y todos están sometidos a un cosmos de normas abstractas, que proveen las únicas soluciones aceptables en Derecho.
- d. La ley es vista como la expresión de la razón, no de la voluntad, que sale a luz gracias al proceso dialéctico del debate.
- e. Bajo todo este marco y gracias a una baja carga de trabajo y a legisladores capacitados, el Parlamento puede cumplir sin mayores problemas con sus cometidos y la Ley logra asumir un papel preponderante en el Universo normativo.

3 García Pelayo, Manuel. Obra citada, p. 291.

La noción clásica de la tripartición de poderes va sufriendo, en la práctica, modificaciones provocadas por la entrada de nuevos actores entre la sociedad y el Estado: los partidos políticos. Asimismo, sufre la desaparición paulatina de los actores que constituían el sustrato sociológico de la teoría de Montesquieu: el Rey (Poder Ejecutivo); la nobleza (Cámara Alta) y el tercer estado, o su parte más culta, la burguesía (Cámara Baja).

Ahora, cuando el mismo partido controla tanto el Gobierno (Poder Ejecutivo) como el Parlamento (Poder Legislativo), funcionan de manera unificada y coordinada. Ya no a otro poder del Estado como contrapeso directo, sino a los partidos de oposición, que usualmente tienen representación, al menos, en el Parlamento (en tanto y en cuanto exista la democracia). Al margen, se coloca el Poder Judicial, como guardián del Derecho. Ninguna de las precedentes consideraciones implica la desaparición formal de alguno de los órganos del Poder Público o de sus funciones.

Luego de la Primera Guerra Mundial, y muy especialmente debido a la Gran Depresión de 1929, se planteó la necesidad de intervenir con mayor intensidad en las actividades de los particulares. A ello hay que sumar la creciente percepción de las Asambleas como órganos que incapaces de proveer la flexibilidad, el dinamismo y la capacidad técnica necesarios para hacer frente a las cambiantes y complejas situaciones socioeconómicas.

El no actuar al respecto fue visto como el motivo fundamental de severas crisis económicas. Afrontar estas situaciones ya no sólo implicaba intervenir mediante normas generales y abstractas, sino de normas mucho más concretas e, incluso, de la imposición de obligaciones específicas de dar, hacer o no hacer a particulares. La diversidad de las situaciones en las que el Estado debía intervenir deja en evidencia que los órganos legislativos no estaban capacitados técnicamente para dictar con eficiencia las normas que las situaciones exigían.

En ese marco, el centro de la acción estatal se desplaza al Gobierno y sus equipos tecnocráticos. La lucha de clases impulsada por los sectores marxistas crea la percepción de que la sociedad se autorregule gracias a una orden genérica, sino que comienza a requerir de órdenes específicas y diseñadas bajo parámetros técnicos. En consecuencia:

- a. El Estado comienza a actuar como regulador socio económico, lo cual incluye, entre otros, incentivos, subsidios, estatizaciones de industrias, políticas anticíclicas, entre otros.
- b. El acceso a los cargos públicos de personas provenientes de los estratos obreros y medios impulsa al Estado a que imponga restricciones a la libertad económica, para proteger a los menos favorecidos.
- c. El Estado se convierte en el gestor de la procura existencial pues es sólo él quien puede construir viviendas a precios asequibles, construir sistemas de salud pública, entre otros. Se convierte en un Estado de prestaciones, productor de servicios para la satisfacción de necesidades. No un Estado que se limita a dar leyes.
- d. El vértice de la legitimidad se traslada de la legalidad a la eficacia en la gestión. Ello derivado de que el Estado se ha convertido en un proveedor de servicios esenciales y no en un otorgador de leyes, vale decir, de un orden social.
- e. El Parlamento deja de ser un foro para el debate abierto y buscador de la razón para convertirse en el lugar donde se ventilan las diatribas políticas y pugnan intereses de la sociedad. Por lo tanto, se hace menos eficaz para lograr sus objetivos, aunado al hecho de que muchos de sus legisladores ya no cuentan con la capacitación de épocas pasadas.

Ese marco impuso la necesidad de transferir ciertas competencias legislativas al Poder Ejecutivo, no atado tradicionalmente a las amarras del largo proceso de deliberaciones. Así, algunas constituciones de la segunda posguerra comienzan a dotar al Ejecutivo de potestades normativas extraordinarias (dictar decretos leyes). En paralelo, se desarrolla un movimiento destinado a imprimirle la calidad técnica-científica necesaria para hacer frente a situaciones específicas que, mediante el conocimiento de una persona corriente y sólo sobre la base de la justicia y la equidad, eran imposibles de regular. En este marco de transformaciones surgen las Administraciones Independientes.

B. Las Administraciones Independientes

1. Origen Histórico

Para ello promover el bienestar general, en los Estados Unidos, coincidiendo sociológicamente con los grupos empresariales concentrados

por rama de industria, surgen las *independent administrative agencies*, en castellano, las “administraciones independientes”, que aunque formando parte del Poder Ejecutivo, pueden dictar normas para un sector muy específico de la Economía.

En aquella oportunidad, el Congreso de los Estados Unidos creó una serie de órganos independientes de la Administración Pública, pero, a diferencia de los demás, se les dotó de una potestad normativa sumamente amplia. Según Mónaco⁴; estos se desarrollaron en tres grandes etapas: la etapa previa al New Deal (período del presidente Franklin D. Roosevelt); la etapa del New Deal y la etapa posterior al New Deal.

Antes del New Deal predominaba la doctrina del Estado Liberal abstencionista absoluto, que propugnaba que el Estado sólo debía dedicarse a la prestación de una gama reducida de servicios, entre ellos, seguridad y correo. Durante ese período, de la mayoría de los conflictos que hoy en día resuelven las Administraciones Independientes y el Gobierno Federal estadounidense, estaban encargados los tribunales de justicia y, en algunos casos, por mera costumbre, se ventilaban en el seno de los partidos políticos.

Fue en la oportunidad de resolver problemas derivados de la construcción de vías férreas interestatales, para cuya regulación carecían de competencia tanto los Gobiernos de los estados como el Gobierno Federal, que el Congreso de los Estados Unidos, mediante Ley formal (en inglés, *Act or Enacted Law*) creó la primera de las Administraciones Independientes: la Comisión de Comercio Interestatal (Interstate Commerce Commission, ICC), con el fin de planificar el desarrollo de la importante industria ferroviaria.

Esta nueva y poderosa Administración encontró oposición en muchos grupos de poder, quienes reclamaron la necesidad de mantener el naciente órgano tan libre de presiones políticas como se pudiera para garantizar que sus decisiones se ajustaren a parámetros técnicos.

4 Mónaco Gómez, Miguel J. “Las Administraciones Independientes en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos de América y su potestad normativa” en *VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”: El Principio de la Legalidad y el Ordenamiento Jurídico Administrativo de la Libertad Económica (2005)*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, Tomo II, p. 194.

Durante la época del New Deal, donde, entre otras cosas, la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó la constitucionalidad de la intervención del Estado en la economía, el Estado intensificó el uso de sus poderes regulatorios. Su motor principal fue la fuerte crisis económica de 1929, que el mercado fue incapaz de afrontar sólo.

Jurisprudencialmente, en el caso *Humphrey's Executor v. United States*, se limitó la potestad del Presidente de remover a los máximos jefes de las Administraciones Independientes cuando ellos desempeñaren funciones “cuasi-legislativas” o “cuasi-judiciales”. Ello implicó un fuerte espaldarazo a los nacientes órganos, los cuales intensificaron sus poderes respecto a la economía, aunque su actuación fue debidamente limitada a través de la Administrative Procedure Act (APA) o Ley de Procedimientos Administrativos (1946), aún vigente con varias reformas.

Luego del New Deal, y hasta los años sesenta, el Congreso de los Estados Unidos realizó nuevos intentos de limitar la actividad de las Administraciones Independientes, a la vez, en una aparente contradicción, creó nuevas Administraciones del mismo tipo para tutelar los diversos intereses colectivos, tales como la salud pública, condiciones de trabajo y la conservación del ambiente.

Sin embargo, es también durante este período que dichos organismos son acusados de estar infiltrados por aquellos a quienes debe regular, al punto de que ciertas compañías lograban “colocar” a muchos de sus “ex-empleados” en cargos directivos en las administraciones independientes”.

Durante los últimos treinta años, se ha dado un proceso de restricción de las facultades de las administraciones independientes. Inclusive, algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos han reconocido las facultades del Presidente de vigilar la actuación de las Administraciones Independientes, lo cual anteriormente le estaba vedado.

En el sistema continental, según Araujo⁵, la expresión *autorité administrative indépendante* fue utilizada por primera vez por el legislador en la Ley de Informática y Libertades de 6 de enero de 1978. El calificativo recaía sobre la Comisión Nacional de Informática y Libertades.

5 Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo: Parte General* (2007), Primera Edición, Ediciones Paredes, Caracas, p. 317.

2. Noción y caracteres

Las autoridades administrativas independientes, para Araujo, “son organismos creados en el seno de la Administración Pública para ejercer una función de autoridad, y dotados de una organización específica que asegure su independencia en el ejercicio de aquella⁶”.

Entre las características ideales de toda autoridad regulatoria, se incluyen las siguientes:

- Estar investida de *Poder Público*, para poder tomar las medidas necesarias para *regular* (este punto será tratado con más detalle infra) y controlar; debe ser autónoma para poder lograr los objetivos perseguidos, manteniéndose libres de presiones políticas e, inclusive, de las presiones provenientes de aquellos grupos a los que pretende controlar;
- Ser *transparente* tanto en el manejo de su información como en los procedimientos de generación de normas favoreciendo las consultas públicas con los diferentes sectores de la sociedad;
- Ser *imparcial*, como debe ser todo órgano del Estado,
- Ser *especializada*, pues es su razón de ser es la de vigilar determinado sector de la economía. Ese conocimiento especial, que debe traducirse en una comprensión integral del funcionamiento de la economía. Ese conocimiento especial es el que le permite dictar regulaciones que cumplan los objetivos deseados y posteriormente adaptarlas a las realidades que vive el sector. Cabe destacar que ello impone hacerse de recurso humano altamente calificado.
- Debe tener una *competencia clara* y definida sobre un sector determinado de la economía.
- Autonomía financiera y gerencial.

Por ello, dependiendo del grado de autonomía de las que requiera ser dotada, las Administraciones Independientes reciben del legislador la forma de servicios “desconcentrados”, antes llamados servicios autónomos) (véase artículo 93 de la Ley Orgánica de la Administración Pública) o de institutos “públicos”, antes llamados autónomos⁷.

6 Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo: Parte General* (2007). Obra citada, p. 318.

7 Véase artículo 96 del Decreto con Rango, Fuerza y Valor de Ley Orgánica de la Administración Pública (2008).

Ejemplos de Administraciones Independientes entre nosotros: Superintendencia de Seguros, Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, Ente Nacional del Gas. También hay algunos órganos que, aunque tratan de llamarse entes reguladores, como el Ministerio del Poder Popular para el Turismo que no cumple ninguno de los requisitos precitados.

3. *Modos de intervención en la economía*

Según Ayala⁸, quien sigue una formulación de Zanobini, el Estado puede intervenir en la economía a través de cualquiera de sus tres poderes-funciones: a través del Poder Legislativo, mediante leyes que restrinjan los derechos subjetivos; a través del Poder Ejecutivo, mediante decretos con rango, fuerza y valor de Ley y Reglamentos; y el Poder Judicial interpretando y determinando el sentido de las normas dictadas por esos poderes.

Agregamos nosotros que la Administración también puede ejercer potestades de dirección, control y disciplina sobre los particulares, especialmente sobre los actores del proceso económico. Mediante ley, el Estado puede imponer deberes y cargas administrativas más intensas en razón de las actividades que realizan (artículo 302 de la Constitución), las cuales se concretan en actos administrativos mandatorios y sancionatorios, así como en inspecciones y experticias administrativas.

Típicamente, observamos que las Administraciones Independientes reciben mediante Ley potestades tanto ejecutivas (controlar, dictar órdenes, imponer conductas), jurisdiccionales o, utilizando un término de la doctora Hildegard Rondón de Sansó “cuasi-jurisdiccionales” y, finalmente, normativas.

Observamos que, típicamente, las Administraciones Independientes, al menos en Venezuela, desempeñan las tres funciones del Estado.

8 Véase Ayala Corao, Carlos. “La Intervención Legislativa del Estado en la Economía”, en *Revista de la Facultad Derecho* de la Universidad Católica Andrés Bello, p. 156 (num) año, ciudad?

Sin entrar a dilucidar teorías como la de la convergencia de poderes⁹ y la teoría absolutista de las funciones, o la colaboración entre poderes justifican la existencia de organismos con estas características funcionales; nos concentraremos en si es posible, o no, atribuir la potestad de dictar normas (potestad reglamentaria) a estos entes u órganos establecidos por *Ley*.

III. LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN VENEZUELA

Antes de proseguir queremos destacar que a efectos de este trabajo, utilizaremos la expresión “potestad reglamentaria” para identificar la facultad que bien la Ley o la Constitución atribuyen a un órgano o ente del Estado para dictar normas generales y abstractas de rango, fuerza y valor inferiores a la Ley.

Entendemos por Ley, la norma o cuerpo de normas generales y abstractas dictadas por la Asamblea Nacional (o los demás órganos legislativos) actuando como cuerpo legislador y siguiendo las solemnidades pautadas para ello.

1. Orígenes del Reglamento

Según Santamaría Pastor¹⁰, lo que hoy consideramos potestad reglamentaria es el resultado de tensiones y conflictos primero, entre los diversos monarcas europeos y quienes intentaban disputarle algo de su poder; y luego, entre el Rey y el Parlamento.

Durante la Baja Edad Media la elaboración de los reglamentos correspondió al Monarca, de modo exclusivo, o bien con el limitado concurso de ciertas asambleas propias de la época. Ya para el siglo XIII, cuando el Derecho comienza a ser creado de manera sistemática y conciente, ciertos colectivos sociales comienzan a presionar para obtener un lugar en el proceso de creación de las normas, obteniendo un compromiso del Rey de no dictar nuevas normas sin su consentimiento. La historia muestra el poco respeto que el acuerdo obtuvo.

9 Vélez García, Jorge. *Los Dos Sistemas de Derecho Administrativo. Ensayo de Derecho Público Comparado*, Segunda Edición, 1996, Institución Universitaria Regio Arboleda, Santafé de Bogotá, p. 194.

10 Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo (2004)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, Volumen I, p. 307.

En algunos países europeos, las asambleas estamentales no lograron las conquistas propuestas frente al poder de los monarcas, por lo que los segundos asumieron la totalidad de la producción normativa, aunque la distinción formal entre un tipo de norma y otro, e inclusive el procedimiento para su elaboración, se conserva.

Sin embargo, en Inglaterra, con el *Bill of Rights* de 1689, se consagró la supremacía de las normas parlamentarias sobre las normas emanadas del monarca.

Con el advenimiento del Estado Liberal, se planteó invertir el polo de generación normativa, que pasara del todo al Poder Legislativo privando al Monarca del mismo. La solución en la práctica fue transaccional, pues se mantuvo la superioridad de las normas del Parlamento sin que las normas regias dejaren de existir, pero degradadas en su calidad y poder.

2. Incursión del Reglamento en Venezuela

En Venezuela, en la Constitución de 1893 cuando se consagra, en favor del Presidente, un poder reglamentario, aunque bastante restringido y necesitado de habilitación general. Así, el artículo 76 del mencionado texto fundamental, preceptuaba:

“Son atribuciones del Presidente de la Unión:

Omissis: “Expedir los decretos o reglamentos necesarios para la mejor ejecución de las leyes, siempre y cuando la Ley lo establezca en su texto, cuidando de no alterar el espíritu y la razón de la Ley.

En la Constitución de 1961, artículo 190, numeral 10, se le concede al Presidente un poder reglamentario general, idéntico al consagrado en la vigente Constitución, en su artículo 236, numeral 10. En ambos dispositivos, el Presidente de la República, puede, sin necesidad de habilitación legislativa previa, reglamentar las leyes, con los límites de no alterar su “espíritu, propósito y razón”.

En la mayoritaria doctrina venezolana, “los reglamentos son, en efecto, declaraciones escritas unilaterales, emanadas de autoridades administrativas, creadoras de reglas de Derecho, de aplicación general, de rango inferior a las leyes¹¹”.

11 Véase Lares Martínez, Eloy (2001). *Manual de Derecho Administrativo* (Décima Segunda Edición). Universidad Central de Venezuela, Caracas, p. 77.

La mayoría de los tratadistas venezolanos, considera que los reglamentos son “actos administrativos de efectos generales”. En tal sentido, apunta Moles Caubet¹² que los reglamentos son actos administrativos de efectos generales, clasificación que ha sido seguida por la mayoría de la doctrina venezolana, he incluso recogida en la legislación y la jurisprudencia. Por ejemplo, Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia contempla, que el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, será competente para anular los actos administrativos generales o particulares contrarios a derecho.

En Venezuela, uno de los pocos disidentes en la materia es José Peña Solís¹³, quien, luego de una interpretación del artículo 259 y 266, numeral 5 de la Constitución de 1999, considera que la tesis de García De Enterría y Fernández, antes expuesta, es aplicable en el Ordenamiento Jurídico venezolano actual, postura a la cual nos adherimos.

Adentrándonos un poco más en la tesis, afirmamos que:

- En primer lugar, siguiendo a García De Enterría y Fernández¹⁴, la diferencia entre reglamento y acto administrativo consiste, principalmente, en que los primeros crean parte del ordenamiento jurídico, vale decir, innovan en el ordenamiento jurídico creando nuevas situaciones jurídicamente relevantes; mientras que el acto administrativo es un simple acto de aplicación de la norma a un supuesto previsto anteriormente. No es ni una ley, ni un acto administrativo. Es un tercer género.
- En segundo lugar, agregamos, es contrario a las elementales reglas de la lógica que un concepto, ab initio, se desdoble en dos grandes categorías (actos administrativos de efectos generales y de efectos particulares) y que los primeros sean ejecutados por los segundos y sigan perteneciendo a la misma categoría. Vale decir, un concepto no puede tener una doble estructura, que responde a criterios diferentes y seguir siendo de la misma naturaleza.

12 Moles Caubet, Antonio. *La potestad reglamentaria y sus modalidades en Estudios de Derecho Público* (Oswaldo Acosta, compilador) (1997), Universidad Central de Venezuela, Caracas, p. 397.

13 Peña Solís, José. *Manual de Derecho Administrativo* (2004), Cuarta reimpresión de la primera edición., tomo I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, p. 528.

14 García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón (2004) *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Duodécima Edición, Civitas, Madrid, p. 239.

- Por el principio de la formación del Derecho por grados, a medida que se desciende en la escala normativa, el resultado de cada nivel normativo tiene una naturaleza diferente. Primero está la Constitución, luego la Ley, luego el Reglamento y luego el acto administrativo. Colocar a ambos dentro de la misma categoría de normas implicaría que uno no puede desarrollar al otro.

3. Caracteres del Reglamento

Para Peña Solís¹⁵, al hacer una síntesis de las diversas teorías, señala las principales tesis acerca de la esencia de los reglamentos, del modo siguiente: a) generalidad: atribuyéndole su autoría a Santamaría Pastor, considera al reglamento como un acto general destinado a un número indeterminado de sujetos, pertenecientes a una categoría abstracta, mientras que el acto administrativo está dirigido a un número de destinatarios determinados o determinables, constituyendo una categoría concreta; b) abstracción: consiste en la vocación del reglamento de aplicarse infinitamente por contener disposiciones programáticas; c) innovación: la de crear nuevas normas en el ordenamiento jurídico y no limitarse a repetir lo que ya está en la Ley; d) finalidad: la de coadyuvar a la construcción del ordenamiento jurídico.

Respecto a la naturaleza innovadora de los reglamentos en el ordenamiento jurídico, en Venezuela, la jurisprudencia venezolana ha acogido la doctrina antes citada. En sentencia de 14 de marzo de 1988, la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en ponencia del magistrado Luis Henrique Farías Mata indicó que

el texto reglamentario [...] carece de sentido mientras no constituye un desarrollo de la ley que le sirve de base, con arreglo al espíritu, propósito y razón de la misma. Puede –y debe– el reglamento, estima la Corte, desarrollar mediante disposiciones acordes con esta, mientras con contradiga su texto y su intención. Incluso, puede dictar normas contentivas de requisitos no previstos en ella, pero sin establecer sanciones ni limitaciones a los derechos y garantías consagrados en la Constitución y en el propio ordenamiento legal que desenvuelva.

De la transcripción jurisprudencial que antecede, queremos destacar que aunque permite que el Reglamento diga algo diferente de lo que

15 Peña Solís, José. *op. cit.*

dice la ley, se encuentra completamente subordinado a esta, al punto de que en modo alguno puede contradecirla ni decir lo que sólo ella debería decir.

4. Límites a la potestad reglamentaria. La Reserva Legal

En primer lugar, observamos que en Venezuela no existe, de modo análogo al francés, una reserva de áreas a ser reguladas por el reglamento sino, por el contrario, el Presidente de la República sólo puede reglamentar las leyes, sin alterar su “espíritu, propósito y razón”, según el artículo 236, numeral 10 de la Constitución vigente. Advertimos entonces que, en nuestra opinión, la mencionada norma elimina toda posibilidad de que exista un reglamento diferente de aquel que: a) no esté subordinado a la ley y b) contraríe el espíritu, propósito y razón de la misma, lo cual proscribire los llamados reglamentos autónomos.

En nuestro país, espíritu, propósito y razón de la ley se refieren al contenido de las normas y a la voluntad e intención del legislador al establecerlas que, vista la fuerza de la ley, solamente pueden ser eliminadas por un acto jurídico de igual fuerza.

En segundo lugar, en Venezuela sí existe una reserva a la ley formal (aquella que emana de los cuerpos legislativos Nacional, Estadal y Municipal, luego de un debate parlamentario), como herencia del constitucionalismo europeo y la doctrina liberal del Estado bajo cuyos influjos se declaró la Independencia de la República en 1811. En la Constitución vigente no existe una norma que agrupe sistemáticamente las materias de reserva legal, pero la mayor cantidad de materias se encuentran en el artículo 152, numeral 32, que es del tenor siguiente:

Es de la competencia del Poder Público Nacional: (Omissis) 32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de

loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional.

Asimismo, en nuestra Carta Magna, existen otras normas que complementan el contenido de la reserva legal, contenidas en los artículos 14 (territorios que decidan anexarse a Venezuela), 18 (régimen de la ciudad de Caracas), 53 (asociación con fines lícitos y pacíficos), 68 (derecho a manifestaciones sin armas de fuego, con fines pacíficos), 104 (régimen de la carrera docente), 200 (inmunidad parlamentaria), 205 (sanción de proyectos de ley presentados por iniciativa popular), 332 (seguridad ciudadana), 247 (organización de la Procuraduría General de la República), 262 (organización y funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia), 273 (organización de los órganos del Poder Ciudadano), 292 (organización de los órganos del Poder Electoral), 302 (actividad petrolera y otras actividades estratégicas) y 313 (crédito público y presupuesto)¹⁶.

5. La delegación legislativa

Vista la función que la doctrina constitucional asigna al reglamento, podemos observar que surge la duda de hasta dónde esta norma sub-legal, dada la dinámica cambiante de los tiempos en que vivimos, auxiliar a la Ley en la conformación del Orden Jurídico, derivando en una ampliación, no tradicional, de la potestad reglamentaria.

Hay quienes explican la ampliación de la potestad reglamentaria en la figura de la delegación legislativa, derivada de la misma remisión de la Ley. García De Enterría¹⁷ distingue en tres tipos de posible delegación legislativa, a saber: Delegación recepticia, remisión o delegación formal y deslegalización.

Los tres tipos de delegación requieren, al menos, una norma que habilite al delegante a dictar un acto que faculte al delegatario a legislar.

La *delegación recepticia* presupone, tratando de sintetizar el tratamiento detallado que el profesor español hace de la institución, que la

16 Peña Solís, José. *op. cit.*

17 García De Enterría, Eduardo. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Tercera Edición, Editorial Civitas, Madrid, p.178

norma delegante (o reenviante) se apropia del contenido de la reenviada. El desarrollo de la delegación recepticia agota definitivamente esta. Tiene su principal aplicación en cierta competencia que la Ley Orgánica del Estado de España atribuye al Ejecutivo para compilar y estructurar los textos refundidos de una ley del Reino. Cabe destacar que el texto refundido es tomado como si se tratara de un acto completamente emanado de las Cortes, como si nunca hubiera sufrido el proceso de compilación. Entre nosotros, no es un asunto tan siquiera discutido por la doctrina, al punto que quien escribe ha oído poco, o ningún comentario acerca de la materia en las aulas de clases.

La *delegación formal*, o no recepticia, también llamada *remisión*, es mucho más importante para nuestro estudio que la anterior. Este tipo de delegación, implica una mera remisión de la ley hacia el reglamento, a una norma cuya elaboración será a posteriori de la promulgación de la ley. Dicha norma será producida por la Administración a título propio, sin que pueda reputarse como emanada del órgano legislativo. No se da en modo alguno un enlace entre la norma delegante y la delegataria, más allá del que deriva de la sola remisión.

Ambas conservan su plena identidad y autonomía, sujetas ambas a sus correspondientes controles jurisdiccionales. A diferencia del caso de la delegación recepticia, la remisión no se agota al desarrollarse, sino que el órgano a favor del cual se desarrolla la remisión, mantiene la facultad de desarrollarla en tanto y en cuanto la norma delegante se encuentre vigente. Cuenta pues, una posibilidad de sustitución indefinida en la propia norma.

En contrapartida, el legislador puede modificar la ley delegante y eliminar la remisión en cualquier momento.

Estas peculiaridades permite la regulación de ciertas materias a dos planos normativos, lo cual choca frontalmente con otros órdenes jurídicos, como por ejemplo, el civil, donde imperan los códigos cerrados y que se bastan a sí mismos.

El autor español apunta, refiriéndose a su ordenamiento patrio, que este tipo de delegación legislativa puede operar inclusive a favor de órganos inferiores al Gobierno, inclusive, de rango inferior a los ministerios.

En el caso de que las normas remitentes no sean específicas sino genéricas, se plantea el problema de hasta dónde puede reglamentar la Administración y hasta dónde se trata de una abdicación debida de las potestades del legislativo, lo que generaría inconstitucionalidad, por tanto que sólo la Constitución en el ordenamiento jurídico moderno es la llamada a regular la estructura del Estado moderno. Recordemos que la inclusión de normas organizativas del Estado en las constituciones nunca estuvo cuestionada, como sí las cartas de derechos dentro de las mismas.

En el Derecho de los Estados Unidos la tendencia ha sido a resolver este problema con la fijación de estándares (standards) dentro de las propias leyes delegantes, a los fines de que éstas impongan los parámetros bajo los cuales el delegatario debe actuar. Por ejemplo, en materia de fijación de precios, en algún momento histórico, se impuso, mediante la Emergency Prices Control Act (1942), la necesidad de estabilidad económica llevó al Congreso a habilitar a una Administración Independiente a que, según su apreciación discrecional, fijara máximos para los precios de algunas mercancías o, simplemente, fijara el precio único al cual debía ser vendida, tomando como punto de partida el nivel de precios del año 1941 y acompañarla de un *statement of considerations* o declaratoria de motivos¹⁸.

Esto parecería coincidir con lo que en el Derecho español se conoce como leyes de bases. A tal efecto, García De Enterría expresa que:

La existencia de estas bases es de esencia, como ya sabemos, para poder hablar de habilitación legislativa, puesto que sin ellas estaríamos en presencia de una figura sustancialmente diversa, además de radicalmente inconstitucional, la de una Ley de plenos poderes, la de una abdicación del poder legislativo en abstracto a favor de la Administración; por otra parte, tanto para que se produzca el efecto recepticio de la norma nueva por la Ley delegante, como para poder aplicar el mecanismo de determinación per relationem de la voluntad de la Ley, que son lo propio de este tipo de delegación, como sabemos, la fijación de unas bases explícitas aunque genéricas y objeto de ulterior concreción, es también, de esencia¹⁹.

18 Véase Vélez García, Jorge. *Los Dos Sistemas de Derecho Administrativo. Ensayo de Derecho Público Comparado*, Segunda Edición, 1996, Institución Universitaria Regio Arboleda, Santafé de Bogotá, p. 224.

19 Véase García De Enterría, Eduardo. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Tercera Edición, Editorial Civitas, Madrid,

El tercer tipo de delegación que el maestro García De Enterría se refiere es el llamado *deslegalización*.

Cuando una ley formal regula una materia no reservada por la Constitución al Reglamento o a la Ley formal, se produce una congelación del rango comúnmente conocida como “autorreserva de Ley”. La deslegalización opera como *contrarius actus* de esa congelación, no para innovar en el ordenamiento jurídico, sino para, deliberadamente, manipular el rango de la norma de modo tal que pueda ser modificada, en lo sucesivo, por reglamentos.

6. Nuestro parecer

En cuanto a la *delegación formal*, consideramos que su aplicación en Venezuela no es objeto tan siquiera de preocupación doctrinal, pues la compilación de los textos refundidos es realizada por un órgano de la Administración (Imprenta Nacional) sin que sea considerado más allá de un mecánico acto de “recortar y pegar”. En Venezuela, no está atribuido a ningún órgano la sistematización de normas, como en España, donde pueden hacerse compilaciones de normas en materia tributaria, según lo permite el artículo 11 de la Ley Orgánica del Estado.

En lo referente a la *remisión* es perfectamente válida en Venezuela, en tanto y en cuanto sea desarrollada por reglamentos ejecutivos, es decir, que respetando el espíritu, propósito y razón de la ley, amén de los derechos constitucionales de los particulares. Recordemos que

puede –y debe– el reglamento, estima la Corte, desarrollar mediante disposiciones acordes con esta, mientras con contradiga su texto y su intención. Incluso, puede dictar normas contentivas de requisitos no previstos en ella, pero sin establecer sanciones ni limitaciones a los derechos y garantías consagrados en la Constitución y en el propio ordenamiento legal que desenvuelva²⁰.

Una abdicación general de la potestad reglamentaria, sería inaceptable, dado que “...un poder constituido no puede abdicar de su propia posición en beneficio de otro sin que ello deje de suponer un agravio definitivo a la Constitución, que es a quien únicamente compete determinar

20 Véase Sentencia de 14 de marzo de 1988, la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en ponencia del magistrado Luis Enrique Farías Mata.

la posición respectiva de los poderes. No cabe que el órgano legislativo –o el judicial o el ejecutivo (a este, a lo más, se le permite que distribuya sus funciones dentro de su esfera interior, pero no ad extra)- haga cesión de sus competencias en beneficio de los demás; la cesión sería así una abdicación, nunca permitida entre los órganos públicos porque todas las competencias de que son titulares son funcionales y suponen tanto una posibilidad como un deber de actuar²¹”.

En Venezuela, la figura de la deslegalización sólo es posible en tanto y en cuanto sea aparejada de la remisión. Es decir, sólo puede deslegalizarse si el vacío normativo no afecta derechos fundamentales y si la ley fija los parámetros con precisión, como se dijo en el aparte e de esta sección.

Ya hemos tenido una clara experiencia en la materia cuando, similar en buena medida a lo aquí descrito, en virtud de la aprobación de la vigente Constitución, la organización de la Administración Central Nacional dejó de ser materia de reserva legal para pasar a ser materia reglamentaria, aunque bajo los parámetros de una ley orgánica. En ese supuesto, el constituyente impuso expresamente la regulación a dos niveles.

IV. BASES NORMATIVAS CONSTITUCIONALES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

La Constitución venezolana no contempla un capítulo sistemático e integral respecto a la potestad reglamentaria. Sin embargo, puede distinguirse algunas normas que le atribuyen expresamente potestad reglamentaria a ciertos órganos del Estado. Observamos que son tres los órganos que la detentan: el Presidente de la República, el Consejo Nacional Electoral y la Fuerza Armada Nacional

Para analizar lo atribuido al Presidente, es pertinente la transcripción de dos numerales del artículo 236 de la Constitución, a saber:

Artículo 236: Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República:
(Omissis)
10. Reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu,

21 García De Enterría, Eduardo. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, obra citada, p. 220.

propósito y razón

(Omissis)

20. Fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica.

Observamos que la expresión del numeral 10 se refiere a los reglamentos ejecutivos, sobre los cuales hemos tratado supra.

Ahora, respecto al caso de la organización, ya hemos tratado supra lo que implica en materia de reserva de reglamento y deslegalización.

Específicamente, *en materia de leyes relativas a procesos electorales*, la Constitución dispone: “Artículo 293: El Poder Electoral tiene por funciones: Reglamentar las leyes electorales y resolver las dudas y vacíos que estas susciten o contengan”.

En este caso se observa una potestad reglamentaria muy especial, que incluso veta la del Presidente por especial, contra la de aquél, que es general. Aceptar lo contrario, implicaría admitir una duplicidad de funciones en materia reglamentaria que la Teoría de la Organización Administrativa no tolera y, a todas luces, inconveniente para el funcionamiento general del Estado.

En cuanto a la Fuerza Armada Nacional, posiblemente respondiendo a criterios técnicos (partiendo del carácter no militar del Presidente de la República), establece lo siguiente:

Sólo el Estado puede poseer y usar armas de guerra. Todas las que existan, se fabriquen o se introduzcan en el país pasarán a ser propiedad de la República sin indemnización ni proceso. *La Fuerza Armada Nacional será la institución competente para reglamentar y controlar, de acuerdo con la ley respectiva, la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, tránsito, registro, control, inspección, comercio, posesión y uso de otras armas, municiones y explosivos.* (Destacado nuestro).

En sentido análogo a lo expresado en cuanto al Consejo Nacional Electoral, debemos concluir que en esta materia, en principio, está vedada la competencia al Presidente de la República.

Ahora, cabe la duda de si el carácter de Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional implica, de modo indirecto, que sea el propio Presidente quien dicte los reglamentos en materia de armas y explosivos. Consideramos que debe ser la jurisprudencia quien resuelva el asunto.

V. ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES CON POTESTAD REGLAMENTARIA

1. Nuestra visión comprensiva del problema

El largo excursus de este trabajo traza un derrotero muy claro en el sentido de que el lector puede, desde ya anticipar una conclusión.

Destacamos que la existencia de Administraciones Independientes, como organismos técnicos, integrantes de la Administración Pública, dotados de poder público para regular una rama de la economía, son deseables y hasta necesarios en los tiempos de precisiones económicas que vivimos. Ello obedece a las transformaciones socio-económicas experimentadas por el mundo occidental en los doscientos años posteriores a la Revolución Francesa que anteponen los conocimientos de la técnica a las tradicionales formas de equidad que presidían la construcción normativa de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX.

Sin embargo, dentro del proceso acelerado de cambios constantes que el mundo vive, sin que ello se entienda como una alusión al peculiar momento que vive Venezuela, no puede ser aceptable la relajación de principios fundamentales del Derecho Público, como lo es el principio de la separación de los poderes (recogido por la Constitución venezolana en su artículo 136), el principio de la legalidad general de la actuación del Estado (artículo 137) y de la legalidad administrativa (artículo 141).

Por lo tanto, consideramos inaceptable pretender atribuir potestad reglamentaria mediante ley a órganos o entes del Estado que no la recibieron del constituyente. Ello equivaldría a modificar la Constitución sin transitar los procedimientos de mayorías agravadas contemplados en el Título IX de nuestro Texto Fundamental.

También consideramos inaceptable pensar que en Venezuela la Administración Pública goza de un poder reglamentario general. Aceptamos, sin embargo, la posibilidad de dictar reglamentos, inclusive autó-

nomos, en materia de organización interna porque, no estando en juego derechos constitucionales, un órgano de la Administración, si estuviere dotado de autonomía funcional, debería al menos poder organizarse internamente.

Otorgar potestad reglamentaria a las Administraciones Independientes, o algún otro órgano o ente de la Administración, sería como crear una rama del Poder Público modificar debidamente, la Constitución. ¿Es aceptable que, mediante ley, se cree un órgano nacional para ejercer las competencias de la Asamblea Nacional en ciertos estados del país? ¿Es aceptable crear funcionarios con las mismas competencias que el Presidente de la República para que las ejerzan en un ámbito territorial reducido? ¿O a caso podemos crear “asambleítas” por rama de la economía para que intervengan en la legislación al estilo de los viejos estamentos medievales? Consideramos que la respuesta a todas esas interrogantes debe ser negativa.

Nos apoyamos en el maestro García De Enterría para decir que

...un poder constituido no puede abdicar de su propia posición en beneficio de otro sin que ello deje de suponer un agravio definitivo a la Constitución, que es a quien únicamente compete determinar únicamente la posición respectiva de los poderes. No cabe que el órgano legislativo –o el judicial o el ejecutivo (a este, a lo más, se le permite que distribuya sus funciones dentro de su esfera interior, pero no ad extra)- haga cesión de sus competencias en beneficio de los demás; la cesión sería así una abdicación, nunca permitida entre los órganos públicos porque todas las competencias de que son titulares son funcionales y suponen tanto una posibilidad como un deber de actuar²².

Una figura como la de las Administraciones Independientes, con potestad reglamentaria, dígase, cuasi-legislativa (aunque siempre inferior), no puede ser aceptada en el Derecho venezolano, no sólo por la falta de consagración constitucional del poder antes citado, sino porque ni de la Constitución ni de la novísima Ley Orgánica de la Administración Pública se desprende la voluntad de que existiera un ente así.

22 García De Enterría, Eduardo. *Potestad reglamentaria, legislación delegada y control judicial*, Obra citada, página 162.

Apuntamos que ello nos lleva a colocarnos en la acera contraria a la de la Urosa Maggi, para quien:

Puede afirmarse que el ejercicio de *la potestad reglamentaria por parte de la Administración económica debe observar exactamente los mismos principios y límites que el ejercicio de la potestad reglamentaria* en cualquier otro ámbito de la actividad administrativa, ello por dos razones fundamentales: primero, pues *el fundamento jurídico-constitucional de la potestad reglamentaria siempre es el mismo, y no varía en caso de que se trate de regulaciones de contenido económico*; y segundo; pues el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la Administración económica supone normalmente una limitación importante al contenido de un derecho fundamental: la libertad económica y de allí que el reglamento ha de respetar las garantías mínimas del ejercicio de este derecho²³. Destacado nuestro.

Observamos del párrafo transcrito dos cosas importantes: primero, es cierto que el fundamento jurídico constitucional debería ser el mismo sin que el contenido material de la atribución implique desviación o reasignación de competencias en el marco de los derechos constitucionales, pero segundo, por más que se pretenda leer, releer, analizar, interpretar las normas de la Constitución venezolana que se refieren a la materia, no existe una justificación normativa en Venezuela para extender a entes creados mediante ley formal la potestad reglamentaria. La Constitución ha hablado, y ha estatuido cuáles son los órganos con potestad reglamentaria, y sólo esos: el Presidente de la República, el Consejo Nacional Electoral y la Fuerza Armada Nacional.

Considerar que el hecho de tener un órgano atribuida potestad normativa mediante ley lo coloca en la misma posición de aquellos que la tienen atribuida a través de la Constitución, implicaría una interpretación analógica de las normas atributivas de competencia, que en el Derecho Público venezolano está prohibido.

23 Urosa Maggi, Daniela. *La inactividad reglamentaria de la Administración económica* en VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”: El Principio de la Legalidad y el Ordenamiento Jurídico Administrativo de la Libertad Económica (2004), Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, Tomo I, p. 142.

Urosa, al menos en el trabajo consultado, no especifica cuáles son las bases normativo-constitucionales de la potestad reglamentaria al cual alude.

No puede la pretendida eficiencia ser la excusa para desmontar todo el sistema normativo, ni la única fuente de legitimidad. Una interpretación en sentido positivo nos llevaría a la anarquía, reasignando todas las competencias y potestades, alegremente, retrocediendo inclusive hasta estados del Derecho donde la Constitución no era considerada norma jurídica.

2. Propuesta de redimensionamiento de la potestad reglamentaria de las Administraciones Independientes

Vista la flagrante inconstitucionalidad de los reglamentos dictados por sujetos cuya competencia se desprenda de textos diferentes de la Constitución, los cuales ya hemos identificado, no dejamos de reconocer dos hechos importantes: i) la insuficiencia de la legislación para dictar normas concretas y tomar medidas reguladoras de la economía y; ii) la constitucionalidad del uso del reglamento ejecutivo para completar esos vacíos.

Bajo esta perspectiva, consideramos que las diversas Administraciones Independientes deben abstenerse de continuar dictando reglamentos (so pena de nulidad por inconstitucionalidad) en materias de la economía. Sin embargo, nada obsta para que remitan utilicen sus potestades de dirección, control y disciplina.

De igual modo, nada obsta para que los proyectos de reglamentos sean remitidos al el Presidente de la República para que, luego del decurso del procedimiento contemplado en el artículo 59 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, dicte los mismos, en el marco de la Constitución y con la calidad técnica que requiere el momento que vivimos.

VI. REFERENCIAS

- Araujo-Juárez, José. *Derecho Administrativo: Parte General (2007)*, Primera Edición, Ediciones Paredes, Caracas
- Ayala Corao, Carlos. “La Intervención Legislativa del Estado en la Economía”, en *Revista de la Facultad Derecho* de la Universidad Católica Andrés Bello, p. 156
- García Pelayo, Manuel. “Algunos temas de Derecho Constitucional Contemporáneo” en *Revista de la Facultad Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, N° 23, Caracas, 1976-1977, p. 291.
- García De Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón (2004) Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Duodécima Edición, Civitas, Madrid
- García De Enterría, Eduardo. *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Tercera Edición, Editorial Civitas, Madrid
- Lares Martínez, Eloy (2001). *Manual de Derecho Administrativo* (Décima Segunda Edición). Universidad Central de Venezuela, Caracas
- Moles Caubet. Antonio. *La potestad reglamentaria y sus modalidades en Estudios de Derecho Público* (Oswaldo Acosta, compilador) (1997), Universidad Central de Venezuela, Caracas, p. 397
- Mónaco Gómez, Miguel J. “Las Administraciones Independientes en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos de América y su potestad normativa” en VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”: El Principio de la Legalidad y el Ordenamiento Jurídico Administrativo de la Libertad Económica (2005), Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, Tomo II.
- Peña Solís, José. *Manual de Derecho Administrativo* (2004), Cuarta reimpresión de la primera edición., tomo I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas
- Rondón de Sansó, Hildegard. Inclusión del poder popular en la esfera de los poderes públicos (2007) en Anuario de Derecho Público, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, p.137

Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo* (2004), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, Volumen I.

Urosa Maggi, Daniela. La inactividad reglamentaria de la Administración económica en VII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”: El Principio de la Legalidad y el Ordenamiento Jurídico Administrativo de la Libertad Económica (2004), Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, Tomo I.

Vélez García, Jorge. Los Dos Sistemas de Derecho Administrativo. Ensayo de Derecho Público Comparado, Segunda Edición, 1996, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Santafé de Bogotá.

Los Consejos Comunales y la corresponsabilidad en la educación en Venezuela: análisis crítico*

María Elena León Álvarez**

RESUMEN

El presente trabajo busca analizar en forma crítica, la situación de los consejos comunales, de "rol pedagógico liberador", como co-responsables de la educación en Venezuela; ya desde la óptica del texto legislativo que cronológicamente le sirvió de base a la Ley Orgánica de Educación del 2009, como desde la perspectiva de la reforma de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales del mismo año. Se concluye en que de acuerdo a la segunda, si la actuación de los consejos comunales debe estar orientada hacia el cumplimiento del Proyecto Nacional Simón Bolívar, por medio del Plan Comunitario de Desarrollo Integral, es aún mayor la imposibilidad de incluirlos, junto con las familias, y bajo la perspectiva de la "sociedad", dentro del proceso de educación ciudadana, a tenor del artículo 102 de la Constitución nacional.

Palabras clave: Consejos comunales, Educación, Ley Orgánica, Participación popular

ABSTRACT

Independent authorities, regulatory power, regulatory authority, this paper analyzes the Regulation. Critically, the status of the community councils of "liberating pedagogical role, as co-responsible for education in Venezuela, and from the standpoint of legislative text chronologically it was the basis of the Education Act 2009, and from the perspective of the reform of the Organic Law of Communal Councils of the same year. We conclude that according to the second, whether the action of the community councils should be geared towards meeting the Simón Bolívar National Project, through the Integrated Community Development Plan, is even more impossible to include them, along with families, and from the perspective of "society" within the process of civic education, under Article 102 of the Constitution.

Keywords: Communal Councils, Education, Organic Law, Popular Participation

* Trabajo presentado en las II Jornadas de Investigación y Postgrado de la División de Estudios para Graduados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia con la Co-Organización de la Universidad Católica Andrés Bello y la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional. Colegio de Abogados del Estado Zulia, 26, 27 y 28 de Octubre de 2009.

** Profesora de Derecho Administrativo Especial e Investigadora adscrita al Instituto de Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia. Vocal Principal de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional.

INTRODUCCIÓN

No son pocos los sub-temas que se desprenden de la presencia de los consejos comunales en el orden jurídico venezolano reciente.

Pero sin duda su relación con el proceso educativo, proveniente de su inclusión protagónica en la Ley Orgánica de Educación del 2009, sobrepasa el ámbito administrativo y hasta de Derecho público.

Como no podía ser de otra manera, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, considera a la educación como un derecho humano y un servicio público; el cual, además de constituir un deber social fundamental, involucra a las familias y a la sociedad, en la “promoción” de la educación ciudadana, de acuerdo con la misma Constitución y la ley.

Asimismo, el texto constitucional, prevé que la ley pueda crear mecanismos abiertos y flexibles para que *los Estados y los Municipios*, transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados, servicios para promover su participación en la ejecución, evaluación y control de programas sociales y servicios públicos en dichas entidades político-territoriales.

Por lo que el camino para la intervención de la sociedad civil en la ejecución, evaluación y control de los programas sociales y el servicio público educación, parecería sobrevivir a la reforma constitucional no aprobada en Diciembre de 2007; que, como se sabe, otorgaba a los consejos comunales rango específico territorial, relacionado con ciudades al margen de la organización municipal.

Sin embargo, llama la atención, la inclusión de los consejos comunales en la Ley Orgánica de Educación, en un momento en que las opiniones no sólo de los adversos, sino aun del propio Gobierno, reconocían sus “debilidades”; y, tomando como antecedente, el que precisamente en la reforma constitucional no aprobada, su inclusión dentro del derecho a la educación, no fuera contemplada.

Por lo que en su primera parte, el presente trabajo se dirigirá a presentar el reconocimiento a las necesidades de cambio, que motivaron la reforma de la Ley de los Consejos Comunales de 2006; aceptando su importancia cronológica para recalcar, la sorprendente atribución a aquellos, de un “rol pedagógico liberador”, aun antes de la promulgación de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales del 2009.

1. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS CONSEJOS COMUNALES

1.1 La ley del 2006

Si una ley ha modificado en lo real, la forma de gobierno en la Venezuela del siglo XXI, es la publicada en la Gaceta Oficial del 10 de Abril de 2006¹.

Como es de recordar, los consejos comunales han sido formalmente concebidos desde el principio, como instancias de participación, articulación e integración, "... en el marco constitucional de la democracia participativa y protagónica",² que permitirían a los ciudadanos y ciudadanas, "... ejercer directamente la gestión de las políticas públicas y proyectos..."³

Por lo que sin duda responden a la categoría de co-gestión; y, más aún, *de Gobierno*, respecto a las políticas públicas y proyectos.

En tal sentido, la Constitución nacional señala, que son principios de la administración pública: la honestidad, la participación, la celeridad, la eficacia, la eficiencia, la transparencia, la rendición de cuentas y la responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con pleno sometimiento a la ley y al derecho,⁴ y la Ley del 2006, que lo son de los consejos comunales: la corresponsabilidad, la cooperación, la solidaridad, la transparencia, la rendición de cuentas, la honestidad, la eficacia, la eficiencia, la responsabilidad social, el control social, la equidad, la justicia y la igualdad social y de género⁵; por lo que la inserción se hace evidente.

En cualquier caso, llama la atención que no exista alguna disposición que delimite el campo de co-gestión.

Y, por el contrario, que el espíritu del legislador, dirija su atención hacia una actuación enmarcada bajo la forma de planes y proyectos.

Ello puede ser observado, por ejemplo, en las normas que se refieren a las atribuciones de la Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas,⁶ acerca de la aprobación del Plan de Desarrollo de la Comunidad, y los proyectos

1 Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 5806.

2 Artículo 2 la Ley de los Consejos Comunales de 2006.

3 Ídem.

4 Artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

5 Artículo 3 de la Ley de los Consejos Comunales de 2006.

6 Más no, las competencias.

presentados al Consejo Comunal; las que rigen su funcionamiento, en el sentido de que el Consejo Ejecutivo: “Debe elaborar *planes de trabajo* para solventar los problemas que la comunidad pueda resolver con sus propios recursos⁷ y evaluar los resultados”;⁸ en las que establecen que el Fondo Nacional de los consejos comunales tiene por objeto, financiar *proyectos* comunitarios, sociales y productivos;⁹ en las que señalan que la Comisión Nacional Presidencial del Poder Popular, debe recabar los diferentes *proyectos* aprobados por los consejos comunales y tramitar los recursos técnicos, financieros y no financieros necesarios para la ejecución, también, de los *proyectos*;¹⁰ *en las que se refieren a las funciones de la contraloría social, el ejercicio del control, fiscalización y vigilancia del proceso de consulta, planificación, desarrollo, ejecución y seguimiento del plan de desarrollo comunitario; y, en las atribuciones en referencia al ejercicio de “... el control, fiscalización y vigilancia del proceso de consulta, planificación, desarrollo, ejecución y seguimiento de los proyectos comunitarios”*¹¹.

Por lo tanto, cualquier actuación co-gestionaria por parte de los consejos comunales, pareciera haber sido otorgada para ser ejecutada, exclusivamente, por medio de planes y proyectos comunitarios, formalmente registrados.

Y, siendo que en derecho público la competencia es expresa, las menciones legislativas, o más bien las atribuciones y funciones, revisten una importancia capital.

7 Se refiere el legislador a los recursos provenientes “de manera directa”, de transferencias de la República, los Estados y los Municipios; los que provengan de las leyes del Fondo Intergubernamental para la Descentralización y la Ley de Asignaciones Económicas Especiales derivadas de Minas e Hidrocarburos; de la administración de los servicios públicos que les sean transferidos por el Estado; los generados por administración propia; las donaciones; y cualquier otro; artículo 25 e*iusdem*.

8 *Ibidem*, artículo 21.

9 *Ibidem*, artículo 29.

10 *Ibidem*, artículo 30.

11 *Ibidem*, artículo 23. Subrayado nuestro.

1.2 Las propuestas de reforma

A la par de las opiniones autorizadas,¹² el propio Gobierno venezolano pareció valorar el texto de 2006, como causa de las debilidades de los consejos comunales.

...los consejos comunales, cuya trayectoria, como manifestación auténtica del Poder Popular, se ha topado en algunos sitios con grupos de poder político y económico que le han impuesto alcabalas, peajes, sometiéndolos a presiones lesivas a su autonomía, independencia y soberanía, por ejemplo con la práctica [...] de exigirles incondicionalidad política como precio del derecho a recibir financiamiento de sus proyectos. La más brutal expresión del secuestro de los consejos comunales del sometimiento de su soberanía por el chantaje de los burócratas que administran el presupuesto público.¹³ (subrayado nuestro)

Por lo que no es de extrañar la dura evaluación que de ellos hizo el proyecto de reforma de la Ley de 2009, según la cual, los consejos comunales tenían, además de su actual “debilitamiento”, como problemas:¹⁴

- Dificultades en la administración de las Asociaciones Cooperativas-Banco Comunal.
- Dualidad en el registro del Consejo Comunal.
- Ausencia de coordinación de las Unidades del Consejo Comunal.
- Papel del ente rector.
- Definición y listado de los Comités de Trabajo.

12 Para Eduviges Morales Villalobos, en la etapa de conformación de los consejos comunales pueden ser identificados como problemas: los excesivos trámites y requisitos formales para su constitución; la elaboración del censo demográfico y socio-económico comunitario; la intervención de militares en las Asambleas Comunales; el registro electoral; y, la personalidad jurídica. En la etapa de funcionamiento: el debilitamiento del nivel municipal y parroquial de gobierno; los recursos financieros y su asignación; el control de los recursos asignados; la inexistencia de un Reglamento de los consejos comunales; la falta de transparencia en la información; y, el modelo impuesto “desde arriba”. Revista Cuestiones Políticas, Volumen 24, Número 40. Maracaibo, Ediciones Astro Data, S.A, 2008, p.p 118-122.

13 William Lara citado por Machado M. Jesús E. Participación Social y Consejos Comunales en Venezuela. Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela. Volumen 15. Caracas, 2009. p.183.

14 Exposición de Motivos de la reforma de la Ley de los Consejos Comunales de 2009.

- Revocatoria y sanciones de los voceros del Consejo Comunal.
- Irrespeto a la autonomía del Consejo Comunal.
- Desarrollo del Ciclo Comunal.
- Gestión administrativa y rendición de cuentas; y la
- Descoordinación en los entes que otorgan los recursos.

Nótese que en cualquier caso, las dificultades a corregir, se dirigían hacia el campo de la administración pública, con énfasis en la gestión de los recursos; y no, en el sentido de lograr una ampliación del rol de los consejos comunales, hacia el ejercicio de derechos humanos como el de la educación.

Téngase también en cuenta, que es éste, y no otro, el escenario sobre el cual se presenta a los consejos comunales, como elemento esencial del proceso educativo en Venezuela.

2. LOS CONSEJOS COMUNALES EN LA LEY ORGÁNICA DE EDUCACIÓN

Efectivamente, en el mismo año, la concepción de tales consejos pareció haberse transformado, y las dificultades y problemas que justificaban una reforma inminente, parecieron haber sido olvidados en el momento de la promulgación del nuevo texto legislativo acerca de la educación.

Así es como la Ley Orgánica respectiva,¹⁵ en el Capítulo II, asimiló el término constitucional “*sociedad*”, presente en el artículo 102, y otorgó en su representación a los consejos comunales, el carácter de co-responsables del proceso educativo; aunque en ejercicio del –llamado– Poder Popular.

Al respecto, existe un reconocimiento casi absoluto en cuanto a que algunos postulados de la reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, han sido finalmente aprobados, a través de algunas reformas legislativas paralelas; y como dato incuestionable, la reelección presidencial.

En función de lo anterior, la inclusión del Poder Popular en el articulado de la Ley Orgánica de Educación obedecería a tal práctica, en los términos que serán ampliados en forma posterior.

15 Gaceta Oficial Extraordinario núm. 5929 del 15 de Agosto.

Sin embargo, llama la atención, que en cuanto a la corresponsabilidad en la educación, se hable más que de derechos relacionados con dicho Poder Popular, de una “obligación”¹⁶.

Asimismo, que el carácter de dichas atribuciones y funciones, dirigidas a ejecutar planes y proyectos *formalmente registrados*, no se compadezca con el ejercicio de “... un rol pedagógico liberador para la formación de una nueva ciudadanía con responsabilidad social”¹⁷.

Aunque tal rol pedagógico se extienda, hacia *la formación, ejecución y control de la gestión educativa*¹⁸.

Por lo que ante el panorama que se presentaba, y aunque no reflejara el proyecto de reforma de la Ley de los Consejos Comunales el sentimiento popular acerca de la manipulación política, la corrupción, y el descontrol social en su administración, estaba claro que el texto del 2006, requería más que nunca, de una reforma urgente, incluso para la misma dirigencia política del País.

Tal y como estaban legalmente concebidos, los consejos comunales tenían por objeto la formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas; y más aún, el de ser co-gestores de las políticas públicas y proyectos, pero no, entre otros proyectos comunitarios, la integración de la comunidad educativa, caso por caso, a los fines de contribuir con la formación, ejecución y control de la gestión educativa, bajo términos de corresponsabilidad.

Ello, en primer lugar, porque los ciudadanos y ciudadanas, integrantes de los consejos, serían auténticos gestores y administradores de los dineros públicos, perdiendo en esencia el carácter de “*sociedad*” a que se refiere el antes nombrado artículo 102 de la Constitución.

Con ello, su intervención en el proceso educativo al lado de las familias, carecería de soporte jurídico en los términos expresados por la Ley Orgánica de Educación.

En segundo lugar, porque se apreciaba poca precisión en el legislador en cuanto al rol pedagógico liberador de los consejos comunales; dado que de acuerdo a su objeto, su actuación se dirigiría más a la for-

16 Artículo 18 de la Ley Orgánica de Educación del 2009.

17 Idem.

18 Ibidem, artículo 19. Subrayado nuestro.

mulación, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas, en este caso educativas.

En tercer lugar, porque como se ha expresado, si bien por definición los consejos comunales permitirían al pueblo organizado, transformado en co-gobierno, ejercer directamente la gestión pública, el espíritu del legislador se dirige a reforzar la actuación hacia proyectos concretos, y no hacia políticas públicas en términos generalmente consideradas.

Incluso, el hecho de que el control social, a lo interno, se refiriera a la administración de recursos tomando en consideración los proyectos registrados, refuerza el planteamiento anterior.

Y, finalmente, porque, como fuera indicado, no puede ser pasado por alto, la inclusión del “Poder Popular”, en el texto legislativo acerca de la Educación.

Como se indicó, su antecedente jurídicamente no reconocido, es la tantas veces nombrada Reforma Constitucional desaprobada en 2007; la cual distribuía territorialmente el Poder Público en Poder Municipal, Estatal, Nacional, y, precisamente, el Poder Popular.

“El pueblo es depositario de la soberanía y la ejerce directamente a través del Poder Popular. Este no nace del sufragio ni de elección alguna, sino de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población”¹⁹.

La importancia de ello reviste en que, de acuerdo al proyectista constitucional, dicho Poder Popular se expresaría a través de los consejos comunales, y otros entes señalados por la ley.

Por lo que extraña que no habiendo tenido el anterior, la aprobación por parte de los ciudadanos y ciudadanas en el referéndum en referencia, se le haya utilizado como soporte jurídico, para la obligación de los “... consejos comunales, los pueblos y comunidades indígenas y demás organizaciones sociales de la comunidad”, de contribuir con la formación de una manera integral.

Incluso debe ser indicado, que en la reforma de la Constitución del 2007, se establecía que los consejos comunales constituirían los órganos ejecutores de las decisiones de las Asambleas de Ciudadanos; no sólo con

19 Proyecto de Reforma Constitucional de 2007.

base a proyectos financiables por el Fondo Nacional del Poder Popular, sino además en funciones como las de Justicia de Paz y la prevención y protección vecinal.

Sin duda esta extensión, estaba relacionada con la intención de subdividir a los municipios en ciudades “... como la unidad primaria de la organización territorial nacional”,²⁰ en las cuales las comunas, integradas por las comunidades, constituirían el núcleo territorial básico e indivisible, en las cuales los ciudadanos y ciudadanas hubieran tenido, “... el poder de construir su propia geografía y su propia historia”²¹.

A partir de la comunidad y la comuna, el Poder Popular desarrollará formas de agregación comunitaria político-territorial, las cuales serán reguladas en la ley nacional y que *constituyan formas de autogobierno y cualquier otra forma de democracia directa*²².

Por todo lo cual, no sólo se establecía como prioritaria la promulgación de una ley que regulara el Poder Popular, y la Ley Orgánica de Educación; si no la de los mismos consejos comunales, con el fin entendido de ajustarse a las anteriores y al nuevo texto constitucional.

De todas ellas, la segunda fue promulgada en el año 2009; colocándose en un espacio constitucional y legislativo, de carácter prematuramente aislado.

3. LA REFORMA DE LA LEY DE LOS CONSEJOS COMUNALES

No sólo en atención a los problemas reconocidos por la propia administración pública, en la realidad, la promulgación del nuevo texto,²³ debe ser detalladamente estudiado.

La transformación a Ley Orgánica, evidencia que lejos de disminuir, la importancia de los consejos comunales ha aumentado al punto de constituir para el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela,

20 Ídem.

21 Ídem.

22 Ídem.

23 Ley Orgánica de los Consejos Comunales. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela núm. 39.335 del 28 de Diciembre de 2009.

en "... la esencia de la democracia participativa. Son un actor político y cada día deben serlo más. Son precursores del socialismo, de un mundo nuevo y mejor." ²⁴

En correspondencia, la Ley Orgánica de 2009, extiende ahora sí, un ámbito de actuación más allá del plano específicamente participativo, para adjudicarles un rol primordial en la construcción "... del nuevo modelo de sociedad socialista";²⁵ "... con el fin de establecer la base sociopolítica del Socialismo que consolide un nuevo modelo político, social, cultural y económico." ²⁶

En este punto debe ser acotado, que sus bases, han sido plasmadas en el Proyecto Nacional Simón Bolívar Primer Plan Socialista -PPS-, Desarrollo Económico y Social de la Nación 2007-2013,²⁷ conocido aún internacionalmente, como Socialismo del Siglo XXI; y que en efecto en la sección denominada De la Suprema Felicidad Social,²⁸ incluye dentro de sus objetivos: "Promover una ética, cultura y educación liberadoras y solidarias." ²⁹

Por lo tanto, en una primera aproximación, toda interpretación se dirigiría a que los consejos comunales son, antes que nada, una parte esencial de dicho Proyecto, con todas las implicaciones que en lo político ello representa.

Y ello es así, porque además, el contenido legal en la nueva Ley Orgánica de los Consejos Comunales, así lo manifiesta en forma expresa.

Así es como la Asamblea de Ciudadanos del consejo comunal, tiene entre sus atribuciones, el aprobar el Plan Comunitario de Desarrollo

24 Hugo Chávez Frías. Diario PANORAMA del día 6 de Diciembre de 2009. Página web www.panodi.com

25 Artículo 2 de la Ley de los Consejos Comunales de 2009.

26 *Ibidem*, artículo 3.

27 De la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela. Página web ww.mpd.gob.ve

28 Las Directrices del Proyecto Nacional Simón Bolívar son: la Nueva Ética Socialista; la Suprema Felicidad Social; la Democracia Protagónica y Revolucionaria; el Modelo productivo Socialista; la Nueva Geopolítica Nacional; Venezuela: Potencia Energética Mundial; y la Nueva Geopolítica Internacional.

29 Objetivo 11.2.4 de la Directriz. La Suprema Felicidad Social, del Proyecto Nacional Simón Bolívar.

Integral de la Comunidad;³⁰ y, el nuevo Colectivo de Coordinación Comunitaria, la función de: “Coordinar la elaboración, ejecución y velación del Plan Comunitario de Desarrollo Integral, articulado con los planes de desarrollo municipal y estatal *de conformidad con las líneas generales del Proyecto Nacional Simón Bolívar*.”³¹

Por lo que cualquier actividad de los comités de trabajo que integran al consejo comunal, debe necesariamente referirse al proyecto del Socialismo del Siglo XXI; no escapándose de ello el tema educativo, que en la reforma del año 2009, sí encuentra su espacio, a través de la presencia de comités de trabajo en materia de educación,³² indígena,³³ o no; y lo que es aún de mayor importancia, en el conferimiento a las Asambleas de Ciudadanos, de la potestad de aprobar los proyectos comunitarios en materia de educación.³⁴

CONCLUSIONES

Por todo lo cual, ni por el debilitamiento de los consejos comunales, reconocido por el proyectista de 2009, ni por los problemas que motivaban la reforma, calificada antes de su aprobación como de “total”, la redacción legislativa que los rige, favorecía su inclusión como co-responsables del proceso educativo, junto con las familias en Venezuela.

Es obvia la intención de controlar las políticas públicas educativas, dentro de la comunidad educativa; y dicho planteamiento debe reconocer que se trata, no de la sociedad civil, no de las familias, sino del propio Estado; más aún, si se recuerda que los recursos de actuación de los consejos, siguen siendo públicos, y con alta dependencia Presidencial.³⁵

30 *Ibidem*, artículo 23.5. En cualquier caso, de acuerdo a la misma Ley, el Plan Comunitario de Desarrollo Integral es el documento técnico que identifica las potencialidades y limitaciones, las prioridades y los proyectos comunitarios que orientan al logro del desarrollo integral de la comunidad; artículo 4.

31 *Ibidem*, artículo 26.2.

32 *Ibidem*, artículo 28.13

33 Ídem.

34 *Ibidem*, 23 ordinal 7.

35 El Ministerio de Participación Popular con competencia en la materia, tiene entre sus atribuciones, financiar *los proyectos comunitarios, sociales y productivos presentados por los consejos comunales*; artículo 57.11.

Ello pasa, además, porque el espacio de actuación de los consejos comunales, debería extenderse más allá de los proyectos comunitarios y/o del Plan Comunitario de Desarrollo Integral, para poder ser incluido en otros ámbitos no propiamente administrativos. En caso contrario, quedaría al margen, como en efecto así es, del entorno en el que se le ha pretendido ubicar en el texto constitucional.

De la misma forma, los consejos comunales no pueden ser co-responsables del proceso educativo, bajo el término sociedad, porque su actividad es de carácter rígido: debe obedecer a un Plan esencialmente político, el Simón Bolívar, y dirigido a la "... construcción de un nuevo modelo de sociedad socialista", como el propio texto legislativo del 2009 reconoce.

Por lo que aun a la espera de nuevos textos jurídicos reflejo de dicha visión, ni la Ley de los Consejos Comunales de 2006, ni en aumento la Ley Orgánica de los Consejos Comunales de 2009, servirían de base para su participación en el proceso educativo, como derecho humano; como instrumento de socialización de nuestros menores y adolescentes.

EL Facundo del siglo XXI

Mariela Yáñez Díaz *

RESUMEN

La obra "Facundo" de Domingo Faustino Sarmiento, forma parte de un género literario cultivado en buena parte de América Latina. Su narrativa y riqueza lingüística, lo acerca a la novela, con un cuidadoso e impecable registro histórico. Otorga veracidad y relevancia jurídico-académico, en lo concerniente, a la forma de imposición de los esquemas reguladores de la sociedad previstos por un eurocentrismo y tradiciones ajenas a las realidades nuestras. En el "Facundo" se debaten lo más concentrado del cosmopolitismo versus los regionalismos-nacionalismos.

Palabras clave: Facundo, Derecho europeo, Tradiciones legales latinoamericanas, Literatura

ABSTRACT

The book "Facundo" by Domingo Faustino Sarmiento, is part of a literary genre cultivated in much of Latin America. His narrative and linguistic wealth, what about the novel, with careful and impeccable historical record. Provides legal correctness and academic relevance, with regard to the form of imposition of the regulatory schemes proposed by a Eurocentric society and traditions alien to our realities. In the "Facundo" discusses the most concentrated of cosmopolitanism-nationalism versus regionalism.

Key words: Facundo, European law, Latinamerican tradition laws, Literary.

El Facundo de *Sarmiento*, no pertenece a un género literario único. Su narrativa y riqueza en el lenguaje, lo aproxima a la novela, con un cuidadoso e impecable registro histórico, que le da veracidad y relevancia académica; a la vez, con características propias del ensayo, cuya mixtura lo dota de un interesante contenido. Decimonónico en su concepción, Facundo se percibe más vigente que nunca en la Latinoamérica de la primera década del Siglo XXI. En él contrasta lo heredado del eurocentrismo y las costumbres y tradiciones de nuestros pueblos. Lo cosmopolita y los regionalismos-nacionalismos. El autor entra en contacto directo con el personaje central (Facundo) y otro de no menor importancia (Rosas). Trilogía que lo convierte en una destacada Obra literaria.

* Profesora de la Universidad de Carabobo y Universidad Arturo Michelena.

El contexto geográfico de *Juan Facundo Quiroga*, no es otro que la Argentina inmensa de llanura, bosques, ríos; de dilatados desiertos¹. En la extensión territorial que distinguía la población del campo radicados en las “campañas” y los habitantes urbanos, en las ciudades. Con sus rasgos y características diferenciadoras, calificados bajo el tamiz Sarmientino: hombre civilizado y culto, en contraste con la barbarie integrada por indios y cristianos salvajes conocidos como gauchos² (rastreador, baqueano, malo, cantor) enclavados en un Llano inculto. Su vida es estacionaria, primitiva, perezosa, signada por el atraso. El gaucho no trabaja, el alimento y vestido lo encuentra preparado en su casa, proporcionado por su ganado –si es propietario– o en la casa del patrón o pariente, si nada posee³. El caballo es una parte integrante del argentino de los campos, es para él lo que la corbata para los hombres de la ciudad⁴. El cuchillo, más que un arma le sirve para todas sus ocupaciones⁵.

El hombre civilizado, en cambio es quien habita la ciudad, centro de la civilización argentina, europea, donde se encuentran los talleres de las artes, las tiendas del comercio, las escuelas y colegios, los juzgados, libros, ideas progresistas, todo lo que caracteriza a los pueblos cultos. El hombre de ciudad viste el traje europeo. Se encuentra regido por leyes, posee medios de instrucción, con organización municipal y gobierno regular⁶.

Dos sociedades distintas, rivales e incompatibles. Dos civilizaciones diversas, que con los años, la una absorbería a la otra⁷, justificando el combate para “volver a las ciudades, su vida propia⁸. Vida bárbara en contraposición a la vida culta. No hay progreso en la vida primitiva de los pueblos, como la tribu árabe que vaga por las soledades asiáticas, en la que no existe posesión permanente del suelo; sin la ciudad, que desenvuelve la capacidad industrial del hombre permitiéndole extender sus adquisiciones⁹.

1 Domingo Faustino Sarmiento. *Facundo*. Civilización o Barbarie. Biblioteca Ayacucho. Miranda. Venezuela, 1977, p.23

2 *Ibidem*, p. 28.

3 *Ibidem*, p. 34.

4 *Ibidem*, p. 58

5 *Ibidem*, p. 59.

6 *Ibidem*, p. 29.

7 *Ibidem*, p. 61.

8 *Ibidem*, p. 74.

9 *Ibidem*, p. 30.

Esa inmensidad local abona el terreno para las “vías del despotismo, del mismo modo que las montañas prestaban asidero a las resistencias de la libertad”¹⁰. La guerra de la revolución argentina tiene doble connotación, guerra de las ciudades –que principian en la cultura europea– contra los españoles y guerra contra los caudillos.

Facundo, el “Tigre de los Llanos”, más tarde llamado “Excelentísimo brigadier general don Juan Facundo Quiroga” “El gaucho malo de los Llanos”¹¹, es descrito como un “tipo de la barbarie primitiva” “hombre de la naturaleza que no ha aprendido aún a contener o a disfrazar sus pasiones, que las muestra en toda su energía, entregándose a toda impetuosidad” carácter original del género humano¹².

Facundo, el bárbaro del interior, en la “Guerra Social” se empodera de las provincias de La Rioja, San Juan, Córdoba. Famoso caudillo, junto a otros dos reunidos en la pampa: *Estanislao López*, discípulo y sucesor de Artigas y *Juan Manuel Rosas*, el lobezno a punto de cazar por su propia cuenta¹³. Facundo, provinciano, bárbaro, valiente, audaz, fue reemplazado por Rosas, hijo de la culta Buenos Aires, sin serlo él; falso, corazón helado, espíritu calculador, que hace el mal sin pasión, y organiza lentamente el despotismo con toda la inteligencia de un Maquiavelo. Tirano sin rival hoy en la tierra¹⁴.

La idea del terror que Facundo infunde en la población, es como una enfermedad del ánimo que aqueja a la gente como la viruela, escarlatina, cólera, entre otras¹⁵, que suple la falta de actividad, el entusiasmo, la estrategia, siendo un medio de gobierno que produce mayores resultados que el patriotismo y la espontaneidad, como han sido conquistados todos los pueblos bárbaros de Rusia¹⁶. En la incapacidad de manejar los resortes del gobierno civil, ponía el terror como expediente para suplir el patriotismo y la abnegación. Valiéndose de una sagacidad natural de observación no común y de la credulidad del vulgo, fingía una presciencia de los acontecimientos que le daba prestigio y reputación entre las gentes

10 *Ibidem*, p.26.

11 *Ibidem*, p.157

12 *Ibidem*, pp.86-87.

13 *Ibidem*, p. 159.

14 *Ibidem*, p.9.

15 *Ibidem*, p. 124.

16 *Ibidem*, p. 148.

vulgares¹⁷. Para Facundo, su teoría del terror no se desmiente jamás, es su talismán, su arma favorita que no abandonará¹⁸. Práctica que aún cobra vigencia en nuestros tiempos.

Empero, estos terroristas también tienen sus momentos de terror: “Rosas lloraba como un chiquillo y se daba contra las paredes cuando supo la revolución de Chascomús, y once enormes baúles entraban en su casa para recoger sus efectos y embarcarse una hora antes de que le llegara la noticia del triunfo de Álvarez”¹⁹.

El egoísmo, es otro don político que poseía Quiroga en un grado eminente que ejercitaba en reconcentrar en torno suyo, todo lo que veía diseminado en la sociedad inculta a su alrededor, como fortuna, poder, autoridad. Aquello que no puede adquirir: maneras, instrucción, respetabilidad fundada, lo persigue y destruye en las personas que lo poseen. “Su encono contra la gente *decente*, contra la *ciudad*, es cada día más visible”²⁰, “un desquite que toma el hombre inepto armado del puñal, para vengarse del desprecio que sabe que su nulidad inspira a un público que le es infinitamente superior”²¹.

Facundo traía esa unidad que dan el terror y la obediencia a un caudillo que no es causa, sino persona, que aleja el libre albedrío y ahoga toda individualidad. Rosas ha triunfado de sus enemigos por esa unidad de hierro, que hace de todos sus satélites, instrumentos pasivos, ejecutores ciegos de su suprema voluntad²².

Facundo Quiroga, núcleo de la guerra civil de la República Argentina, muere en Barranca-Yaco, el 16 de febrero de 1835²³, dejando huérfanas ocho provincias unitarizadas bajo su influencia²⁴: Jujuy, Salta, Tucumán, Catamarca, La Rioja, San Juan, Mendoza y San Luis.

La desorganización de la sociedad iba avanzando. No fue sino hasta el 5 de abril de 1835, cuando Juan Manuel Rosas fue electo gobernador de

17 *Ibidem*, p.86.

18 *Ibidem*, p. 159.

19 *Ibidem*, p.149.

20 *Ibidem*, p.98

21 *Ibidem*, p. 170.

22 *Ibidem*, p.173.

23 *Ibidem*, p.222.

24 *Ibidem*, 212.

Buenos Aires. Mediante una proclamación declara “que los *impíos unitarios* han asesinado alevosamente al ilustre general Quiroga, y que él se propone castigar atentado tan espantoso, que ha privado a la Federación de su columna más poderosa”²⁵. No obstante, otros sindicaron al propio Rosas en tal ejecución²⁶. Los jóvenes –preocupados por las doctrinas históricas francesas– creyeron que el gobierno de Rosas, con su sistema original, reaccionario contra la Europa, era manifestación nacional americana, una civilización de características peculiares²⁷.

El “gaucho malo de los Llanos”, simboliza junto a Rosas, el color “colorado”. A diferencia de los colores argentinos, celeste y el blanco, el cielo transparente de un día sereno y la luz nítida del disco del sol²⁸. Como lo ha demostrado la especie humana en todos los tiempos, a través del color grana, colorado, púrpura²⁹, se expresa violencia, terror, sangre y barbarie. Rosas reviste la ciudad de colorado: casas, puertas, empapelados, vajillas, tapices, colgaduras... este color oficialmente lo impone como una medida de Estado³⁰.

Rosas consagra el axioma político: “El que no está conmigo es mi enemigo”, con el color colorado como insignia de adhesión a la causa, el retrato de “El Restaurador” es colocado en altares, con la terrible Mazorca (cuerpo de policía, que degollaban a aquellos a quienes se les indicase), encarnándose la idea de personalidad de gobierno³¹. “Se hacía adorar en los templos y tirar su retrato por las calles, en un carro, a que iban uncidos generales y señoras, para crearse el prestigio que echaba de menos”³²

La cinta colorada es una materialización del terror que acompaña a todas partes, en la calle y en el seno de la familia³³ y la repetición de las palabras “mueran los salvajes unitarios, inmundos y asquerosos”, que decían constantemente: la Mazorca, todas las comunicaciones oficiales, los gobernadores del interior y quedó consumada la adopción. Escribía

25 *Ibidem*, p.212.

26 *Ibidem*, p.214.

27 *Ibidem*, p.227.

28 *Ibidem*, p. 121.

29 *Ibidem*, p. 122.

30 *Ibidem*, pp. 122-123

31 *Ibidem*, pp.206-207.

32 *Ibidem*, p.170.

33 *Ibidem*, pp.207-208.

Rosas: “Repita usted la palabra *salvaje*” hasta la saciedad, hasta aburrir, hasta cansar, “Yo se lo que le digo, amigo”. Más tarde se le agregó inmundos; más tarde asquerosos”³⁴.

¿Ha perseguido la educación pública y hostilizado y cerrado los colegios, la Universidad y expulsado a los jesuitas?. ¿Ha encadenado la Prensa y puesto una mordaza al pensamiento para que no discuta los intereses de la patria, no se ilustre e instruya, ni revele los crímenes horrendos que ha cometido y que nadie quiere creer, a fuerza de ser espantosos e inauditos? ¿Perseguía acaso políticos, literatos, escritores?. Jóvenes estudiosos, que fueron proscritos, se diseminaron por toda la América. Estudiaron el derecho y los gobiernos, hasta traer un inmenso tesoro de conocimientos prácticos, de experiencia que pondrán al servicio de la patria, “esperando que suene la hora de la caída del Gobierno absurdo e insostenible, que aún no cede al empuje de tantas fuerzas como las que han de traer necesariamente su destrucción”³⁵.

Rosas, durante quince años no ha tomado una medida administrativa para favorecer el comercio interior y la industria de las provincias, ni ha querido asegurar las fronteras. Ha perseguido el nombre europeo y hostilizado la inmigración de extranjeros. Ha destruido los colegios y quitado las rentas a las escuelas³⁶. Ha encadenado la prensa, no permitiendo que haya otros diarios que los que tiene destinados para vomitar sangre, amenazas y mueras; ha perseguido de muerte a todos los hombres ilustrados, no admitiendo para gobernar, sino su capricho, su locura y su sed de sangre y destruido las garantías que en los pueblos cristianos aseguran la vida y la propiedad de los ciudadanos; como también ha hecho del crimen, del asesinato, de la castración y del degüello, un sistema de gobierno, porque él ha desenvuelto todos los malos instintos de la naturaleza, para crearse cómplices y partidarios³⁷.

Además de profanar los altares poniendo su infame retrato; ha degollado sacerdotes, vejándolos o haciéndoles abandonar su patria; “ha gritado durante quince años ‘Mueran los salvajes unitarios’, haciendo creer que un Gobierno tiene derecho de matar a los que no piensen

34 *Ibidem*, p.215.

35 *Ibidem*, pp.235-237.

36 *Ibidem*, p.238.

37 *Ibidem*, p.239.

como él, marcando a toda una nación, con un letrero y una cinta, para que se crea que el que lleva la marca piensa, como le mandan, a azotes, pensar”. Continuamente suscita querellas a los Gobiernos vecinos y a los europeos, privando el comercio con Chile, ensangrentando a Uruguay, malquistándose con el Brasil, atrajo un bloqueo a Francia, vejámenes de la marina norteamericana, hostilidades de la inglesa, se metió en un laberinto de guerras interminables y de reclamaciones, que no acabarán sino con la despoblación de la República y la muerte de todos sus partidarios³⁸.

El reinado del terror duró desde 1832 a 1845. “La historia de las desgracias humanas y de los extravíos a que puede entregarse un hombre, cuando goza del poder sin freno, se engrosará en Buenos Aires de horribles y raros datos”³⁹. *Bernardino Rivadavia* y *José María Paz*, los únicos hombres de la época, que se consideran honrados en la República Argentina, quienes tenían las más sanas intenciones⁴⁰.

En Facundo, se resume la vida y gobierno de los pueblos esclavizados, en estos términos:

El mal que es preciso remover es el que nace de un gobierno que tiembla a la presencia de los hombres pensadores e ilustrados, y que para subsistir, necesita alejarlos o matarlos; nace de un sistema que, reconcentrando en un solo hombre toda voluntad y toda acción, el bien que él no haga, porque no lo conciba, no lo pueda o no lo quiera, no se sienta nadie dispuesto a hacerlo, por temor de atraerse las miradas suspicaces del tirano, o bien porque, donde no hay libertad de obrar y de pensar, el espíritu público se extingue, y el egoísmo que se reconcentra en nosotros mismos, ahoga todo sentimiento de interés por los demás⁴¹.

Los argentinos, sean civilizados o ignorantes, tienen una alta conciencia de su valor como nación, por lo que los demás pueblos de América le echan en cara su vanidad, presunción y arrogancia⁴².

El “personalismo político”, traducido en el caudillismo, propio del segundo lustro del Siglo XIX, producto de la crisis de legitimidad desencadenada desde 1808, implicó cambios de regímenes y la disolución del

38 *Ibidem*, p.240.

39 *Ibidem*, pp.233-234.

40 *Ibidem*, p. 191.

41 *Ibidem*. p. 165.

42 *Ibidem*, p.33.

orden civil con la guerra emancipadora en 1810, surgiendo así el personalismo en contraste con las constituciones liberales, junto al espíritu progresista y civilizador de la época⁴³.

La Obra evidencia el discurso moderno (modo) entendido como “el ahora, lo actual”. La realidad y los procesos son comprendidos bajo un esquema binario, con modelos bi (dos): dialéctica, dicotomía y dualismo, lo que significa que existe contraposición de principios, en los que uno de ellos necesita para sobrevivir imponerse sobre el otro, de ser posible por vía de facto.

La modernidad, durante más de tres siglos, ha representado la secularización del pensamiento, en el que se excluyen elementos míticos o religiosos para explicar la realidad inmediata, así como el sentido del progreso y del cambio, la movilidad económica, política y social; la apertura a la crítica y a la novedad; la afirmación del sujeto en referencia a sí mismo; las transformaciones en las magnitudes geográficas y económicas tradicionales; expansión de la razón universal, en diversos ámbitos de la cultura⁴⁴. América Latina es considerada como un fenómeno histórico-cultural, que comparte además, situaciones etnoculturales semejantes. En palabras de Norbert Lechner:

Podría narrarse la historia de América Latina como una continua y recíproca ocupación de terreno. No hay demarcación estable reconocida por todos. Ninguna frontera física y ningún límite social otorgan seguridad. Así nace y se interioriza, de generación en generación, un miedo ancestral al invasor, al otro, al diferente, venga de arriba o de abajo⁴⁵.

Andrés Bello, insistió en convertir el idioma en el centro y signo de nuestra unidad, identidad y ser, siendo instrumento para la incorporación civilizada al naciente estado nacional, de aquellos que vivían aún en la “anarquía” y la “barbarie” y la posibilidad de unión de las nacientes repúblicas. Un proyecto similar concibió Sarmiento, en el cual la escritura

43 Fernando Oduber. “Caudillismo-Pretorianismo: Categorías explicativas para el estudio del período 1830 – 1846”. En *Revista de Historia Mañongo*, N° 12. Universidad de Carabobo, 1999. pp. 47-53.

44 Jürgen Habemas. *El Discurso Filosófico de la Modernidad*. Editorial Taurus. 1989, pp. 12 -28.

45 Norbert Lechner Los patios interiores, p. 99.

servía de medio para conocer “al otro”, al “salvaje” y además comunicarlo con la civilización⁴⁶.

Se precisa en el contexto cultural, ciertas visiones de la realidad (cosmovisión), sobre Dios, el hombre, el mundo, la sociedad, la historia, los ídolos, definiendo históricamente su perfil en el espacio y en el tiempo que se realiza. Lo dual se concreta en la idea de “civilización contrapuesta a barbarie”, el acá y el allá, una vida y otra vida, o dicho mejor, vida y muerte.

Como lo expresa Octavio Paz (Posdata):

Si el hombre es doble o triple también lo son las civilizaciones y las sociedades. Cada pueblo sostiene un diálogo con un interlocutor invisible que es, simultáneamente, el mismo y el otro, su doble. ¿Cuál es el original, y cuál el fantasma? Como en la banda de Moebius no hay exterior ni interior y la otredad no está más allá, fuera, sino aquí, dentro: la dualidad es nosotros mismos. La dualidad no es algo pegado, postizo o externo; es nuestra realidad constitutiva. Sin otredad no hay unidad⁴⁷.

Sarmiento refiere una constante dualidad en toda su extensión, en la que se percibe la *dialéctica* como un método de razonamiento, cuestionamiento e interpretación:

Córdoba, española por educación literaria y religiosa, estacionaria y hostil a las innovaciones revolucionarias, y Buenos Aires, todo novedad, todo revolución y movimiento, son las dos fases prominentes de los partidos que dividían las ciudades todas; en cada una de las cuales estaban luchando estos dos elementos diversos que hay en todos los pueblos cultos. No se si en América se presenta un fenómeno igual a éste, es decir, los dos partidos, retrógrado y revolucionario, conservador y progresista...⁴⁸

Pone de manifiesto un permanente antagonismo, verbigratia: el Siglo XIX y el XII coexisten, el uno dentro de las ciudades; el otro, en las campañas⁴⁹. “Existían, antes, dos sociedades diversas: las ciudades y

46 Jesús Puerta. *Modernidad y Cuento en Venezuela*. Universidad de Carabobo, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico. 1999. p.64.

47 Octavio Paz. *El laberinto de la soledad. Postdata*. Fondo de Cultura Económica. México, D.F. 1994. p. 289.

48 *Facundo...* Ob.Cit. p. 113.

49 *Ibidem*, p.48.

las campañas”⁵⁰. “Rosas y Rivadavia son los dos extremos de la República Argentina, que se liga a los salvajes, por la pampa y a la Europa, por el Plata”⁵¹.

La República era solicitada por dos fuerzas unitarias: una que partía de Buenos Aires y se apoyaba en los liberales del interior; otra, que partía de las campañas y se apoyaba en los caudillos que ya habían logrado dominar las ciudades: la una, civilizada, constitucional, europea; la otra, bárbara, arbitraria, americana⁵².

“En la Tablada de Córdoba, se midieron las fuerzas de la campaña y de la ciudad, bajo sus más altas inspiraciones, Facundo y Paz, dignas personificaciones de las dos tendencias que van a disputarse el dominio de la República”⁵³.

“Paz y el gaucho bárbaro Rosas; entre la pampa por un lado, y Corrientes, el Paraguay, el Uruguay, el Brasil, la Inglaterra y la Francia”, por otro⁵⁴.

Sarmiento, cae en su propia contradicción, cuando, por una parte, ve en Facundo Quiroga, un hombre grande, de genio, comparándolo incluso con César y Mahoma⁵⁵, al punto de ser llamado en algún momento, “Enviado de Dios”. De otro lado, afirma que es un tipo de la barbarie primitiva⁵⁶, bárbaro e ignorante⁵⁷. No obstante, deja vívida la imagen del Tigre de los Llanos, al señalar:

Con su muerte, no queda terminada una serie de hechos que me he propuesto coordinar, y para no dejarla trunca e incompleta, necesito continuar un poco más adelante, en el camino que llevo, para examinar los resultados que produce en la política interior de la República... Por la puerta que deja abierta al asesinato de Barranca-Yaco, entrará el lector, conmigo, en un teatro donde todavía no se ha terminado el drama sangriento⁵⁸.

50 *Ibidem*, p. 234.

51 *Ibidem*, p. 112.

52 *Ibidem*, pp. 114-115.

53 *Ibidem*, p. 140.

54 *Ibidem*, p. 142.

55 *Ibidem*, p. 86- 87.

56 *Ibidem*, pp. 86-87.

57 *Ibidem*, p.140.

58 *Ibidem*, p. 203

Y al expresar: “Matando el cuerpo no se mata el alma, y que los personajes políticos traen su carácter y su existencia del fondo de ideas, intereses y fines del partido que representan”⁵⁹.

En fin, el “personalismo político” no hizo aguas, ni en el Siglo XX, ni en esta primera década del XXI. No se encuentra vetusto el axioma político impuesto por Rosas: “El que no está conmigo es mi enemigo”, y el color rojo como insignia de adhesión de algunas causas políticas. Como tampoco deja de sorprender la vigencia del acontecimiento que en esos tiempos ocurrió con el voto masivo de la población: unitarios y federales (lomos negros) incluso los enfermos se levantaron de la cama para dar su asentimiento “temerosos de que sus nombres fuesen inscritos en algún negro registro, porque así se había insinuado”⁶⁰.

A la postre, como lo expresa Sarmiento, “Hay un momento fatal en la historia de todos los pueblos, y es aquel en que, cansados los partidos de luchar, piden antes de todo, el reposo de que por largos años han carecido, aún a expensas de la libertad o de los fines que ambicionaban; éste es el momento en que se alzan los tiranos que fundan dinastías e imperios”, pudiéndose hacer que se entreguen a la dulce tiranía, como en Roma, en tiempos de Augusto”⁶¹.

“Nosotros...queríamos la unidad en la civilización y en la libertad, y se nos ha dado la unidad en la barbarie y en la esclavitud. Pero otro tiempo vendrá en que las cosas entren en su cauce ordinario”⁶²

59 *Ibidem*, p. 138

60 *Ibidem*, p.204.

61 *Ibidem*, p.204.

62 *Ibidem*, p.26.

La Influencia del Code civil y del Derecho Alemán en el Sistema Patrimonial Chileno: Sistema de Derechos Reales y Personales.

Rodrigo Barcia Lehmann*

RESUMEN

La doctrina clásica del Derecho privado ha enseñado, como materia fundamental, la diferencia existente entre los derechos reales y los personales o también llamados de crédito. Los derechos personales son las obligaciones vistas desde la perspectiva del deudor. Las obligaciones y derechos personales tienen su origen en las fuentes de las obligaciones y se sustenta en todo el compendio científico mejor conocido como teoría de las obligaciones. En este trabajo se aprecia la diferencia entre los derechos reales y personales según los matices introducidos por la autonomía privada. Por otra parte, el sistema registral adoptado por un país, como es el caso de Chile, determinarán diferencias sustanciales entre las distintas formas de dar nacimiento a un derecho real sobre cosa inmueble.

Palabras clave: Derechos reales, Sistema patrimonial chileno, Derechos personales, Obligaciones

ABSTRACT

The classical doctrine of private law has taught as fundamental matter, the difference between real and personal rights or so called "credit". Personal rights obligations are viewed from the perspective of the debtor. The obligations and personal rights are rooted in the sources of obligations and is based on all scientific compendium known as "theory of obligations." This paper shows the difference between real and personal rights according to the nuances introduced by the private autonomy. Moreover, the registration system adopted by a country such as Chile, determined substantial differences between different ways of giving birth to a real right over immovable thing.

Key words: Real rights, Patrimonial Chilean system, Personal rights, Obligations

1. INTRODUCCIÓN

Una de las materias fundamentales del Derecho Privado es la relación y diferenciación existente entre los derechos reales y personales.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, 1991; LL. M. Economía y Dirección Internacional de la Empresa, MEDI, Universidad Autónoma de Madrid, 1997; *European Master in Law and Economics*, Complutense und Hamburg Universität, 1998; Doctor Derecho Privado, Universidad Complutense de Madrid, 2002.

Los derechos personales son las obligaciones vistas desde la perspectiva del deudor. Las obligaciones y por ende los derechos personales tienen su origen en las fuentes de las obligaciones y se sustentan en la “teoría de las obligaciones”. En cambio, los derechos reales tienen como fundamento la denominada “teoría de los bienes”. Ambas teorías, sin embargo están íntimamente ligadas a través de los derechos reales y personales. Estos conceptos configuran en definitiva cómo opera el mercado que se sustenta en dos nociones, los contratos y el derecho de propiedad. Esta relación se aprecia en que de los contratos traslaticios emanan obligaciones, que directamente o indirectamente pueden dar lugar al nacimiento de un derecho real. Esta relación es compleja y es distinta según el ordenamiento jurídico que se adopte.

El análisis de esta relación se plantea tradicionalmente desde un extremo, es decir desde los derechos reales y específicamente se centra en la adquisición de los derechos reales y su oposición a terceros. Como el objetivo de examinar la relación de estos derechos desde ambos extremos es demasiado ambicioso este trabajo se centrará en el análisis de la transferencia de los derechos reales “inter-vivos” sobre inmueble y su relación con los derechos personales. Sin perjuicio de ello, se abordará someramente el sistema de traslación del dominio de los muebles con relación a los contratos traslaticios.

Para el logro de esta meta en la primera parte de este trabajo se analizarán los sistemas registrales, y en especial los sustentados por Derecho francés y alemán, que son regímenes registrales puros.

En la segunda parte se estudiará el sistema registral chileno y especialmente el recurso de protección que garantiza en Chile el derecho de propiedad. Este análisis se centrará en determinar si procede el recurso de protección respecto de los derechos personales.

Para finalizar, en la tercera parte se desarrollarán algunas conclusiones en torno a si es posible mantener la distinción entre derechos reales y personales o ella es artificiosa y depende de las veleidades del sistema registral que se adopte.

PRIMERA PARTE: EN TORNO A LOS SISTEMAS REGISTRALES

2. Sistema de constitución de la propiedad mueble e inmueble

Antes de entrar a tratar los sistemas registrales de derechos reales se analizará el sistema de constitución y transferencia de derechos reales sobre cosa mueble que no están sujetos a un sistema de inscripción.

2.1 Sistema de constitución de los derechos reales sobre cosa mueble

La regla fundamental del Derecho civil continental en materia de derechos reales sobre cosa mueble es que “la posesión equivale al título”. Este principio fue desconocido para el Derecho romano y tiene su origen en el Derecho germánico en la época intermedia.

Dicho principio también fue conocido por el Derecho francés y operó como una presunción de dominio que resguardaba al poseedor. Como destaca, GALGANO la posesión de buena fe de las cosas muebles, unida a un título idóneo para la adquisición de la propiedad, constituye un modo de adquirir el dominio, aunque el tradente o vendedor no sea el dueño de la cosa¹. De este modo, en la casi totalidad del Derecho civil continental, será posible adquirir un derecho real sobre cosa mueble de forma originaria en la medida que el adquirente esté de buena fe. En este sentido el acreedor de un contrato traslativo, a pesar que su deudor no sea dueño, podrá adquirir en la medida que esté de buena fe de forma originaria. Este principio es tan fuerte que opera incluso si el adquirente lo es a título gratuito y el tradente es un ladrón. De esta forma, el Code Civil admite la reivindicación del propietario de una cosa robada o perdida, pero la subordina a que el adquirente no esté de buena fe o la cosa no haya sido adquirida de un comerciante o en subasta o en una feria o mercado. En dicho caso el dueño sólo tendrá la acción de reembolso por

1 Sin perjuicio de lo anterior, como señala GALGANO, en Dinamarca y Noruega, no es relevante la buena fe en la posesión de las cosas muebles para adquirir el dominio. GALGANO, Francesco, Derecho Civil y Derecho Mercantil, Tabla 2, Atlas de Derecho Privado Comparado, Galgano, F. (coordinador), Fundación Cultural del Notariado, 2000, página 102.

el precio pagado por el comprador contra el vendedor (artículo 934 del Code civil). Igual criterio adoptó el Código italiano de 1865 (artículo 709)². Pero esta solución no es uniforme en los países de Derecho continental por cuanto en Alemania como en Austria el propietario sólo carece de la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor en subasta pública. Por otra parte, los países del Common Law adoptan el sistema contrario³.

2.2 Sistema de constitución y transferencia de los derechos reales sobre cosa inmueble

Antes de analizar los distintos regímenes de inscripción es necesario someramente clasificar las inscripciones conforme a la función y efectos que ella tenga. Esto permitirá entender los distintos regímenes registrales que se desarrollaran a continuación.

2.2.1 Clasificación de las inscripciones conforme al sistema registral que se adopte

Es posible distinguir las siguientes clases de inscripción en torno al sistema registral que se adopte:

a) Inscripción declarativa:

Esta inscripción constata la existencia, transferencia o extinción de un derecho real sobre inmuebles, suele operar ante notario, y mediante anotación del título respectivo en el Registro. Este sistema fue adoptado en el Derecho francés y seguido por México, Bélgica, Holanda e Italia. Esta distinción también la adoptan algunos sistemas mixtos, como el español y el argentino. Esta función de la inscripción produce un efecto preclusivo o negativo en virtud del cual el que inscribe sólo puede ser afectado por una nueva inscripción.

2 GALGANO, Francesco, Derecho Civil y Derecho Mercantil, Tabla 2, Atlas de Derecho Privado Comparado, Galgano, F. (coordinador), Fundación Cultural del Notariado, 2000, página 104.

3 GALGANO hace un interesante estudio sobre esta materia distinguiendo las siguientes tres excepciones a esta regla general: (a) La regla del estoppel. (b) la aplicación de los principios del derecho mercantil. (c) La adquisición de títulos de crédito. GALGANO, Francesco, Derecho Civil y Derecho Mercantil, Tabla 2, Atlas de Derecho Privado Comparado, Galgano, F. (coordinador), Fundación Cultural del Notariado, 2000, páginas 106 a 107.

b) Inscripción constitutiva:

Esta inscripción es el resultado de un proceso, en realidad se podría señalar que es objeto de una especie de juicio, en consideración al cual se da lugar a una presunción *iuris et de jure* de nacimiento del derecho real. Pero sus efectos van aún más lejos, ya que convalida el título que da origen al proceso de inscripción⁴. La inscripción del sistema alemán es típicamente constitutiva. Ella es consecuencia de la evocación de un título, como una compraventa o donación, y de un negocio abstracto o consentimiento material que da lugar a la inscripción. La inscripción se separa del título que le dio origen. Sin embargo, en el sistema registral alemán este efecto sólo se produce en la medida que el adquirente esté de buena fe. El efecto constitutivo es aún más radical en el sistema australiano o “torrens”. En dicho sistema la inscripción es substancial.

c) Inscripción convalidativa:

Esta inscripción tiene por función convalidar cualquier vicio de que pudiere tener el contrato traslativo. Para algunos autores como HERÁNDEZ EMPARANZA esta inscripción por regla general suele ser constitutiva, pero puede ser declarativa calificada. Esta función se presenta en el régimen alemán que fue seguido por el sistema suizo, austriaco y español.

La calificación de la inscripción declarativa está dada por las exigencias que se imponen a la inscripción para que produzca efectos convalidatorios. En el sistema español se protege mediante este sistema a los terceros de buena fe que adquieren en consideración a una inscripción que proviene de contrato traslativo o título vicioso o nulo (artículo 34 de la Ley Hipotecaria española).

2.2.2 Regímenes de constitución y transferencia de la propiedad y otros derechos reales sobre cosa inmueble

La forma de adquisición de la propiedad y los otros derechos reales sobre cosa inmueble está íntimamente ligada con los regímenes de inscripción. En este sentido se pueden distinguir los siguientes sistemas:

4 Las inscripciones constitutivas, según HERNÁNDEZ EMPARANZA, pueden clasificarse en saneadora o convalidatoria y no convalidatoria.

2.2.2.1 Sistema francés

Este es el sistema que nos convoca. En virtud del sistema registral francés es posible hacer la transferencia de un derecho real a través de la suscripción de un simple contrato traslativo. De este modo se señala que a través de la suscripción de una mera compraventa, el comprador se hace dueño de la cosa. Sin embargo, este derecho real, bastante curioso por cierto, opera sólo respecto de las partes. El derecho real sería oponible sólo al vendedor.

Este sistema lo que hace en definitiva es separar la constitución del derecho real de su efecto propio. En otras palabras el derecho real nace del contrato, pero sus efectos se producen sólo desde el momento en que se procede a levantar la correspondiente inscripción. Al respecto es interesante traer a colación la opinión de TROPLONG que señala que

[s]egún los principios del Código Napoleónico, el consentimiento transfiere la propiedad, tanto entre los aportes como respecto a terceros, pero las necesidades del tráfico inmobiliario han derogado este principio introduciendo una grave modificación al Código: quedando a salvo la transmisión consensual en la relación inter partes, <<respecto de terceros, la mutación jurídico real no llega a producirse sino por la transcripción del título adquisitivo en el registro⁵.

En este sentido GORDILLO C. señala que el sistema registral francés

configura un doble sistema transmisivo: al puramente consensual previsto en el Code y subsistente para la relación “inter partes”, se añade ahora otro, de aplicación apenas, el problema se plantea en relación con los terceros, y según el cual, la mutación jurídico-real sólo se produce por virtud de la transcripción del título en el Registro⁶.

A su vez, en el Derecho francés, en caso de conflicto por dobles ventas entre compradores se debe preferir al comprador que primero

5 GORDILLO CAÑAS, Antonio, Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliarios-Registrales: Sistema Español, Estudios Monográficos, Tomo XLVIII, Fascículo II, abril-junio, 1995, página 66.

6 GORDILLO CAÑAS, Antonio, Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliarios-Registrales: Sistema Español, Estudios Monográficos, Tomo XLVIII, Fascículo II, abril-junio, 1995, página 49.

inscriba. En cierto modo esta solución, aunque generalmente aceptada, en virtud de los principios registrales no es consistente con el sistema adoptado. Ello es evidente desde que en el sistema francés, los derechos reales deberían preferirse por su fecha de constitución o nacimiento, que sería la de la celebración del contrato y no de la inscripción. La contradicción se hace más evidente desde que la inscripción sólo tendría una función de publicidad que no aportaría nada a la constitución del derecho real. Por ello para este sistema la inscripción en principio fue literal, y desechó la titulación auténtica.

En definitiva, el sistema registral francés consagra una publicidad denominada como negativa o preclusiva, que conduce a que se prefiera al que primero inscribe. Sin embargo, dicha inscripción no asegura la supervivencia del derecho real a todo evento.

Por otra parte, el sistema de inscripciones no está sujeto a control del registrador. Ello es consistente con que no se asegure mediante la inscripción la existencia de un derecho real “erga omnes”, sino sólo bajo ciertas circunstancias.

El sistema francés obedece a la estructura voluntarista consagrada en el Code civil, y fue desarrollado por la Ley Registral de 23 de marzo de 1855. Dicha ley fue un avance en la construcción de un Derecho civil más científico. Sin embargo al poco tiempo fue objeto de fuertes críticas, tanto dentro como fuera de Francia. Como destaca GORDILLO C. dicha ley desarrolla un sistema de transferencia de la propiedad por el solo consenso y se basó en la inspiración racionalista de los civilistas franceses y en el principio romano “nemo dat quod habet”⁷. En virtud de este sistema, de los contratos nacía un supuesto derecho real inoponible a tercero. Este sistema fue inoperante en Francia y llevó a que el Fiscal de la Corte de Casación Francesa declarara que “en Francia no había nadie seguro de su derecho”⁸. Ello produjo sucesivas reformas parciales del

⁷ El referido autor señala que el régimen de inscripción adoptado en Francia fue el resultado de una forma de publicidad que provenía del Derecho romano y que estaba inspirado en la protección de los familiares y de los acreedores del donante y no en la seguridad del tráfico. GORDILLO CAÑAS, Antonio, Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliarios-Registrales: Sistema Español, Estudios Monográficos, Tomo XLVIII, Fascículo II, abril-junio, 1995, páginas 47 y 48.

⁸ ALESSANDRI RODRÍGEZ, A., y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., Curso de Derecho Civil: Los Bienes y los Derechos Reales, redacción VODANOVIC, 3ª Edición,

sistema registral a través de las Leyes de 1 de marzo de 1918, 24 de julio de 1921 y 30 de octubre de 1935. La referida Ley de 1921 simplificó el rígido sistema de transcripción textual del título. Pero además estas leyes ampliaron la exigencia de transcripción de derechos sobre inmuebles⁹.

Sin embargo, la modificación substancial del sistema francés se produce sólo con la Ley de 4 de enero de 1955, que fue complementada por una serie de decretos posteriores. La Ley de 1955 adopta un sistema registral de doble folio: personal y real. De esta forma, se mantuvo el sistema personal, pero agregándose un registro real. Todas estas modificaciones, junto a otras de los años sesenta y sesenta, terminaron acercando el sistema francés al germánico.

Las características del sistema francés se pueden sintetizar de la siguiente forma:

a) La inscripción tiene un efecto preclusivo, mediante ella no se transfiere el dominio ni los otros derechos reales, ni menos se sana una posible nulidad del título. Entonces es de destacar que en el sistema francés la inscripción por sí sola no otorga ningún derecho real. La inscripción sólo constata que un sujeto transfiere sus derechos a un adquirente. Y la utilidad de la inscripción radica en que, aunque ella no impide las transferencias posteriores que pudiere hacer el mismo sujeto, las hace inoponibles al adquirente que hubiere inscrito.

b) Este sistema consagró lo que se conoce como un régimen de folio personal, aunque con posterioridad se adoptó un régimen mixto.

c) La falta de inscripción en el sistema registral francés puede llevar a multas o la inoponibilidad del acto.

d) La inscripción dentro de este sistema tiene una limitada función de inoponibilidad, sin perjuicio de lo cual tiene un rol de información. La función de publicidad o información la tiene respecto de los actos decla-

Nacimiento, Santiago de Chile, 1974, página 359. HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo, Estudios sobre Reforma al Código Civil de Comercio, Cuarta Parte, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Fundación Fernando Fueyo, 2003, página 109.

9 HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo, Estudios sobre Reforma al Código Civil de Comercio, Cuarta Parte, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Fundación Fernando Fueyo, 2003, página 109.

rativos y las transmisiones universales, que son eficaces por sí mismos, pero que sólo generan un efecto “erga omnes” desde la inscripción.

e) Se discute si en el sistema registral actual en Francia, se aplica el principio de legalidad o función calificadora por parte del registrador. Para algunos autores dicho principio no procede, pero para otros el registrador está facultado para revisar la autenticidad de los títulos que se le presentan y rechazarlos, por lo que evidentemente se consagraría el principio de legalidad¹⁰.

La crítica más fuerte a este sistema es que sacrifica la protección de los terceros en beneficio del tráfico de los bienes. Sin embargo, tampoco logra este objetivo. Ello se debe a que al crear un modelo en que no hay seguridad en la titularidad de los derechos, se termina afectando el tráfico de los bienes.

2.2.2.2. El sistema alemán

El modelo alemán tiene su origen en el Código Prusiano de 1794, en la Ley Bábara de junio de 1822 y en el Código Austriaco de 1811. El BGB fue el encargado de desarrollar este sistema, que fue calificado por los civilistas como el más perfecto de su tiempo¹¹.

Este régimen registral es una consecuencia del encomiable esfuerzo del Derecho alemán por crear un Derecho patrimonial de los contratos objetivo y científico. El modelo germánico busca además mantener un

10 HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo, Estudios sobre Reforma al Código Civil de Comercio, Cuarta Parte, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Fundación Fernando Fueyo, 2003, páginas 110 y 111.

11 Además, se ocupa de este sistema, la Ordenanza Inmobiliaria del Registro [GBO], de 1897 y reformada en 1935. A este sistema registral se le introdujeron innumerables modificaciones, como las llevadas a cabo por las Leyes de Ejecución y Administración de Justicia de 1897; sobre Normas Registrales de 1963 y Modificación de los Registros Inmobiliarios de 1977. MENGER destaca que el BGB, siguiendo con la tendencia preponderante dentro de la dogmática alemana, terminó con la distinción entre título y modo de adquirir. De este modo el referido autor señala que “[a] principios de este siglo [se refiere al siglo pasado], la idea de que para adquirir por contrato una propiedad es necesario el título, ha sido cada vez menos admitida en la ciencia del Derecho alemán”. Lo señalado entre paréntesis es mío. MENGER, A., El Derecho Civil y los Pobres, Buenos Aires, Argentina, Atalaya, 1947, página 151.

alto nivel de certeza en el tráfico, por lo cual sólo es posible adquirir derechos reales sobre inmuebles a través del sistema registral.

Este sistema, como destaca DÍEZ-PICAZO, fue la culminación del pensamiento jurídico del siglo XIX y se asienta en “el principio del consentimiento”¹². Conforme a la posición de la dogmática alemana se debe de distinguir entre consentimiento material o sustantivo y formal o registral. El consentimiento material es el consentimiento que se requiere para la transferencia del derecho real (“Einigung” o acuerdo abstracto traslativo), en cambio la voluntad formal es la que proviene del titular inscrito dirigido únicamente a permitir la modificación de los asientos del Registro¹³.

Al Derecho alemán le repulsa la falta de certeza en el Derecho y para evitar la inseguridad jurídica crearon un sistema registral con un alto grado de certeza. Dicho sistema se sustenta en la fe pública registral y deja definitivamente atrás el sólo efecto preclusivo o negativo de la inscripción del sistema francés¹⁴. De este modo, la inscripción produce un doble efecto: por una parte da lugar a un derecho real oponible a tercero y por la otra, extingue o cancela un derecho real preexistente, en caso de producirse una transferencia.

El derecho real no nace como consecuencia de dos momentos, la celebración del contrato traslativo y de la inscripción, sino simplemente desde ésta última. Además, en este modelo registral una vez que se efectúa la inscripción el derecho real se separa de las vicisitudes del contrato y del cumplimiento de la obligación que le dio origen. Es así como para los autores alemanes la inscripción es constitutiva del derecho real¹⁵. La rigidez de este sistema que separa el contrato traslativo de la inscripción se funda en que la inscripción obedece a un negocio jurídico real y abstracto, que es una figura intermedia entre el contrato traslativo y la inscripción

12 DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen Tercero, Madrid, España, Cuarta Edición, Editorial Civitas, 1995, página 367.

13 DÍEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen Tercero, Madrid, España, Cuarta Edición, Editorial Civitas, 1995, página 367.

14 GORDILLO CAÑAS, Antonio, Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliarios-Registrales: Sistema Español, Estudios Monográficos, Tomo XLVIII, Fascículo II, abril-junio, 1995, páginas 55 y 56.

15 Este en realidad fue el sistema adoptado por los *Länder* de Hamburgo, Sajonia y Macklenburg.

propiamente tal. Para este modelo la inscripción puede ser declarativa o constitutiva. Es constitutiva cuando se invoca un contrato traslativo y es declarativa cuando la inscripción no es constitutiva de un derecho real, sino que sólo tiene un genuino sentido de publicidad, como si opera directamente como consecuencia de la ley o de una orden judicial.

Este rigor del sistema alemán se sustenta en el alcance que le da a la inscripción, que le concede al titular un derecho real indubitado. De este modo, la función de la inscripción no es sólo de publicidad, como en los sistemas declarativos, sino constitutiva de un derecho real. Ello trae aparejadas las siguientes consecuencias:

a) Este efecto de la inscripción lleva a establecer un rígido y prolijo procedimiento para la inscripción. Es de destacar que es especialmente importante la primera inscripción que se haga de una finca, que se distingue de las reglas procedimentales que se aplican a las transferencias posteriores.

El control sobre la primera inscripción que efectúa el registrador es muy riguroso. En virtud de dicho control, el registrador debe preocuparse por la coincidencia de los datos que arroja el título, que se invoca con la realidad, a través de un equipo técnico que no entra a analizar la validez del título¹⁶. En este sistema registral es de vital importancia, el control del registro del que está encargado directamente los tribunales, y no a un ente administrativo. Este sistema exige una inscripción obligatoria, pero en el Derecho comparado más bien se impone un régimen de inscripción progresiva¹⁷.

b) La inscripción no es obligatoria en el sentido que se aplique una sanción a su no tramitación, sino que es la única forma de transferir o constituir un derecho real sobre inmueble (§ 873 del BGB).

16 Dicho equipo técnico está integrado por ingenieros, agrimensores y otros especialistas. HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo, Estudios sobre Reforma al Código Civil de Comercio, Cuarta Parte, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Fundación Fernando Fueyo, 2003, página 116.

17 Este sistema exige de la inscripción para constituir, modificar, transferir o extinguir un derecho real, siendo imposible afectar a un derecho real sin inscripción. Pero para otros se llega al extremo de exigir la inscripción como requisito de validez para el derecho real. HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo, Estudios sobre Reforma al Código Civil de Comercio, Cuarta Parte, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Fundación Fernando Fueyo, 2003, página 75.

c) El cimiento sobre el que se construye este modelo es la figura del consentimiento registral que ha sido modernamente puesto en tela de juicio y rechazado por artificial e innecesario, ¿no es evidente este consentimiento que por lo demás se desprende del contrato traslativo?

d) La fuerza de los efectos de la inscripción llevan a que los derechos reales sean “*numerus clausus*” y a regular en forma detallada el contenido de la inscripción. Es más queda totalmente excluida la posibilidad de inscribir derechos personales, como arrendamientos.

e) Este sistema fija normas claras que regulan la responsabilidad del Estado por el actuar del registrador, que en la práctica se traduce en la adopción de seguros de responsabilidad. Igual criterio se adopta en el registro Torrens¹⁸.

f) En el sistema germánico se blindo a la inscripción contra cualquier vicio del negocio jurídico que le dio origen, e incluso contra los vicios de nulidad que podrían alcanzar al contrato traslativo. En dicho sistema una vez efectuada la inscripción, el contrato traslativo pierde su fundamento de servir de base para la tradición del dominio.

El sistema registral alemán establece una forma objetiva para determinar la buena fe, que se desprende de la exactitud del registro. En este sentido un asiento inexacto o erróneo será una prueba de la mala fe del adquirente. Pero también se puede alegar la mala fe, en caso que el adquirente este en conocimiento de la discordancia entre la realidad material de la finca y los datos que arroja el registro. Pero acá se debe hacer una importante distinción, la mala fe solo puede ser con relación a un derecho; en cambio si la falta de coincidencia se produce respecto de un “hecho material”, el adquirente aunque esté de buena fe resultará perjudicado. Esta es una de las diferencias importantes con el sistema de “Torrens Act” que asegura la efectividad de los hechos materiales. Sin embargo, como destaca HERNÁNDEZ EMPARANZA¹⁹, el sistema alemán

18 La responsabilidad del Estado en realidad se traspasa a los usuarios del sistema, ya que parte de lo que se cobra por la utilización del sistema va a un Fondo de Seguro que hace frente a la eventual responsabilidad del registrador. HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo, Estudios sobre Reforma al Código Civil de Comercio, Cuarta Parte, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Fundación Fernando Fueyo, 2003, página 131.

19 HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo, Estudios sobre Reforma al Código Civil de Comercio, Cuarta Parte, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Fundación Fernando Fueyo, 2003, página 118.

tiene dos formas en las cuales la verdad posesoria prevalece sobre el registro. La primera ya fue analizada y se refiere a la mala fe del adquirente. La segunda está establecida en el § 927 del BGB y se refiere a los requisitos para que opere esta privación o cancelación del registro. Dichas condiciones son las siguientes:

i) El propietario inscrito haya muerto o desaparecido. Ello sólo se puede probar por certificado de defunción o sentencia que declare la muerte presunta.

ii) Inactividad registral del titular inscrito por treinta años.

iii) Posesión material no interrumpida por el que alega el derecho.

Se podrá entender que esta es una forma de sancionar al titular inscrito negligente, como sucede con la prescripción adquisitiva, pero ello es difícil de sostener. El requisito fundamental de esta figura es que el titular inscrito haya muerto, lo que impide darle la calidad de prescripción adquisitiva, es simplemente una forma de cancelación de la inscripción y asignación de derecho fundado en la realidad de los hechos.

La crítica al sistema alemán es evidente, la “realidad posesoria” no tiene cabida en esta estructura. Este sistema funciona en la medida que el rígido control que se hace sobre las primeras inscripciones sea efectivo, pero el alto nivel de supervigilancia que el modelo exige también lo hace caro y exige un gran grado de preparación y esmero de los registradores.

Este régimen es óptimo en países que tienen un adecuado catastro de sus fincas. En otras palabras, este sistema es apropiado para países en que la mayoría de su territorio ya se encuentra asignado y registrado. En dichas naciones los registros coincidieran con la realidad, pero en los países que ello no ocurre este sistema podría ser excesivamente caro. En dichos países se requeriría una marcha blanca, en la cual las nuevas inscripciones equivaldrían a las primeras inscripciones del sistema alemán. Además, este régimen exportado a otras latitudes puede llevar a grandes injusticias y una mala distribución de la propiedad inmobiliaria, que preferirá al que inscribe, en lugar del que es realmente poseedor del predio. Ello se debe a que en muchos países, la mayoría de los predios no están registrados y la implementación del nuevo sistema supone que los

poseedores reales tienen los medios para poder pagar las inscripciones originarias. Además, el sistema registral germánico exige altos grados de probidad. Ello en definitiva perjudicaría a los poseedores pobres. Lo anterior explica el limitado éxito de este sistema en Latinoamérica, siendo la curiosa excepción Brasil que lo aplica por la Ley 6.015 de 31 de diciembre de 1973.

2.2.2.3 El sistema suizo

Este régimen, aunque deriva del alemán, presenta diferencias sustanciales con respecto a éste. Este modelo está contemplado en el Código civil suizo (ZGB) y las Ordenanzas del Registro Inmobiliario. Este sistema coincide con el alemán al otorgar a la inscripción de negocios jurídicos “intervivos” un valor constitutivo.

Sin embargo, la inscripción en este sistema no cumple una función de transmisión abstracta, ya que se acoge la distinción romana de título y modo de adquirir. De este modo no exige un acuerdo abstracto que sea independiente del título, y que haga posible la inscripción como acontece en el sistema germánico.

Sin perjuicio de lo cual, como el sistema alemán, adopta un estricto control de legalidad material de la inscripción²⁰.

Además de las diferencias anteriores la más importante entre el sistema alemán y el suizo, es que en éste la inscripción no constituye una presunción de derecho del dominio, sino una presunción simplemente legal que admite prueba en contrario. Ello es una consecuencia que se mantenga el nexo causal entre el título y la inscripción, aún después de efectuada ésta.

En el sistema registral suizo los derechos reales no son “*numerus clausus*”. Para la mayoría de la doctrina, sin embargo, la inscripción del régimen suizo es constitutiva, pero en realidad más bien parece ser una mezcla entre ésta y una inscripción declarativa. Ello se debe a que la ins-

20 GORDILLO CAÑAS, Antonio, Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliarios-Registrales: Sistema Español, Estudios Monográficos, Tomo XLVIII, Fascículo II, abril-junio, 1995, página 63.

cripción por regla general es constitutiva, pero excepcionalmente puede verse afectada por la nulidad del título –en el sistema suizo se adoptaría el principio de la no convalidación– y además pueden impugnarse los datos que arroja la inscripción en la medida que no obedezcan a lo señalado en el título.

2.2.2.4 El sistema austriaco

La Ley Registral austriaca data de 1858, y establece un sistema formado por la matrícula, certificado de título y transferencia de la propiedad. La matrícula se forma por los datos del inmueble y del derecho real que se solicita inscribir. Una vez practicada debe notificarse para que los terceros puedan oponerse a ella. Luego, se procede a otorgar un certificado de título en la cual se describe el predio y se individualizan las cargas, gravámenes y arrendamientos que se constituyen sobre él.

La transferencia de la propiedad se hace mediante el endoso del certificado que hace el vendedor más la comunicación de la transferencia a la Oficina General Registral.

2.2.2.5 Sistema registral australiano

Este sistema fue creado por el Acta Torrens y de Australia se propagó a otros países del “Common Law”²¹. Conforme a este sistema una vez practicada la inscripción el registrador extiende y otorga dos certificados idénticos, uno para el propietario y el otro para el archivo.

Estos certificados se levantan, conforme al sistema de folio real, es decir se refieren a la propiedad, sus datos [se incluyen los gravámenes], historia y se anexa un plano.

21 Como destaca HERNÁNDEZ EMPARANZA el sistema de “Acta Torrens” le debe su nombre al inmigrante irlandés Robert Richard TORRENS, quien elaboró el proyecto que se transformaría en la “Real Property Act” de 1858. HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo, Estudios sobre Reforma al Código Civil de Comercio, Cuarta Parte, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Fundación Fernando Fueyo, 2003, página 124. Este sistema estaría inspirado en los sistemas registrales de los *Länder* germanos de Hamburgo y Sajonia.

El registrador hace un estudio de legalidad de los títulos y de su materialidad. Para la calificación de legalidad del título se determina si el que transfiere es el titular del derecho. Dicha calificación la hacen los Comisarios de Títulos, los que podrán aceptar o rechazar la inscripción. Concluida esta etapa, el registrador cita a los propietarios de los predios colindantes y publica avisos para que las personas que se vean afectadas en sus derechos puedan oponerse a la solicitud de inscripción. Pero, al igual que el sistema alemán, este procedimiento se aplica sólo a la constitución originaria de los derechos reales.

La transferencia de los derechos reales ya constituidos se hace por el endoso del certificado del propietario. Dicho título debe remitirse por el adquirente al registrador, éste a su vez emite un nuevo certificado de dominio a favor del adquirente. En este sentido la entrega del título endosado, para la mayoría de los autores, es la forma en que se hace la tradición del derecho real. Pero para parte de la doctrina la propiedad se transfiere por la inscripción no haciéndose la distinción entre modo de adquirir y título.

Este sistema va más allá incluso que el régimen alemán, ya que sin registro no hay derecho. En este sentido al titular del certificado lo ampara una presunción de derecho de dominio. La impugnación puede ejercerse directamente a través de una acción reivindicatoria en casos extremos, como falsificación, fraude, error, poder insuficiente o incapacidad (artículos 69 y 70 de la Ley Registral de Australia del Sur).

Este sistema tampoco puede calificarse como la panacea, ya que sus costos son altos. Ello se debe a que la primera inscripción es cara, pero además tampoco es simple el proceso de transferencia de la propiedad –que podría ser una de las ventajas de este sistema– por cuanto en las rogativas de inscripción y en los documentos que configuran el título negociable, que da lugar al endoso, se requiere de la participación de abogado, lo que encarece más aún el sistema.

Por otra parte, el sistema de publicidad de la transferencia, mediante título derivativo, tampoco ha estado exento de críticas por cuanto además de costoso no es eficiente. Ello es evidente desde que los propietarios deberían informarse constantemente de estos procesos de publicidad so riesgo de perder sus derechos reales.

3. Algunos aspectos relevantes de los sistemas registrales:

De lo señalado respecto de los distintos modelos de registro es posible destacar los siguientes aspectos:

3.1 ¿Los derechos reales son “*numerus clausus*” o “*numerus apertus*”?

Como se señaló el sistema alemán es el paradigma de la consagración de un sistema de derechos reales como “*numerus clausus*”. El rígido sistema contractual alemán, que cimienta sus bases en la pretensión de crear un Derecho objetivo y científico, empujó a la doctrina de dicho país a negar la posibilidad que las partes puedan crear derechos reales. Sin perjuicio de ello, como sucedió con la causa, la realidad ha obligado a morigerar la rigidez del sistema alemán.

Como destaca GORDILLO, en Alemania y en Suiza, se ha llegado

a un desbordamiento de las <<anotaciones atípicas>>, que, en expresión de DESCHENAUX se han venido a convertir en los últimos años en el recursos del legislador para hacer oponibles a terceros las modificaciones introducidas por los particulares al régimen de los derechos reales”²².

El alcance y naturaleza de estas anotaciones atípicas son relevantes. Ello nos lleva a preguntarnos, si los efectos generales que se reconocen a ciertos derechos personales conduce a que sea imposible diferenciarlos de los derechos reales. Adelantándose a lo que se analizará a continuación, aún en este caso, ambos derechos tienen importantes diferencias en torno a la forma en que se constituyen y a su contenido. Además, estos efectos generales de los derechos personales no son novedosos. En el Derecho tradicional existen algunos casos de derechos personales que producen una suerte de efectos generales. De este modo ocurre por ejemplo respecto de los efectos de la nulidad con relación a los terceros, que pueden verse alcanzados mediante la acción reivindicatoria que

22 GORDILLO CAÑAS, Antonio, Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliarios-Registrales: Sistema Español, Estudios Monográficos, Tomo XLVIII, Fascículo II, abril-junio, 1995, página 553.

se entable conjuntamente con la de nulidad. A ello, sin embargo, se le puede objetar que la acción personal de nulidad da lugar a una acción reivindicatoria contra terceros poseedores, pero sólo en la medida que se entable conjuntamente con la acción de nulidad, precisamente porque las acciones personales sólo afectan a las partes. Por otro lado, los derechos personales excepcionalmente producen efectos absolutos. Así no se puede desconocer que ello sólo acontece en casos aislados, ya que el contrato en principio para los terceros es “res inter alios acta”. Este principio se desprende de los artículos 1438, 1445 y 1545 del Código civil chileno.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe analizar si es posible que la publicidad del registro puede llevar a crear un derecho real innominado o un derecho personal con efectos “*erga omnes*”.

3.2 Fundamento del sistema registral

No es del caso analizar los principios registrales, sin perjuicio de lo cual puede señalarse que el principio fundamental es el de la seguridad del tráfico. Sin embargo, si es del caso analizar las excepciones a la presunción más o menos fuerte de dominio a favor del titular de un derecho inscrito, ya sea en la constitución o traslación de un derecho real. La excepción más importante en esta materia sin lugar a dudas esta constituida por la tensión entre la “realidad posesoria” y la inscripción. De este modo los distintos sistemas registrales resuelven de forma distinta esta tensión. Así, en algunas legislaciones, en casos calificados, esta tensión se resuelve a favor de la realidad material o posesoria, impugnándose las denominadas “inscripciones de papel”. En estos sistemas jurídicos la inscripción da lugar sólo a una presunción simplemente legal. En otros en cambio, la inscripción da lugar a una presunción de derecho de dominio. En definitiva, en la medida que los registros no correspondan a la realidad, se deberá analizar si el ordenamiento jurídico prefiere la verdad formal o la real.

3.3 Algunas conclusiones en torno a los sistemas registrales

a) Los sistemas de inscripción puros, es decir el alemán y francés, presentan una serie de inconvenientes lo que ha llevado a la doctrina moderna a buscar soluciones en los denominados regimenes mixtos.

b) La trascendencia o absolutismo, dentro de la concepción planteada, parece ser una consecuencia de la naturaleza real de los derechos, y no de la adopción del sistema registral. Sin perjuicio de lo cual, como se vio, en algunos ordenamientos jurídicos, es posible aplicar el sistema registral tanto respecto de los derechos reales, como personales.

c) Tanto el sistema alemán, como el francés repudiaron la distinción respecto del nacimiento de los derechos reales, que provenía del Derecho romano, entre el título y modo de adquirir. En el primer sistema la inscripción conservatoria sería constitutiva, lo que hace que al final del proceso el acto traslativo se separe del acto constitutivo del derecho real, es decir se aparta el contrato traslativo del acto constitutivo del derecho real. En el sistema francés aparentemente se les hace coincidir, desde que del contrato traslativo nacería el derecho real, pero éste aunque se presenta como un gran avance no es más que un espejismo. Ello se debe a que el derecho real no producirá efectos “erga omnes”, sino hasta el momento de la inscripción. En cambio los sistemas mixtos, como el español, suizo o chileno mantienen la distinción entre título y modo de adquirir.

d) El sistema alemán fue un avance desde que desechó la posibilidad que conviva un sistema registral con un no registral para los inmuebles. A esta opción se sumaron la mayoría de los ordenamientos jurídicos, como el español y el francés (Decretos Leyes de 4 de enero y 14 de octubre, ambos de 1955).

SEGUNDA PARTE

SISTEMA REGISTRAL CHILENO

4. Aspectos generales

El sistema registral chileno se basa en el Código Prusiano, austriaco y Leyes Bávaras. El Reglamento del Conservador de Bienes Raíces fue promulgado el veinticuatro de junio de 1857 y fue el encargado de poner en práctica la normativa del Código civil respecto de la posesión inscrita.

La inscripción conservatoria tiene diversas funciones en el sistema chileno. En Chile la inscripción conservatoria es requisito [artículo 724], garantía [artículos 728.2°, 730.2° y 2505] y prueba [artículos 924 y 925] de la posesión del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles.

La posesión de bienes inmueble que se traduce en que la inscripción puede dar lugar a la adquisición del dominio mediante la prescripción adquisitiva. Es verdad que el régimen chileno establece la tradición como forma derivativa de adquirir el dominio. Pero al ser un modo de adquirir derivativo exige que el tradente sea dueño y dicho dominio sólo puede probarse por la prescripción adquisitiva, es decir nuevamente se requiere posesión. Y la posesión sobre inmuebles inscritos sólo puede adquirirse mediante inscripción conservatoria, conforme al artículo 724 del Código civil chileno.

En torno a los medios para adquirir el dominio y cualquier otro derecho real, el ordenamiento jurídico chileno consagró la tesis romana por la cual los derechos reales nacen sólo de un modo de adquirir el dominio. En el caso de la tradición, que es la forma de transferencia derivativa inter vivos de los derechos reales, se requiere de título traslativo y de tradición propiamente tal. De invocarse un título traslativo de dominio, respecto de un inmueble inscrito, deberá efectuarse la inscripción para dar lugar a la posesión. Sin embargo, para la adquisición de la posesión irregular de los inmuebles no inscritos se discute si es necesaria la inscripción.

En resumen, la inscripción en el sistema de adquisición de los derechos reales sobre cosa inmueble es la única forma de efectuar la tradición del dominio y demás derechos reales sobre bienes raíces, salvo la servidumbre y el derecho real de herencia. La inobservancia a este requisito trae aparejada la no transferencia de los derechos del tradente al adquirente. En todo caso, de no ser factible la inscripción por un hecho imputable al tradente, el adquirente-acreedor podrá pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios.

Por otra parte, el sistema registral chileno sigue el folio personal, ya que se sustenta en el título, pero además se asemeja en cierta medida al sistema anglosajón porque el Conservador debe llevar varios registros. El Conservador debe llevar los Registros de Propiedad, Gravámenes e Hipotecas y Prohibiciones e Interdicciones. En el Registro de Propiedad se anotan todas las transferencias y transmisiones de derechos reales sobre inmueble. En el de gravámenes las hipotecas y otras cargas reales y en el de Prohibiciones los embargos y otras prohibiciones, como interdicciones.

Los medios para cancelar la inscripción, conforme al artículo 728.1º del Código civil chileno, son los siguientes:

a) Por voluntad de las partes como en una resciliación.

b) Por decreto judicial como mediante una sentencia que acoge una acción reivindicatoria.

c) Por una nueva inscripción, en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro, en virtud de un título traslativo de dominio, como una compraventa, sociedad o donación irrevocable o entre vivos.

d) Por expropiación por casual de utilidad pública (artículo 19.1°, n° 24 de la Constitución Política de 1980).

4.1 Breves conclusiones en torno al régimen registral chileno

a) El sistema registral chileno se sustenta en un sistema de folio personal, es decir se construyen los registros sobre los titulares del contrato traslativo. Este ha demostrado ser un sistema bastante menos eficiente frente al real que se basa en los datos de la propiedad.

b) Para HERNÁNDEZ nuestro sistema registral es constitutivo no convalidatorio, pero no del dominio sino de la posesión. Por ello para el referido autor la inscripción en el sistema chileno es constitutiva por función y declarativa por sus efectos²³. Por otra parte, aunque la inscripción es prueba de la posesión, constituye una presunción simplemente legal que admite prueba en contrario, conforme a la interpretación que se ha hecho de los artículos 924 y 925 del Código civil chileno.

c) El sistema chileno no es de inscripción convalidatoria por cuanto la nulidad del título da lugar a un injusto título, conforme al artículo 704.1°, n° 3 del Código civil chileno, de los que solo habilitan para adquirir por prescripción adquisitiva extraordinaria. Pero, además la nulidad del título se extiende a la tradición, como se desprende claramente de los artículos 676 y 677 del Código civil chileno.

23 Es del caso que para el referido autor las inscripciones en el régimen registral chileno son convalidatorias, ya que las causales de ineficacia del título se independizan de las causales de ineficacia de la inscripción. HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo, Estudios sobre Reforma al Código Civil de Comercio, Cuarta Parte, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Fundación Fernando Fueyo, 2003, página 218.

En definitiva, en el sistema chileno, como acontece también en el suizo, la nulidad del título trae aparejada la nulidad de la inscripción, efecto que jamás se produce en el sistema alemán.

4.2 *Determinación de si la enumeración del artículo 577.2° es “numerus clausus” o “numerus apertus”*

La mayoría de la doctrina señala que la enumeración del artículo 577.2° del Código civil chileno no es taxativa, ya que incluso dentro del propio Código civil dos disposiciones más adelante, en el artículo 579 del Código civil chileno, se establece un derecho real no enumerado, como lo es el censo. Además, existen una serie de derechos reales fuera del Código civil como el derecho de aprovechamiento de aguas²⁴, las concesiones mineras²⁵, el derecho de autor de obras literarias y artísticas²⁶, la anticresis o prenda pretoria y prendas especiales²⁷. Hay derechos sobre los que se discute, si pueden calificarse de derechos reales, como sucede con el del derecho de retención del acreedor o la concesión de bienes

24 El artículo 6.1° del Código de Aguas define al derecho de aprovechamiento como un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código.

25 El artículo 2 del Código de Minería define a la concesión minera como un *derecho real* e inmueble; distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño; oponible al Estado y a cualquier persona; transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y otros derechos reales y en general, de todo acto o contrato; y que se rige por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contraríen disposiciones de una Ley Orgánica Constitucional o del presente Código. Los derechos reales que se desprenden del Derecho minero son cuatro: (i) Los preparatorios, como la pertenencia y manifestación [artículo 4 del Código de Minería]. (ii) Los definitivos como las concesiones de exploración y explotación [artículos 2 del Código de Minería y 1 y 2 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras]. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las Cosas Incorporales en la Doctrina y en el Derecho Positivo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995, página 81.

26 Estos derechos se rigen por la Ley 17.336. Pero dicha acción es personal cuando se refiere a los pintores, escultores, dibujantes y bocetistas.

27 La anticresis, conforme al artículo 2438, no da al acreedor ningún derecho real sobre la cosa entregada; sin embargo la anticresis judicial o prenda pretoria, cuando se constituye sobre bienes muebles da al acreedor los derechos y privilegios de un acreedor prendario [artículos 2445 y 507.2° del Código de Procedimiento Civil Chileno].

nacionales. Ambos en realidad no serían derechos reales. El primero porque una vez que la cosa sale del patrimonio del acreedor [si estuvo bajo su poder] o del deudor [si jamás estuvo bajo el poder del acreedor] no otorga derecho de persecución. A su vez, las concesiones son eminentemente discrecionales, lo que impide darles el carácter de derecho real, salvo excepciones como sucede con las concesiones mineras de exploración y de explotación.

Sin perjuicio que nuestra doctrina es pacífica al entender que el artículo 577.2° no es taxativo y existen otros derechos reales, en nuestro Derecho aún no se resuelve si es posible que los particulares “creen derechos reales”.

4.3 Posibilidad de inscribir derechos personales en el Derecho civil chileno

El sistema registral chileno admite la posibilidad de inscribir derechos personales, pero la inscripción no hará oponible el derecho a tercero, sino en los casos expresamente regulados. Así se desprende del artículo 53.1°, n° 2.1° del Reglamento que señala lo siguiente:

“Artículo 53. Pueden inscribirse:

1° Toda condición suspensiva o resolutoria del dominio de bienes raíces o de otros derechos reales constituidos sobre ellos.

2° Todo gravamen impuesto en ellos que no sea de los mencionados en los números 1 y 2 del artículo anterior como las servidumbres.

El arrendamiento en el caso del artículo 1962 del Código Civil y cualquiera otro acto o contrato cuya inscripción sea permitida por la ley.

3° Todo impedimento o prohibición referente a inmuebles sea convencional, legal o judicial que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar. Son de la segunda clase el embargo, cesión de bienes, secuestro, litigio, etcétera”.

En estos casos la inscripción no cumple ninguna de las funciones de las que le son propias, simplemente se trata de casos en que se puede optar por inscribir ciertos títulos. A continuación se analizarán los títulos que pueden inscribirse, conforme al artículo 53 del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. Los títulos que pueden inscribirse según la referida norma son los siguientes:

i) Toda condición suspensiva o resolutoria del dominio de bienes raíces o de otros derechos reales constituidos sobre ellos. En este caso, la inscripción tendrá el efecto de considerar a los terceros adquirentes de un bien raíz enajenado o sujeto a gravamen como de mala fe para los efectos de la resolución [artículo 1491]. En este sentido, la resolución produce un efecto “erga omnes”, ya que considera al adquirente negligente como de mala fe, precisamente por no haberse informado mediante la inscripción o escritura pública, que estaba adquiriendo un bien sujeto a resolución. El referido artículo señala expresamente lo siguiente:

“Art. 1491. Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca, censo o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública”.

ii) Todo gravamen impuesto en ellos que no sea de los mencionados en los números 1º y 2º del artículo anterior como las servidumbres. Así sucede respecto del arrendamiento, en el caso contemplado en el artículo 1962 del Código civil, y cualquiera otro acto o contrato cuya inscripción sea permitida por la ley.

La tradición de las servidumbres activas se hace por escritura pública, pero la ley permite su inscripción para efectos de publicidad. En los casos que se requiere de la inscripción como forma de tradición, estaríamos frente a un título que debe inscribirse (artículo 52.1º, nº 1 del Registro Conservatorio de Bienes Raíces). Ello no acontece en el arrendamiento del que sólo nacen derechos personales. Sin perjuicio de lo anterior, el arrendamiento inscrito es oponible a los acreedores hipotecarios en los términos del artículo 1962.1º, nº 3 e inciso 2º del Código civil chileno. De esta forma el artículo 1962 señala textualmente lo siguiente:

Artículo 1962. Estarán obligados a respetar el arriendo:

1º Todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador por un título lucrativo;

2º Todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador, a título oneroso, si el arrendamiento ha sido contraído por escritura pública; exceptuados los acreedores hipotecarios;

3º Los acreedores hipotecarios, si el arrendamiento ha sido otorgado por escritura pública inscrita en el Registro del Conservador antes de

la inscripción hipotecaria.

El arrendatario de bienes raíces podrá requerir por sí solo la inscripción de dicha escritura.

iii) Todo impedimento o prohibición referente a inmuebles sea convencional, legal o judicial que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar. Son de la segunda clase el embargo, cesión de bienes, secuestro, litigio, etcétera. Respecto de las prohibiciones y gravámenes de enajenar y embargo sobre bienes raíces, para que surtan efecto respecto de terceros, deben inscribirse [artículos 297.1°, 453.1° y 1464.1°, n° 3 y 4 del Código civil]. Los autores no se ponen de acuerdo respecto de las consecuencias de la violación al n° 3 el artículo 53 del Reglamento.

Para ROZAS VIAL la enajenación con violación de una prohibición convencional que embarace o limite el libre ejercicio del derecho a enajenar, trae aparejada solamente la acción de perjuicios, no pudiendo anularse la enajenación²⁸. Esta posición es consecuente con entender que esta limitación al dominio son simples obligaciones de no hacer, cuyo incumplimiento se traduce en la indemnización de perjuicios. Además de la posición planteada precedentemente existen otras dos. La primera fue sostenida por José Clemente FABRES para el cual el pacto por el cual el adquirente se obligaba a no disponer era válido. En cambio para otros autores, como CLARO SOLAR, esta cláusula era nula porque afectaba la facultad de disposición del dominio que es una materia de orden público.²⁹ De aceptarse la validez de estas cláusulas nos podemos preguntar

28 Así se desprende de los artículos 1464.1°, n° 3 y 4 a *contrario sensu*, artículos 10, 1466 y 1682 del Código civil chileno y 296 y 297 del Código de Procedimiento Civil Chileno. ROZAS VIAL, Fernando, Los Bienes, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1998, páginas 185 y 186.

29 En idéntico sentido se pronuncia LEÓN HURTADO. Para dicho autor estas cláusulas son actos contrarios al orden público y por ende dicha obligación se constituiría como una causal de imposibilidad moral del objeto en las obligaciones de no hacer (artículo 1461.3° del Código civil chileno). LEÓN HURTADO, Avelino, El Objeto en los Actos Jurídicos, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, página 39. En 1909, la Corte Suprema chilena aceptó la validez de una cláusula de no enajenar. Sin embargo, posteriormente se manifestó en sentido inverso, pero sin entender que dicho pacto era nulo, sino más bien considerándolo como una condición resolutoria. Lamentablemente no existe una posición definitiva ni en la doctrina, ni en la Jurisprudencia. En todo caso la posición dominante en la jurisprudencia parece ser esta última.

si de ellas emana un “derecho real innominado” o un derecho personal con efectos generales. Ello dependerá de la posición doctrinal que se adopte. Conforme a la primera posición de ROZAS VIAL de estos convenios emanan derechos personales. En cambio, para la segunda posición, que sostiene que estos pactos son perfectamente válidos y que deben ser respetados por los terceros, se trataría de un derecho real creado por el dueño. Pero también puede entenderse que se trata de un derecho personal con efectos generales.

Como se aprecia de estos casos los efectos de las inscripciones de los derechos personales son hacer oponible un derecho personal al titular de un derecho real, como sucede con el dueño que adquiere el dominio del arrendador, del dueño de un inmueble embargado que no respeta dicha prohibición o del adquirente y dueño –según la posición que se acepte– que no respeta una cláusula de no enajenar. En todos estos casos no se producen los efectos propios de los derechos reales, ya que el derecho personal sigue haciéndose efectivo sobre un deudor, pero en estas situaciones el deudor está indeterminado. Estos casos como otros pueden calificarse como de obligaciones “propter rem”, es decir obligaciones que siguen al poseedor o dueño de un derecho real no pueden asimilarse a los derechos reales³⁰. PEÑAILILLO, siguiendo a CASTÁN TOBEÑAS, señala que entre las obligaciones, es decir los derechos personales, y los reales existen varias figuras intermedias. Éstas serían las obligaciones “propter rem” (denominadas como obligación real), las cargas reales y los derechos reales “in faciendo”. Para PEÑAILILLO la carga real es “el gravamen que afecta a una cosa y cuya prestación debe efectuarla el titular de un derecho real o poseedor de ella”³¹. A su vez, los derechos reales “in faciendo” corresponderían a una figura propia del Derecho romano y se encuentran vestigios de ellas en las servidumbres positivas. Por otra parte PEÑAILILLO da a entender que la utilidad práctica de esta figura podría ser la de incluir obligaciones creadas por las partes en los derechos reales, a través de la figura de los derechos reales “in faciendo”.

30 En igual sentido PEÑAILILLO define la obligación “*propter rem*” como “aquella en la cual el sujeto pasivo lo es como consecuencia de ser titular de un derecho real o de la posesión de una cosa”.

31 El referido autor, se adscribe a la tesis de los derechos reales como “*numerus clausus*” al entender que tanto las obligaciones “*propter rem*”, como las cargas reales por su similitud con los derechos reales requieren texto expreso de ley para existir.

Esta posición sería combatida en Chile por VODANOVIC para el cual estos casos son simplemente de obligaciones “propter rem”³².

En resumen, estamos frente a unos efectos que enturbian la clasificación de los derechos en reales y personales, es decir nos ubicamos en un sitio intermedio entre los efectos propios de los derechos reales y personales. Por otra parte podría sostenerse que, aún tenemos una clara tabla de salvación, en que el origen de ambos derechos es distinto.

El origen de la obligación o los derechos personales son las fuentes de las obligaciones y el origen de los derechos reales son los modos de adquirir. Sin embargo, esta distinción en el Derecho comparado está lejos de ser clara. Además, ya se entienda que los derechos reales sobre inmuebles nacen en forma constitutiva por la inscripción (posición alemana) o que nacen del contrato, pero se hace oponible desde la inscripción (posición francesa), algunos derechos personales son oponibles a tercero y producen una suerte de efecto real a través del mismo mecanismo que los derechos reales, la inscripción. Pero queda por analizar otro campo en el que estos conceptos se relacionan fuertemente. Este campo es el Derecho constitucional y específicamente la protección constitucional del derecho de propiedad, que en la constitución chilena alcanza, tanto a los derechos reales, como personales.

4.4 Teoría del derecho de propiedad sobre los derechos personales

La aplicación del concepto de propiedad civil al ámbito constitucional y específicamente a la protección del derecho de propiedad, consagrado en el artículo 19.1°, n° 24 de la Constitución Política de 1980, mediante el recurso de protección ha llevado a una serie de problemas en el Derecho chileno. La citada norma establece que “[l]a Constitución asegura a todas las personas: n° 24.1° El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”.

32 PEÑAILILLO AREVALO, Daniel, *Obligaciones: Teoría General y Clasificaciones*. La Resolución por Incumplimiento, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, páginas 20 a 24.

A su vez, el inciso siguiente agrega que

[s]ólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio.

El inciso primero de la referida disposición ha llevado a parte importante de la doctrina nacional a entender que puede haber un derecho de propiedad sobre un derecho personal.

Sin embargo, si se analiza este inciso a la luz del inciso de 2º de la citada norma constitucional y del artículo 583 del Código civil chileno, debería rechazarse dicha posición. En este sentido, el artículo 583 del Código civil chileno restringe el derecho de propiedad a los derechos reales. En otras palabras, el inciso 1º del nº 24 del artículo 19 de la Constitución de 1980, cuando se refiere que la constitución garantiza el “derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”, se debe entender que se remite al derecho de propiedad sobre los derechos reales en los términos del artículo 583 del Código civil chileno, es decir “[s]obre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”. Por otra parte el análisis del Derecho comparado y los antecedentes históricos del concepto de propiedad llevan necesariamente a concluir que no puede haber un derecho de propiedad sobre un derecho personal.

Sin embargo, contraviniendo lo señalado precedentemente, la intención de los comisionados para la elaboración de la Constitución de 1980 fue proteger, mediante el recurso de protección, no sólo los derechos reales, sino también los personales³³. En definitiva esta interpretación del concepto de propiedad al tenor del artículo 582 del Código civil debe de rechazarse.

33 En este sentido es especialmente clarificadora la discusión en torno a la elaboración del Acta Constitucional nº 3 de la dictadura militar, que sirvió de antecedente al artículo 19.1º, nº 24.1º de la Constitución de 1980. De la discusión que dio lugar dicha Acta entre los comisionados Jorge OVALLE, Enrique ORTÚZAR y Jaime GUZMÁN se desprende que la redacción que se le dio a dicha norma obedecía a la intención

Lo anterior nos lleva a recurrir a la doctrina y jurisprudencia para ver si a partir de ella es posible entender el concepto de propiedad que se consagra en la constitución chilena³⁴. En este sentido, tal vez de una forma un tanto desordenada e inconsciente es especialmente valiosa la jurisprudencia, que ha venido aceptando recursos de protección basado en las violaciones arbitrarias e ilegales de un supuesto derecho de propiedad sobre derechos personales. Pero ello, en ningún caso puede llevar a entender que la constitución protege a través del recurso de protección la propiedad de los derechos personales, entendida aquélla como la define el Código civil.

Frente al problema planteado hay dos vías de solución. En primer lugar puede sostenerse que la constitución protege simplemente los derechos reales y personales con igual fuerza a pesar de la errada terminología utilizada su artículo 19.1°, n° 24.1°. Ello no quiere decir que un simple incumplimiento de una obligación pueda dar lugar a la presentación de un recurso de protección, como si un arrendatario no paga su renta. En dicho caso, el arrendador no puede interponer un recurso de protección alegando que se la ha afectado el derecho de propiedad que tiene sobre la renta o canon impago. Esta posición ha sido avalada por la jurisprudencia que viene desechando constantemente tal posibilidad. Dicha posición por lo demás llevaría a un colapso de los tribunales superiores de justicia. Por lo que se hace necesario restringir el recurso de protección, conforme al artículo 20 de la Constitución de 1980, a los actos u omisiones “arbitrarios o ilegales”.

que el recurso de protección no sólo protegiera el derecho de propiedad sobre un derecho real, sino también sobre un derecho personal. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las Cosas Incorporales en la Doctrina y en el Derecho Positivo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995, páginas 238 a 240.

34 En la actualidad se hace necesario efectuar una interpretación adecuada de lo que la constitución con una técnica legislativa deficiente ha señalado en su artículo 19.1°, n° 24. La crítica no consiste en que en realidad la constitución haya querido señalar que puede haber un derecho de propiedad sobre un derecho personal, sino que lo que se ha querido establecer es algo distinto a la simple protección del derecho de propiedad. De esta forma, la constitución debe de interpretarse conforme a criterio material no solamente formalista, como se ha venido haciendo hasta el momento. Sin perjuicio de ello, desde una perspectiva netamente civil se debe dejar en claro que no puede haber dominio sobre derechos personales.

Una segunda vía de solución, que ha sido planteada por varios autores, consiste en entender que el concepto de propiedad a la que se refiere el aludido numeral 24.1º no es el del Derecho civil. Esta posición parece ser la correcta³⁵. En este sentido no procedería el recurso de protección en los casos en que se afecte el ejercicio normal de un derecho, como si un deudor no cumple con la obligación de un contrato o el dueño es enervado en su posesión por un vecino, sino en los casos en que se afecte “la esencia del derecho”. La afectación de la esencia del derecho debe ser de tal magnitud que haga ilusorio su ejercicio, es decir se afecte a la propiedad como derecho fundamental. Conforme a esta concepción no interesa si esta privación arbitraria o ilegal proviene del Estado, de la contraparte de un contrato o de un tercero. Esta tesis alcanza a un sinnúmero de situaciones como la propiedad en el empleo, la pérdida de la calidad de estudiante, amenazas de corte del agua, etcétera. Esta posición es sostenida en Chile por ALDUNATE LIZANA y FUENTES OLMOS. Así para los referidos autores el recurso de protección que ampara la propiedad no tiene que ver con las facultades propias del dominio, como las entiende el Código civil. De este modo, el derecho de propiedad amparado mediante el recurso de protección no protege las facultades de uso, goce y disposición³⁶. Esta senda de análisis fue retomada en Chile

35 Esta tesis es sostenida por VARAS BRAUN. VARAS BRAUN, Juan Andrés, *Limitaciones a la Propiedad: Una Perspectiva Civil*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Universidad Austral de Chile, 2003, páginas 143 a 165. En igual sentido GUZMAN BRITO sostiene que el concepto de dominio dentro del mismo Derecho civil es más amplio que el señalado en el artículo 582 del Código civil chileno ALDUNATE LIZANA y FUENTES OLMOS entienden que lo que se protege en sede constitucional no es un derecho de propiedad sobre una cosa, como lo entiende el Código civil, sino la institución de la propiedad, como “un derecho de propiedad sobre cosa corporal”. Es más se asegura que el contenido del derecho sólo puede ser regulado por la ley (principio de reserva legal) y que en ningún caso podrá afectarse “el contenido esencial del derecho”. ALDUNATE LIZANA y FUENTES OLMOS, “El Concepto de Derecho de Propiedad en la Jurisprudencia Constitucional Chilena y la Teoría de las Garantías de Instituto”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVIII-1997, Actas de las XXVII Jornadas de Derecho Público, Valparaíso de Chile, 1997, página 219.

36 ALDUNATE LIZANA y FUENTES OLMOS, “El Concepto de Derecho de Propiedad en la Jurisprudencia Constitucional Chilena y la Teoría de las Garantías de Instituto”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVIII-1997, Actas de las XXVII Jornadas de Derecho Público, Valparaíso de Chile, 1997, páginas 219 y 220.

por VARAS BRAUN que analiza la jurisprudencia para poder determinar lo que se entiende por “el contenido esencial” del derecho de propiedad sobre derechos reales, pero toma el camino opuesto al adoptado por ALDUNATE LIZANA y FUENTES OLMOS. De este modo, para VARAS BRAUN, el contenido esencial del derecho de propiedad sobre derechos reales está dado precisamente por las facultades que otorga el dominio. Esta interpretación, según VARAS, no desecha la función social que tiene la propiedad que por lo demás no sólo es reconocida constitucionalmente, sino también por el propio Código civil³⁷.

TERCERA PARTE

CONCLUSIONES FINALES

5. Conclusiones finales

Los dos grandes temas de este artículo son las formas de constitución y transferencia de los derechos reales sobre cosa corporal inmueble, conforme a los sistemas registrales, y como éstos afectan a la clasificación de los derechos en reales y personales. En realidad en esta clasificación, como en la casi totalidad del Derecho civil, se aprecia que los conceptos y tipos antes claros ya no lo son tanto. Frente a ello se hace necesario afinar la vista para descubrir los nuevos criterios de distinción del Derecho en su conjunto. Pues bien, como se puede apreciar de este artículo, la distinción en torno a la clasificación precedente, desde la perspectiva del nacimiento y los efectos generales de los derechos reales y personales, no está clara. Ello se aprecia de las siguientes conclusiones que abordan este problema, como los que plantean los distintos sistemas registrales.

37 VARAS BRAUN, Juan Andrés, *Limitaciones a la Propiedad: Una Perspectiva Civil*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Universidad Austral de Chile, 2003, páginas 148 a 158. Sin perjuicio que la posición de VARAS es muy interesante en la última parte de su artículo aplica su tesis a la prohibición de sustitución que pesa sobre el propietario del bosque nativo que no es del caso tratar, pero que es difícilmente compartible. VARAS BRAUN, Juan Andrés, *Limitaciones a la Propiedad: Una Perspectiva Civil*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Universidad Austral de Chile, 2003, páginas 159 a 165.

5.1 Conclusiones en torno a los derechos reales y personales

a) El absolutismo de los derechos reales, no tiene que ver sólo con la naturaleza del derecho, sino que también se relaciona con la forma en que se articula el sistema registral. De este modo, si se entiende que la cláusula de no enajenar es válida, ella podría ser considerada como un derecho real “*numerus apertus*” o un derecho personal con efectos generales. En este sentido también ayuda el análisis de las denominadas obligaciones “*propter rem*”, pero la discusión nuevamente vuelve a aflorar a raíz de ellas. Al parecer nos movemos en una zona intermedia entre los derechos reales y personales.

b) El Derecho comparado pareciera inclinarse a favor de la aceptación de un sistema de creación de derechos reales abierto, es decir de “*numerus apertus*” más que uno cerrado como el alemán.

c) Desde la perspectiva del derecho constitucional chileno se viene abriendo paso una teoría garantista sobre ambas clases de derechos, que podría servir para diferenciar ambos conceptos desde la perspectiva de su “*contenido esencial*”. Por lo demás la protección del contenido esencial de los derechos no es una novedad precisamente, pero sí lo es su aplicación a la determinación de las categorías de derechos personales y reales. Pero, aunque se va delimitando el contenido esencial del derecho real, aún falta por determinar el contenido esencial del derecho personal

5.2 Conclusiones en torno a los sistemas registrales

De lo señalado en este trabajo, se aprecia como la diferencia entre los derechos reales y personales se va desdibujando al admitirse que mediante la autonomía privada se creen derechos reales y se consagre la posibilidad que en ciertas situaciones, los derechos personales tengan efectos generales. Por otra parte, se observan diferencias sustanciales entre las distintas formas de dar nacimiento a un derecho real sobre cosa inmueble, dependiendo del sistema registral que se adopte.

Las diferencias se refieren a la forma de dar nacimiento a los derechos reales sobre inmuebles, pero todos los regímenes están de acuerdo en que los efectos, ya sean declarativos o constitutivos se producen desde la inscripción. Además, también parece haber consenso a lo menos en

el Derecho europeo en adoptar un sistema de inscripción obligatoria o a lo menos progresiva. Pero, importantes diferencias se aprecian en torno a la nulidad de las inscripciones, la protección de los terceros, lo que se entiende por buena fe y la preferencia por la verdad registral o la real, conforme a lo ya señalado.

Algunos criterios jurisprudenciales en sede sucesoria de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Cubano.

Leonardo B. Pérez Gallardo*

RESUMEN

En los últimos treinta años, la doctrina civilista cubana ha dejado pasar por alto un estudio detallado de los grandes criterios jurisprudenciales que conforman la historia de las decisiones de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo de Cuba. La orfandad de estos estudios, han sufrido un significativo lapsus de tiempo, dejando a un lado la importancia del tratamiento jurisprudencial de instituciones jurídicas, principios del Derecho y otras figuras contempladas en la legislación cubana vigente. Esta falta de interés, daba la espalda al llamado Derecho vivo y sentido del caso, el cual, está presente en los fallos de nuestro más alto tribunal.

Palabras clave: Tribunal Supremo de Cuba, Derecho jurisprudencial, Sala Civil, Contencioso-Administrativo

ABSTRACT

In the past thirty years, the doctrine has left Cuban civil overlook a detailed study of the major jurisprudential criteria that form the history of decisions by the Board of Civil and Administrative Justice of Cuba. The orphaning of these studies have undergone a significant lapse of time, leaving aside the importance of treatment jurisprudential legal institutions, legal principles and other figures referred to in the current Cuban legislation. This lack of interest, gave back the call and a sense of living law case, which is present in the decisions of our highest court.

Key words: Supreme Court of Cuba, Jurisprudential law, Civil justice, Administrative justice

* Profesor Auxiliar del Departamento de Derecho Civil y de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Profesor Principal de Derecho de Sucesiones y Derecho Notarial. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana. Máster en Derecho Privado por la Universidad de Valencia (España). Vicepresidente de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia y Presidente del Capítulo de Ciudad de La Habana. Secretario del Tribunal Nacional Permanente de grados científicos para las Ciencias Jurídicas. Ha sido becario del Consejo General del Notariado español. Notario Público en ejercicio.

1. ACOTACIONES DE ALCANCE GENERAL SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA SALA DE LO CIVIL Y DE LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LAS NORMAS SUCESORIAS EN EL ÚLTIMO LUSTRO

Quizás en los últimos treinta años la doctrina civilista cubana no se ha dedicado a ofrecer un estudio pormenorizado de los criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. A muy lamentar durante un significativo lapsus de tiempo los trabajos de investigación de estudiantes universitarios y los propios textos destinados a la docencia universitaria, redactados éstos por prestigiosos profesores, padecieron de una orfandad casi absoluta del tratamiento jurisprudencial de instituciones jurídicas, principios del Derecho y figuras legales. Con ello se daba la espalda al tratamiento que el Alto Foro iba dando al Derecho vivo y sentido del caso, a la hermenéutica de nuestros principales cuerpos legales, reflejo del Derecho creado en un nuevo contexto socio-histórico.

No pretendo en la ocasión centrar el objeto de estas páginas en la crucial polémica de si se admite la jurisprudencia como fuente formal directa o indirecta del Derecho en Cuba, no es un enfoque desde el sistema de fuentes en que esbozo la cuestión, sino desde la particular parcela que el Derecho de Sucesiones ocupa dentro del Derecho Civil¹.

Coincido con quienes, desde la perspectiva que ofrece el ordenamiento jurídico cubano, niegan con rotundidad que podamos hablar de la existencia de una jurisprudencia, al menos en el sentido dado en los países del sistema romano-francés, esto es la interpretación que el Tri-

1 Sobre el tema de si la jurisprudencia es o no fuente del Derecho en nuestro país, nada mejor que el trabajo del profesor Matilla Correa, quien a mi juicio fue mucho más allá de la pretensión que le motivara, o sea un estudio del sistema de fuentes en el Derecho Administrativo. A tal punto que le considero el estudio más acabado sobre esta materia en el contexto cubano actual. A él remito, con especial detenimiento en lo que concierne a la doctrina patria de los primeros años de la Revolución que cita y sobre todo a las conclusiones a las cuales arriba sobre el valor atribuible a las instrucciones dictadas por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo como fenómeno que implica creación jurídica por un órgano judicial de carácter superior, esto es un modo de expresión de la jurisprudencia. Vid. Matilla Correa, Andry, "Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el Reglamento)" en Colectivo de autores, *Temas de Derecho Administrativo cubano*, tomo I, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 89-140.

bunal de mayor jerarquía, en nuestro caso el Tribunal Supremo, hace de las normas jurídicas vigentes, con motivo de su aplicación, interpretación que ha de ser reiterada (por lo menos en dos sentencias) y que tiene carácter vinculante para los demás tribunales de instancia, pudiendo ser invocada su no aplicación o aplicación errónea por éstos, como infracción de la doctrina legal sentada por el Alto Foro, con entidad suficiente para motivar la casación de la sentencia del tribunal de instancia.

Por ello únicamente pretendo exponer, en apretada síntesis, los criterios o líneas, llamémoslos jurisprudenciales, por provenir de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Alto Foro, que en función interpretativa de los preceptos del Código Civil y, en especial de su Libro Cuarto, dedicado al Derecho de Sucesiones y de los preceptos de la Ley General de la Vivienda, reguladores de la transmisión por causa de muerte del dominio sobre la vivienda de residencia permanente y sobre la de veraneo, deja sentada la Sala. Pues –como alerta el profesor Fernández Bulté...

(...) el ejercicio profesional exige estar muy al tanto de las consideraciones doctrinales que se van estableciendo por las distintas salas del Tribunal Supremo, aunque solo fuere por la sencilla razón de que cualquier juicio, llevado hasta sus últimas consecuencias, concluye o debe concluir con un Recurso de Casación en una de dichas salas y, por supuesto, nada podrá evitar que se reiteren los criterios doctrinales sostenidos frecuente o reiteradamente².

Del estudio realizado en más de cuatro mil quinientas sentencias dictadas en el lustro 2000-2004 en materia civil el número de sentencias dictadas en resolución de asuntos de naturaleza sucesoria no es nada pueril, sobre todo en lo que concierne a la transmisión por causa de muerte del dominio sobre la vivienda propiedad personal, destacando también las impugnaciones de testamentos acusándose una pretendida ausencia de capacidad para testar en el momento mismo del otorgamiento del testamento que a la postre no llega a probarse, o por preterición de herederos especialmente protegidos, que no en todos los casos logran demostrar la yuxtaposición de requerimientos exigidos ex lege y considerado así por el Alto Foro. Las líneas jurisprudenciales adoptadas por la Sala no

2 Fernández Bulté, Julio, *Teoría del Estado y del Derecho, Teoría del Derecho*, Félix Varela, La Habana, 2001, p. 74.

siempre las comparto, aunque respeto la fuerza de su autoridad, dado el órgano del cual provienen. Parafraseando al propio profesor Fernández Bulté, si bien las sentencias de nuestro más alto Tribunal no crean Derecho, al no ser la interpretación contenida en ellas (doctrina legal) fuente formal del Derecho, de cualquier modo no dejan de ser un manantial del saber jurídico³. Tales criterios o líneas directrices, es cierto que no tienen carácter vinculante para los tribunales de menor jerarquía y como consecuencia no están éstos compelidos a acatarlos, pero no cabe duda que fallar un asunto sustentado en un criterio disímil o contradictorio al del Alto Tribunal, es un riesgo que no siempre se está dispuesto a correr, por ello actúan con astucia los operadores del Derecho conocedores de los derroteros por lo que transita la Sala. Los criterios jurisprudenciales que pueden destilarse del estudio de cada sentencia constituirán a la sazón el soporte o pedestal de la *ratio decidendi* de muchos fallos ulteriores, lo cual trae como resultado el logro de la experiencia en la actividad judicial que conduce al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo a dictar las instrucciones a las que se refiere la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral en su artículo 630.1 y que permite la aplicación uniforme y homogénea del Derecho.

Infortunadamente nuestras sentencias no ofrecen aún todo el bagaje teórico, la argumentación jurídica y el razonamiento lógico que los profesores de Derecho quisiéramos encontrar en ellas. Reconozco que una sentencia no tiene por qué constituir una lección de Derecho, pero pudiera serlo y a ello debiéramos llegar. Muchas veces por vía jurisprudencial se da solución a lagunas legales (vid. v. gr., el caso resuelto por la Sala en su Sentencia N° 189 de 31 de marzo del 2003), demostrando el juez su facultad de saber aplicar e integrar el Derecho, con racionalidad y sentido común. Este siempre acude como una brújula, capaz de orientar nuestros pasos certeramente a pesar de la bruma. El gremio jurídico está ávido de ello. No se trata de ganar o perder un pleito judicial, sino de encontrar en la sentencia, argumentación, pericia, razonamiento. Vale entonces asomarnos, aunque sea a límine, al tratamiento jurisprudencial del que nuestro Derecho de Sucesiones ha sido objeto. Con ello ganaremos todos.

3 Fernández Bulté, J., *Teoría del...*, cit., p. 212.

1.1. En pos de una orientación jurisprudencial uniforme y estable de nuestro Alto Foro

Los criterios jurisprudenciales no tienden a ser inmutables, no lo pueden ser. La dinámica de las relaciones sociales impone que el juez sea flexible y que sea capaz de interpretar las normas legales conforme con el momento histórico en que se aplican, lo cual “(...) no es sino un corolario de la esencia misma de la función jurídica interpretativa, que consiste en poner las normas en relación con la vida, para que su concreción, en el caso enjuiciado, resulte justa”⁴. Mas con ello no dejo de abogar por la necesaria permanencia, fijeza y estabilidad de tales criterios en aras del logro de la seguridad jurídica. Puede lograrse lo segundo sin interrumpir el devenir incesante que la evolución de las ideas sociales y de las necesidades de los tiempos reclama. Como expresa el profesor Albaladejo “No va a ser el Tribunal Supremo lo único del país insensible a las alteraciones de la vida y de su entorno (...)”⁵. Empero, ello en nada justifica que la Sala no de luces que permita a los operadores del Derecho conocer si existe cambio en la línea jurisprudencial asumida. Téngase en cuenta que el juez ha de expresar en la sentencia el criterio de Sala, si el suyo es discrepante, para ello tiene la posibilidad de emitir un voto particular (vid. artículo 128 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral).

En todo caso lo que sí no resulta admisible es el cambio del criterio jurisprudencial que viene sosteniendo la Sala, de modo arbitrario, consistente en que, por opinión propia del juzgador, por considerar más justa la solución ofrecida varía el criterio de Sala, cuando el espíritu de la norma aplicada indica lo contrario. Como apunta el egregio profesor el cambio

(...) no se debe producir sino por razones suficientes, como la de que surjan nuevos puntos de vista que se consideren preferible, o que una solución que se venía aplicando se vea que era equivocada o que

4 Vid. Vallet de Goytisolo, Juan B., *Metodología de la determinación del Derecho II* (Parte Sistemática), Centro de Estudios Ramón Areces, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 1412.

5 Albaladejo García, Manuel, “El cambio de jurisprudencia”, comunicación publicada en el N° 28 de los *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (separata), s.f., s.l., p. 19

queda superada o anticuada o que choca con criterios que después se han impuesto, etc.⁶.

Así ha sucedido con el criterio de nuestra Sala de lo Civil y de lo Administrativo de apreciar el cumplimiento de los requisitos ex lege para ostentar la condición de heredero especialmente protegido, el cual ha modificado en el sentido de requerirlos se cumplan al momento de testar (así, Sentencias N° 213 de 29 de marzo de 1996 y N° 934 de 29 de noviembre de 1996), a exigirlos sólo al deceso del testador (Sentencia N° 189 de 31 de marzo del 2003). Lo que no es dable es que se cambie de criterio jurisprudencial, de una sentencia para otra, en un brevísimo período de tiempo, incluso por la propia ponente y, sin embargo, no se diga la razón motivadora del cambio, esto es, se exponga el por qué no se resuelve como en casos anteriores, o al menos se ofrezca la explicación o razonamiento de por qué se cambia de motivación y de fallo. De ello son ilustrativas las Sentencias N° 774 de 29 de junio del 2001 y la N° 872 de 13 de agosto del 2001, una en la que se declara SIN LUGAR el recurso de casación interpuesto al considerar que al no ocupar la descendiente directa del causante el inmueble transmitido mortis causa y renunciar a la herencia, su hijo, nieto del causante y heredero por derecho de representación, ocupante del inmueble, no le asiste derecho a adjudicárselo, amparado en la interpretación que hace del artículo 513 del Código Civil y la otra en la que en vertical y coherente posición declara CON LUGAR el recurso de casación interpuesto por una heredera, ocupante del inmueble, que concurre a la sucesión del abuelo por representación, al renunciar a dicha sucesión su madre, hija del causante, quien no lo ocupaba, con una interpretación completamente disímil del mismo artículo del Código Civil.

La interpretación de las normas legales que hace la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, por la autoridad de quien proviene, no solo ofrece las líneas maestras para entender el Derecho Civil, sino la manera de encauzarlo y de enriquecerlo. No podemos perder de vista que les corresponde a los jueces de tal instancia, imbuidos del espíritu general de las leyes, dirigir su aplicación. A ella nos encomendamos.

6 Idem, p. 20

2. ITER SUCESORIO

2.1. Apertura de la sucesión. La muerte como hecho desencadenante del fenómeno sucesorio

El que la muerte es el hecho desencadenante del fenómeno sucesorio, ha sido reconocido por toda la doctrina científica y el Derecho positivo (cfr. artículo 466 del Código Civil). La cesación de todo signo de vida, según criterio clínico o neurológico, supone el fin de la persona humana y con ello la necesidad jurídica de encauzar las titularidades activas y pasivas que quedan en estado de acefalía, tras el deceso de su otrora titular. Los muertos no se llevan consigo los bienes de existencia terrenal, emprenden su largo trayecto, abandonando lo que un día fuera su patrimonio, si bien con el deseo de que los núcleos patrimoniales transmisibles sigan bajo la titularidad de sus más propincuos parientes, o de aquellos que sin tener vínculo marital o parental han sido elegidos por ellos para continuar su disfrute.

Adpero, la muerte no resulta en las heredades del Código Civil cubano el único requerimiento para que opere la sucesión. No es suficiente conque se acredite aquella. Se es heredero, no porque fallezca una persona y se sea llamado a la sucesión por cualquier título generativo, es necesario además, diría que con carácter imperativo, según lo reconocido en los artículos 207.1 y 524, la previa aceptación. Sin ella, no es dable atribuir la condición de heredero a quien solo resulta un mero llamado, una persona a la que se le ofrece o delata la herencia. A tal punto que el legislador prefiere presumirla, si el llamado ha dado la llamada por respuesta en el término concedido para optar en el ejercicio del *ius delationis*, de ahí la formulación del artículo 527.2.

Con este prisma el Tribunal Supremo ha reconocido en su Sentencia N° 281 de 30 de abril del 2003 en su Primer Considerando con la ponencia de Acosta Ricart que

(...) en correspondencia con lo preceptuado en el artículo quinientos veintidós del Código Civil, los herederos adquieren la herencia desde la muerte de su causante, partiendo de que precisamente es ese hecho natural el que genera las consecuencias jurídicas posteriores de carácter sucesorio, lo que presupone que en el presente caso, en que se está

liquidando un caudal hereditario devenido del deceso sucesivo de dos personas distintas, fallecidas en momentos diferentes y con disímiles herederos, resulta determinante estimar la situación concurrente al justo momento del deceso de cada una de ellas, a los fines de determinar con exactitud la participación de cada heredero, de donde en primer orden se ha de estimar que al fallecer J. A. C., dejó como sus herederos abintestato según Acta de Declaratoria de Herederos acompañada al no recurrente y a su viuda, correspondiéndole a esta última por su doble condición una participación mayoritaria, cual es la mitad de la masa en virtud de su participación en la extinta comunidad matrimonial de bienes que entre ambos existió, más un medio de la otra mitad al concurrir junto a otro heredero, según la letra del artículo quinientos diecisiete del Código Civil, de donde debe inferirse que a la viuda le correspondía en total el setenta y cinco por ciento del caudal, mientras que al otro heredero le pertenecía el veinticinco por ciento restante, sentado lo cual puede entenderse que ese derecho de la referida viuda quedó expectante, al haber fallecido sin adjudicarse lo que por tal razón le hubiere correspondido, y por tanto le es transmitido a sus herederos testamentarios, pues ha de tenerse en cuenta que es objeto de ello no solo los bienes sino además los derechos así como las obligaciones (...).

La sentencia deja pautas que los operadores del Derecho han de tener presentes, entre ellas:

1º Que el artículo 522 no es el precepto más atinado para fundamentar en un fallo judicial que la adquisición de la herencia se ofrece en ocasión de la muerte de quien a la postre resulta causante de la sucesión. Una reiterada doctrina científica española ha dejado sustentada la tesis de que el artículo 661, antecedente inmediato de nuestro actual artículo 522, de honda raigambre germánica, ofrece una mera ilusión óptica, que no es sino eso, realidad virtual, pues un sistema sucesorio que se adscriba al sistema continental romano, exige la aceptación de la condición de heredero como presupuesto sine qua non para adquirir de la herencia, aun cuando toda aceptación tiene efectos ex tunc, lo cual permite la perfecta sincronía entre causante y causahabiente, sin solución de continuidad, o sea, esa aceptación con efectos retroactivos cubre con un manto el interregno que media entre el óbito del causante y el momento mismo de la aceptación por el destinatario del ius delationis.

2° La transmisión a favor de los herederos de quien resultó heredero, precisamente por haber transcurrido el término de ley de tres meses, sin haber aceptado ni renunciado a la herencia deferida a su favor, como consecuencia de los efectos que la ley vincula al silencio (vid. artículo 49.2 en relación con artículo 527.2 del Código Civil), esto es, concebirse que ha aceptado la herencia, al no haber pretextado in tempore el arrojarse con tal condición, pero no en el entendido de transmisión del *ius delationis*, pues al ostentar la cualidad de heredero defiere a sus herederos como parte de su acervo hereditario, los núcleos patrimoniales recibidos del causante principal, y si bien adquiridos, nunca adjudicados, dado que la muerte truncó tal posibilidad, sin que por ello deje de ser herencia.

Cabe significar también en sede de íter sucesorio la Sentencia N° 200 de 31 de marzo del 2003, cuya ponencia lo es de C. Hernández Pérez que en su Cuarto Considerando expresa: “(...) aceptado como se encuentra por la doctrina que para que exista el derecho de sucesión deben darse algunas condiciones con carácter esencial, cuales son, que haya una relación jurídica transmisible; que ésta continúe existiendo, pero que cambie el sujeto; y que esta transmisión tenga lugar por un vínculo o lazo que una jurídicamente a transmitente y sucesor; obvio resulta que en el caso se dan las tres condiciones entre el derecho que tenía el heredero testamentario de la propietaria del inmueble a adjudicárselo, primer sujeto de la relación jurídica, transmitido testamentariamente a favor de la persona elegida, en este caso el no recurrente, por obra de lo dispuesto en el ya mencionado artículo cuatrocientos sesenta y ocho acápite uno del Código Civil (...)”. Toma la Sala del Alto Foro como fundamento de su fallo los requerimientos esgrimidos por la doctrina científica para que tenga lugar la sucesión por causa de muerte, paradigma de una adquisición derivativa que supone en primer orden la preexistencia de una relación jurídica, cuya durabilidad no está asociada a la existencia misma de una persona física, o sea, con entidad suficiente per se como para ser transmitida a un sujeto que ocupará el lugar del sucedido, entronizando el fenómeno sucesorio a través de un vínculo causal que se legitima a través de un título sucesorio generativo y se acredita por conducto del título demostrativo. La muerte es la *ratio* misma de este tipo de sucesión, ella fundamenta su existencia, basada en una necesidad del orden jurídico en pos del logro de la seguridad jurídica. De ahí la manera en que el Derecho establece órdenes supletorios de sucesión, en defecto de la *voluntas testatoris*, de

suerte que resulta imprescindible encauzar el destino de aquellos núcleos patrimoniales que quedan *sine dominus*.

La postura jurisprudencial se apoya en la propia esencia del fenómeno sucesorio, en la mutabilidad subjetiva, o cambio o alteración de los sujetos por razón misma de la finitud de la vida, manteniéndose incólume los demás elementos estructurales de la relación. Por tal motivo se impone la necesidad de darle un destino a aquellos núcleos patrimoniales del *de cuius*, como expresión de los fenómenos de la naturaleza y de la vida cotidiana, pues la vida es un devenir continuo de acontecimientos. Los hombres no somos sino comodatarios de la vida. La muerte nos recuerda que estamos hechos para la vida, porque ésta no sería posible sin aquélla. Por eso la sucesión mortis causa implica una relación de causalidad, en el que la muerte es el puente entre sucesor y sucedido, puente por el que transitaremos en uno u otro momento, se trata de un acontecimiento, *certus an incertus quando*. El Derecho, no puede quedar impasible ante este evento, de ahí la *ratio* misma del Derecho de Sucesiones.

2.2. Renuncia a la herencia. Tempestividad del acto. Efectos

En relación con la renuncia a la herencia, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo de nuestro Tribunal Supremo ofrece una acertada exégesis del artículo 527.1, inciso b) del Código Civil. Uno de los preceptos que más situaciones provoca en la realización el Derecho, sobre todo en lo que concierne a lo previsto en el inciso a)⁷. En esta oportunidad el tribunal

7 La expresión contenida en el citado artículo de que el cómputo del término de caducidad para renunciar a la herencia en la sucesión testamentaria, comienza a contarse desde el momento en que el llamado a la sucesión tiene “conocimiento oficial” de que lo es, si bien en realidad el legislador utiliza impropriamente la alocución “el heredero”, para referirse en verdad al nombrado o designado por el causante para que asuma la condición de heredero, pues esta no se adquiere hasta tanto no manifieste su voluntad expresa (cfr. artículo 526) o tácita en tal sentido, o la ley misma la presuma (cfr. artículo 527.2), ha provocado un sinnúmero de interrogantes, motivado por la incertidumbre que provoca el determinar en qué momento se entiende que el llamado tiene conocimiento “oficial”, qué solemnidad exige tal oficialidad y qué actos suponen el citado conocimiento: ¿acaso la expedición de copias a favor del llamado, después del deceso del testador?, ¿o simplemente a partir del propio día de la muerte del testador si éste en vida le había hecho entrega de la copia de la escritura pública de testamento al instituido heredero?, ¿o de mejor manera cuando se expida la certificación positiva de actos de última

de casación por conducto de su Sentencia N° 231 de 28 de febrero del 2001 de la ponencia de Morales González en su Primer Considerando deja explícito que “(...) la firmeza a que se refiere el artículo quinientos veintisiete uno, apartado b), del Código Civil debe interpretarse, en el caso del Acta de Declaratoria de Herederos otorgada (sic) ante notario, como en la legislación positiva se establece se instituya, a partir de su otorgamiento (sic), por lo que no le asiste razón a la quejosa para evadir la caducidad para la renuncia a la herencia por el heredero (...)”. En esta dirección se deja esclarecido que el término firmeza, propio de las resoluciones judiciales, debe ser interpretado como autorización, que no es lo mismo que decir “debe ser sustituido”, pues los documentos públicos notariales carecen de la fuerza de cosa juzgada formal y material, luego, aunque el juzgador no emplea los términos notariales adecuados, pues la sentencia utiliza el término otorgamiento, confundido indebidamente por los operadores del Derecho con el de autorización. A fin de cuentas, quien autoriza es el notario, en tanto otorgan los comparecientes y como en las actas no existe prestación de voluntad, no hay otorgamiento, por tanto, debemos interpretar la propia dicción de la interpretación jurisprudencial de manera correctora. Así, el Supremo ha dicho simplemente que el cómputo de los tres meses de caducidad se contabiliza a partir de la fecha de la autorización. Para ser más técnicos aún, a partir del día siguiente al de la autorización (cfr. artículo 9.2 del Código Civil). Como he dicho en otras oportunidades, en la interpretación de las normas jurídicas se ha de tener en cuenta el contexto histórico de la época de su promulgación. Y en el caso, en la redacción del Código Civil, aun cuando éste fuera posterior a la Ley de las Notarías Estatales que data de 1985, norma que trasladara a conocimiento notarial las actas de declaratoria de herederos (cfr. artículo 10 inciso c) y Disposición Especial Primera), no fue advertido este pequeño dislate por sus autores, un gazapo normativo que no cuece habas, pero que ha motivado varias pronunciamientos interpretativos, por fortuna nada contradictorios⁸.

voluntad que acredita cuál ha sido el último de los testamentos otorgados? ¿Y qué decir si el testamento otorgado fuera ológrafo y entonces habría que acudir al proceso de adveración judicial del testamento?, ¿habría que esperar entonces a la firmeza del auto o sentencia en que se contiene la adveración para entender que el llamado en tal título sucesorio demostrativo ha tenido “conocimiento oficial” de la delación en él insita?

8 La Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia ya había expresado en

Vinculado también con el cómputo del término para renunciar a la herencia el Tribunal Supremo se ha pronunciado en su Sentencia N° 967 de 30 de diciembre del 2004, Primer Considerado, cuya ponente lo es Arredondo Suárez. El supuesto fáctico que conoció el foro, peculiar por cierto, se contrae a un caso en que una de las presuntas llamadas a suceder al causante, excluida del acta de declaratoria de herederos, por quien promovió dicha acta, al no incluirse entre las llamadas a suceder, de lo que debía dar juicio de notoriedad el notario autorizante, tras obtener en proceso ordinario sentencia que le fuera favorable por la cual resultó incluida (declarada coheredera dice el juzgador en el Considerando a que se hace referencia, confundiendo los estadios del íter sucesorio, pues en ese momento aún no se ha revestido de tal condición⁹), renunció a la herencia que le fue deferida, dentro del término que se entendió propicio, computado este a partir de la inscripción de la sentencia en el Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de Herederos. Así, el juzgador deja sentada la inatinencia de

(...) que se contabilice el término en cuestión a partir de la inscripción en el Registro de Actos de Última Voluntad de la sentencia que determinó la inclusión como coheredera de la renunciante otrora preterida, puesto que inequívocamente dicho plazo ha de ser computado a partir de la firmeza de la resolución judicial en cuestión (...),

razón por la cual se reafirma la línea jurisprudencial de que el dies a quo se hace coincidir con la fecha de firmeza de la resolución judicial en la que se contiene la delación hereditaria, tratándose de un supuesto en que dicha delación ha tenido que concretarse vía judicial.

el PRIMER APARTADO del Dictamen N° 11/1992 de 27 de mayo “Que el término para la renuncia a la herencia en la sucesión intestada se cuenta a partir de la fecha de la autorización del acta de Declaratoria de Herederos”. Dictamen poco feliz en el tratamiento que ofrece a la renuncia, previa a la declaración de heredero, que más vale no estudiar en esta ocasión. En todo caso en lo que nos concierne, la nombrada Dirección brinda una interpretación escueta, precisa, pero eficaz.

- 9) La sentencia del tribunal de instancia no hizo sino declarar el llamamiento sucesorio que también operaba a favor de la excluida, pero no revestirle de la condición de heredera. Ello dependería de su entera y libérrima voluntad, para lo cual tenía expedito el útil mecanismo de la renuncia, dispensado a su favor, como parte del *ius optionis*.

El Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de Herederos en todo caso ofrece publicidad relativa de los títulos sucesorios demostrativos, en tanto denota la existencia del título pero no su contenido. La inscripción en modo alguno puede tomarse como dies a quo para computar el término de caducidad. Entender lo contrario supondría apartarnos del recto sentido y alcance del artículo 527.1 del Código Civil. La inscripción incide a los efectos de la ejecución del título, pero no en orden a su misma existencia. Inscrito o no, el término para el ejercitar el *ius optionis* discurre, sin que nada empece a ello.

Otra de las claves jurisprudenciales por la que transita la Sala de lo Civil y de lo Administrativo de nuestro Tribunal Supremo, tendencia que no comparto, es la de entender que la renuncia a la herencia que abre paso al derecho de representación, a favor de los descendientes del renunciante (cfr. artículos 514.3 y 4), si se trata de un primer llamado, o a favor de los hijos (sobrinos del causante), cuando del quinto llamado importa (cfr. artículo 521.1) es la que se hace antes de haberse tramitado la declaratoria de herederos en la sucesión *ab intestato* y no la consagrada en el término establecido *ex lege* en el artículo 527 del Código Civil. En la Sentencia N° 849 de 31 de diciembre del 2002 (Primer Considerando de la Primera Sentencia) cuya ponente lo es L. Hernández Pérez se aduce:

la madre del promovente, quien (...) renunció a la herencia a su favor, la cual, para que pudiera convertirlo en heredero, era necesario que la hubiere efectuado antes de ser declarada heredera, o sea, al llamado a la sucesión para que por derecho de representación ocupara su lugar en la sucesión, de acuerdo a lo previsto en el artículo quinientos doce de la citada Ley, por lo tanto esa renuncia sólo puede generar el derecho de acrecer a los demás herederos instituidos de conformidad con lo dispuesto en el artículo cuatrocientos setenta y cinco de la expresada norma jurídica; (...).

Pronunciamiento que en línea de principios se reitera dos años después en la Sentencia N° 967 de 30 de diciembre del 2004 con ponencia de Arredondo Suárez, que en su Primer Considerando, aún como *obiter dicta*, apoya la ineficacia del acto de renuncia de la llamada a la herencia entre otras razones, también “(...) al haberse producido en fecha posterior a la delación (...)”, y en Sentencia N° 906 de 31 de diciembre del 2004 de la ponencia de Díaz Tenreiro en la que se esgrime “(...) yerra la

Sala de instancia al argumentar que la renuncia a la herencia hecha por el llamado a la sucesión, con anterioridad a la declaración de herederos no da lugar al derecho de representación contraviniendo así el contenido del artículo quinientos doce del Código Civil, confundiendo este tipo de renuncia con la que establece el artículo quinientos veintisiete del propio texto legal, válida para el heredero que ya ha sido declarado y que tiene diferente efecto que la primera, pues si bien continua manteniendo su condición de heredero, ha renunciado a todos los bienes, derechos y acciones que pudieren corresponderle por vía hereditaria (...)”.

Verdaderamente no logro entender por qué el Tribunal Supremo ha asumido esta corriente de pensamiento. No creo oportuno reiterar los criterios que he esgrimido en otras ocasiones¹⁰. Las cosas tienen un orden lógico de exposición e invertirlo supondría ir contra natura.

Es cierto que la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia desde época bastante temprana a la vigencia del Código Civil de 1987, incluso antes de la entrada en vigor, intentó brindar un mecanismo operativo y eficiente que permitiera abrir el derecho de representación, anteponiendo, a mi juicio, la celeridad a la seguridad, categorías jurídicas que no siempre logran ir de la mano. En efecto, la Circular Conjunta de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia, la Fiscalía General de la República y la Junta Directiva de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos de 16 de marzo de 1988 en su TERCER APARTADO, segundo párrafo, dejó sentada las bases para implementar la controvertiblemente llamada “renuncia a la condición de heredero”. En tal sentido dispuso:

En cuanto a la renuncia para que tenga lugar el derecho de representación, debe entenderse no como ‘la renuncia a la herencia’ que siempre efectúa una vez realizada la Declaración de Herederos, sino como la renuncia a ser declarado heredero, es decir, en estos casos, los presuntos herederos que deseen renunciar a tal condición, deberán declararlo ante Notario o Tribunal competente y testimonio de esta declaración junto con las certificaciones de sus hijos o descendientes si los tuviere, debe acompañarse al escrito de promoción,

10 Vid. Pérez Gallardo, Leonardo B., “Constitución del Derecho Hereditario” en *Derecho de Sucesiones*, tomo I, bajo mi coordinación, Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 182-187.

lo cual retoma en el último de los párrafos del QUINTO APARTADO, a modo de epítome, cuando añade: “(...) esta renuncia no es la típica renuncia a la herencia o a la participación en esta, sino al derecho de ser declarado heredero (...)”; posición que se confirma en el Dictamen 5/1989 de 9 de mayo, al establecer en el PRIMERO de los APARTADOS que la renuncia aludida en el artículo 526 del Código Civil “debe realizarse por Documento Público, ya bien sea previa a la tramitación del expediente, en el curso de ésta o una vez finalizada la misma si aún no han transcurrido los tres meses que establece el artículo 527.1 del Código Civil”. Particular que luego es confirmado también con el Dictamen 11/1992 de 27 de mayo de la propia Dirección el cual en el SEGUNDO APARTADO deja explícito

Que ante la expectativa de que pueda transcurrir el término fijado por la Ley para producirse la renuncia, debe recomendarse a los interesados la renuncia previa con lo que en la propia acta se consignará tal condición y la declaración del o los herederos que en su lugar ocupen la sucesión, después de invocarlo en el PRIMERO de los APARTADOS.

Lo más lamentable es que la misma Dirección no se ha pronunciado, abandonando un criterio que carece de sustrato legal, con el que artificialmente se creó una renuncia impropia, destinada e improcedente. No se puede renunciar a lo que aún no nos han ofrecido. Los derechos han de ser ejercitados *in tempore*, ni *a priori*, ni *a posteriori*. Todo a su tiempo. El iter sucesorio es un proceso por estadios o fases, los cuales se suceden los unos a los otros, no pueden anteponerse, por lo que no le es dable a quien aún no tiene certeza de la realidad de su llamamiento, renunciar al llamado. No solo basta el título generativo, se requiere a los efectos probatorios de un título demostrativo que no se obtiene hasta tanto no se autorice el acta de declaratoria herederos por notario público o se declare por resolución judicial, en algunos casos francamente patológicos en los cuales queda contenido la delación sucesoria.

Esta línea hermenéutica de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo se aparta de los dictados de la lógica. No existen dos tipos de renuncia a la herencia, como en su día se pronunciara la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia, causante directa de la “socialización” de una distorsionada figura jurídica con innumerables valladares en su propio desempeño, como la inscripción en

el Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de Herederos de la escritura de renuncia a la cualidad de heredero en un momento en el que el Registro carece del asiento de inscripción principal, conformado este por el título sucesorio, pues casualmente se trata de una renuncia previa a la constitución del título, en aras de que cuando este se constituya ya deriven herederos los concurrentes *ex iure repraesentationis*. Sólo después de haberse inscripto el título procede entonces vía nota marginal hacer constar los acontecimientos sobrevinientes, modificativos del título mismo, como en el caso lo es la renuncia del llamado, que no heredero, con la consiguiente delación sucesiva a favor *ad infinitum* del resto de los descendientes y hacia sus hijos en el caso de hermanos del causante, que implica, sin duda, una reproducción de la delación, ahora a favor de los representantes (vid. artículos 16, 18, 19, 24 y 25 del Reglamento del Decreto-Ley 117/1989, Del Registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de Herederos).

Por esas razones se ha ido consolidando en el Tribunal Supremo una doctrina que deja en pleno desconcierto al gremio jurídico, principalmente a los notarios, que en función del principio de legalidad y del de calificación autorizan escrituras públicas para dar forma al negocio de renuncia a la herencia y con ello abrir paso al derecho de representación en los supuestos en que procede en la sucesión *ab intestato*. No cabe distinguir entonces entre la renuncia a la herencia y la renuncia a la condición de heredero. Quien renuncia a la herencia, renuncia a la cualidad de heredero. No se puede renunciar a la herencia y seguir siendo heredero. En efecto, el Derecho le ofrece al llamado la facultad de aceptar o renunciar a la herencia. Si opta por la segunda variante, no llega a arroparse con la condición de heredero y se reproduce una nueva delación a favor entonces de quien asumiría la condición de representante, el cual, de aceptar la herencia deferida, sería heredero del causante. Es cierto que la renuncia puede conllevar al acrecimiento hereditario entre el resto de los coherederos *ab intestato* o testamentarios¹¹, pero respecto de los primeros sólo cuando no tenga lugar el derecho de representación (*ex* artículos 514.3 y 4 y 521.1 del Código Civil).

11 Siempre que no exista especial designación de partes, ni el testador haya tomado la previsión de designar sustitutos al instituido heredero en primer orden.

Llevarnos por la dicción literal del artículo 512 en sede del *ius repraesentationis*, para llegar a la conclusión de que sólo cabe renunciar, previo a la tramitación de la declaración de herederos *ab intestato*, es un artilugio nada atinado. No recomiendo en esta oportunidad una interpretación exegética. Coincido en que en este precepto, el legislador resultó lo suficientemente técnico como para calificar al destinatario de la delatio “llamado a la sucesión”. En este estadio del *iter sucesorio*, quien renuncia o puede ser declarado incapaz no ha sido más que llamado, nunca heredero. Pero esto no implica que cuando el propio legislador tilde a ese mismo sujeto en igual estadio, impropriamente de “heredero”, lo haga en el sentido de que realmente lo es. No hay una marcada intención del legislador de dar un tratamiento diferente, luego *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. En realidad no es el heredero quien renuncia, sino el llamado a la sucesión, a pesar de que el legislador, no resulte todo lo pulcro en las expresiones técnicas que emplea en su articulado. No olvidemos que si bien nuestro legislador tuvo como referencia el BGB, no creó un Código al estilo de aquel.

Una última acotación en orden a la renuncia hereditaria es el de su indebida equiparación con la cesión de derechos hereditarios, cuando de renuncia traslativa se trata. La Sentencia N° 36 de 30 de enero del 2004 en su Único Considerando (ponente Acosta Ricart) adujo que “(...) incurrer en serio error las recurrentes al restarle importancia al acto jurídico contenido en la Escritura Pública seiscientos cuarenta y uno de tres de octubre de mil novecientos noventa y cinco ante la Notario A. P. P., por cuanto la misma contiene un acto propio mediante el cual los herederos comparecientes, incluida la recurrente E. S. C. cedieron sus derechos hereditarios respecto a la herencia de la fallecida P. O. C. Z. a favor de la también recurrente D. E. S. C., debiendo entender estas, que dicha decisión es irreversible en tanto legalmente se extinguió la relación jurídica, existente entre los cedentes respecto al caudal hereditario de la causante cuyo caudal hereditario en el presente proceso se divide, constituyendo por tanto en derecho la mencionada cesión, una renuncia traslativa prevista en el artículo cuatrocientos setenta y cuatro del Código Civil (...)”. En una de mis últimas publicaciones he apuntado las diferencias entre cesión de derechos hereditarios y renuncia hereditaria. A ellas

me remito¹². Sólo apunto en esta ocasión que la mal llamada renuncia traslativa no existe como figura autónoma, no es sino el disfraz con el que se cubre la cesión de derechos hereditarios. Nadie puede ceder el derecho que ha renunciado. Ni a nadie le es dable indicar el destino de los derechos que se ceden, si previo a ello se ha renunciado. La cesión de derechos hereditarios como contrato atípico que es, si bien nominado, tiene su propio sustrato legal, no queda agotada en el supuesto normativo previsto en el artículo 474 del Código Civil, a modo meramente enunciativo, con lo cual nada priva que el negocio de cesión quede regulado por las normas de los contratos que resulten más afines (ex artículo 314 del Código Civil).

2.3. Incapacidades para suceder

2.3.1. Declaración judicial de incapacidad para suceder. Competencia del Tribunal Municipal a través de los trámites del proceso sucesorio

La declaración judicial de incapacidad para suceder priva del derecho de herencia al destinatario de la delación, devenida claudicante, a causa del veto impuesto por el legislador, al estar incurso en un hecho reprochable por la conducta asumida para con el causante de la sucesión o alguno de los beneficiarios de ésta. En este orden de ideas la Sentencia N° 733 de 29 de octubre del 2004, en su Primer Considerando (ponente Bolaños Gassó) deja sentado un criterio jurisprudencial que no comparto, mas no niego su significación procesal. Se pronuncia la Sala del Alto Foro que

(...) la solicitud de declaración de incapacidad para heredar (...) es cuestión de inequívoca incidencia en el derecho sucesorio, puesto que se trata de acción encaminada a negarle ese carácter a quien ya ha sido instituido en tal sentido, y por consiguiente tal pretensión ha de ventilarse ante el órgano jurisdiccional que le venga atribuida competencia para el conocimiento de los procesos de esa naturaleza, cual es el correspondiente Tribunal Municipal Popular, atendiendo a la previsión del apartado cinco del artículo cinco de

12 Pérez Gallardo, L. B. (Coordinador) et al., Derecho de..., III, cit., pp.

la citada Ley de Trámites; y entender lo contrario, se traduciría en considerar improcedente promover ante el notario o en su caso ante el citado órgano, expediente de declaratoria de herederos en el que, interesándose sean instituidos en ese concepto determinadas personas, se solicitara además la exclusión de otra u otras por encontrarse su situación contemplada en alguno de los supuestos a que se contraen los apartados a), b) y c) del artículo cuatrocientos sesenta y nueve del Código Civil, lo que se identifica con la facultad de decidir quién tiene o no el referido carácter, con su inequívoca trascendencia al derecho de representación que contempla el artículo quinientos doce del mentado cuerpo legal sustantivo (...).

Del estudio del Considerando de la nombrada Sentencia se colige:

1° La importancia que en el orden sucesorio tiene la declaración de incapacidad para heredar dentro del íter sucesorio.

2° El tribunal competente para conocer de tal proceso, a saber: el municipal.

3° El proceso por el que se sustancia la pretensión de quienes pretenden vetar la delación a favor de quien tiene preferencia o comparte con ellos la misma prelación: el sucesorio.

4° La eventual posibilidad de promover una incapacidad para suceder ante notario público en situaciones alitigiosas.

5° El derecho de representación como consecuencia directa de la declaración notarial o judicial de incapacidad.

De ellos, considero que el segundo y el tercero de los acápite son los de mayor trascendencia, esencialmente desde el punto de vista procesal.

Nuevamente discrepo de la posición del Tribunal Supremo, al no compartir la decisión judicial de que el tribunal competente a los fines de declarar incapaz para suceder a un sujeto lo sea el Tribunal Municipal, ni que el proceso resulte el sucesorio. Reitero una vez más que no toda pretensión vinculada con las sucesiones, en el animus de los artífices de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, deberá encauzarse por los trámites del proceso sucesorio. Este último no está concebido como proceso de conocimiento, sino como proceso especial, en el que se incluye el de declaración de heredero, hoy más como reliquia histórica

que como norma positiva, pues resulta en la actualidad rara avis la sustanciación de declaraciones judiciales de herederos ab intestato, desde que en 1985 pasare a competencia del conocimiento del notario (vid. artículo 10 inciso c) y Disposición Especial Primera de la Ley N° 50/1984 de 28 de diciembre, Ley de las Notarías Estatales).

Por mucho que la intención de la Sala, la cual ha seguido el criterio esgrimido desde antaño, demasiado tradicionalista, sea que la determinación de quien es incapaz para suceder al causante compete al tribunal de instancia, una lectura fugaz de los preceptos reguladores de la declaración judicial de herederos ab intestato (cfr. artículos 535 al 538 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral), nos induce a razonar que resulta imposible, siguiendo el cauce de tramitación procesal establecido por la ley procesal, incoar un proceso donde se litigue sobre si uno de los llamados a la sucesión está o no incurso en alguna de las causales de incapacidad sucesoria que el Código Civil prevé (vid. artículos 469 y 470), para lo que se necesita de los términos y alcance, reconocidos ex lege a favor del proceso ordinario.

Que de lege data, en función de dar celeridad a esta situación, en aras de la pronta liquidación y división del caudal hereditario, se establezca como cauce idóneo el proceso sucesorio ante el Tribunal Municipal Popular correspondiente, nada empece pues la voluntas legislatoris todo lo puede, en cualquier caso habría que enjuiciar si con ello se logra una verdadera seguridad jurídica y una tutela judicial efectiva, sobre todo para quien pudiera ver esfumada, con el éxito de una demanda en tal sentido, cualquier delación sucesoria a su favor. Ahora bien, de lege data, no hay cabida para otra interpretación, a menos que se cree Derecho. Incluso el propio legislador en el artículo 537, segundo párrafo, deja expresado diáfanoamente que “El auto de declaración de herederos podrá ser modificado, en proceso ordinario, a instancia de parte interesada”, modificación que podría venir dada, si bien no con carácter exclusivo, por la declaración judicial de incapacidad de quien hasta entonces se había comportado como un heredero aparente, mientras no se disponga su declaración judicial de incapacidad sucesoria. De tratarse de un proceso ordinario entonces, conforme con lo establecido en la ley ritual, no competiría su conocimiento a los tribunales municipales, dada la imposibilidad de subsunción del supuesto en ninguna de las hipótesis normativas comprendidas en los incisos 1) y 2) del artículo 5, en tanto,

la demanda no sería de contenido económico, ni su contenido se referiría al estado civil de las personas. Luego, no cabría otra posibilidad que la ofrecida por el artículo 6 inciso 6) que con valor residual le atribuye competencia a los tribunales provinciales para conocer de “los demás asuntos civiles que no estén atribuidos por esta Ley a otro Tribunal”. Si me preguntaran por el criterio que de lege ferenda considero plausible, apoyaría la tesis de darle competencia a los tribunales municipales por vía del proceso ordinario, pero no sería más que eso, una consideración de iure condendo. Con la ley procesal en las manos seguiría apoyando el criterio que he vertido por respeto al sentido recto y claro de nuestro legislador. Y no por ello pienso que me tilden de exegeta demasiado apegado a la dicción literal de la norma.

2.3.2. *El abandono definitivo del territorio nacional: como causa de incapacidad para suceder y como causa de confiscación de los bienes, derechos y acciones sitos en Cuba, a su titular. El alcance de la Disposición Transitoria Sexta del Código Civil en este orden*

Uno de los temas que en sede sucesoria ha suscitado más la atención en la doctrina científica cubana y en la praxis jurídica en los últimos tiempos lo ha sido el del abandono definitivo del territorio nacional como causal de incapacidad sucesoria¹³, amén del tratamiento que ha tenido el

13 Desde época bien temprana a la entrada en vigor del Código Civil se publicaron por la Organización Nacional de Bufetes Colectivos los artículos “La incapacidad para heredar por salida definitiva del país”, en Boletín de la ONBC, N° 10, septiembre de 1988, p. 19, de Gil Fernández García, quien llegó a apuntar que al ámbito de aplicación del artículo 512 del Código Civil cuando reconoce el derecho de representación en la sucesión ab intestato, no se extendía al supuesto de incapacidad para suceder ex artículo 470 del Código Civil y “Otra opinión sobre la incapacidad de heredar por la salida definitiva del territorio nacional”, en Boletín de la ONBC, N° 12, noviembre de 1988, pp. 16-18, del profesor Juan Mendoza Díaz, el que juiciosamente riposta el criterio hermenéutico de Fernández García con argumentos con los cuales estoy conteste, al concluir que es “dable el derecho de representación en los casos de incapacidad para heredar por abandono definitivo del país, sin que exista limitación alguna en el Código que lo coarte, siendo la letra del artículo 473.1 una limitación al derecho de acrecer pero no al de representación”. Más tarde vio la luz “Las incapacidades para suceder en la doctrina y en el Derecho positivo” de Cobas Cobiella, María Elena, Leonardo B. Pérez Gallardo y Juan R. Mendoza Díaz, artículo

mismo hecho, desde inicios de la Revolución, como causa de confiscación de los bienes, derechos y acciones a su titular, bajo lo preceptuado por el artículo 2 de la Ley 989/1961 de 5 de diciembre¹⁴.

publicado en *Revista Cubana de Derecho*, N° 7, julio-septiembre, 1992, pp. 96-110, en el que se ofrece un análisis de soslayo de esta polémica causal de incapacidad sucesoria. Años después se edita *Temas de Derecho Sucesorio cubano* en el que en uno de los artículos contenidos, tras pasar balance al Libro Cuarto del Código Civil, a una década de vigencia de este cuerpo legal, se refleja un estudio de la polémica que lleva insita la nombrada causal de incapacidad para suceder. En este sentido vid. Pérez Gallardo, Leonardo B. y María E. Cobas Cobiella, *Temas de Derecho Sucesorio cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999, pp. 169-177. Igualmente de mi propia autoría, “Transmisión al Estado del patrimonio del causante sólo en defecto de todos los herederos llamados ex voluntate y ex lege. Alcance y sentido del artículo 546-1 del Código Civil. La excepción consagrada en el artículo 473-1 del mismo cuerpo legal”, en *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, N° 6, enero-abril del 2001, pp. 15-25, artículo en el que nuevamente se incide en el estudio del espectro de efectos que la ausencia definitiva del territorio nacional pudiera conllevar para el resto de los coherederos concurrentes, la posibilidad de apertura del derecho de representación y la transmisión directa del patrimonio a favor del Estado cubano. Y por último los libros, *Derecho de Sucesiones*, editado por la Editorial Félix Varela, en 2004, bajo mi coordinación, en el capítulo XI, de mi autoría, pp. 293-300 y *De la designación de beneficiario mortis causa en cuenta de aborro*, también de mi autoría, editado por Dykinson, Madrid, 2005, pp. 216-226.

- 14 Así, la Ley N° 989/1961 de 5 de diciembre estableció en uno de sus POR CUANTO que: “Es evidente que algunas personas pertenecientes a clases afectadas por las medidas revolucionarias, con imperdonable desdén por al Patria, abandonan el país”, mientras en su artículo 2 dispuso: “En los casos de las personas comprendidas en el párrafo 2o del artículo 1 (personas que abandonan definitivamente el territorio nacional), todos sus bienes muebles, inmuebles o de cualquier otra clase, derechos, acciones y valores de cualquier tipo se entenderán nacionalizados, mediante confiscación a favor de Estado cubano, los cuales se asignarán a los organismos correspondientes”. No obstante, ha de tenerse en consideración que en la actualidad según prescribe el artículo 108 del Manual consular para trámites migratorios en las representaciones consulares cubanas, la referida Ley se aplica a quienes no hayan regresado al territorio nacional al término de 11 meses de su salida y no conste en la Dirección de Inmigración y Extranjería que se haya otorgado prórroga por más tiempo, de suerte que se les consideran como negativas de regreso, otorgándoseles la categoría de emigrantes. No así a quienes estén habilitados legalmente para permanecer en el exterior por permiso de viaje al exterior o permiso de residencia en el exterior de forma temporal y, en el segundo, por estar autorizado para establecerse en el exterior por tiempo indeterminado por contraer matrimonio el nacional cubano con extranjero, lo que le viabiliza entrar al territorio nacional cada vez que se desee sin solicitar permiso de entrada y, permanecer en Cuba hasta doce meses sin perder esta categoría (Vid. artículo 13.1incisos a) y b) del citado Manual).

No pretendo reiterar lo que ya he expresado en otras tantas ocasiones¹⁵. El legislador del Código Civil le revistió de un ropaje sucesorio a una medida de raigambre puramente confiscatoria, tal y como primigeniamente nació en 1961 con la promulgación de la Ley 989 de 5 de diciembre. Empero, tal tratamiento no priva de la posibilidad de aplicación aún hoy de la citada Ley, a pesar de que pudiera aducirse que su aplicación esté descontextualizada, si se toma en cuenta el momento histórico de promulgación de la norma. De suerte que, resulta muy interesante el caso sometido a conocimiento del foro, en un recurso de casación que concluye con la Sentencia N° 240 de 18 de abril del 2002 (ponente Arredondo Suárez) que en su Primer Considerando expresa: “(...) al establecer la Sala de apelación la falta de legitimación que padece la actora para promover proceso de testamentaría, se evidencia que observó lo regulado en el artículo quinientos veintidós del Código Civil que establece que la herencia se adquiere desde la muerte del causante, puesto que el deceso de la referida ocurrió en oportunidad en que en el heredero testamentario residía en el territorio nacional y conoció la manifestación de voluntad de la testadora sin que renunciara a la herencia, de ahí que la causal de incapacidad para heredar a que se refiere el artículo cuatrocientos setenta del mencionado cuerpo legal no se configure en dicho heredero, quien en definitiva poseía un derecho expectante cual era el de adjudicarse lo heredado y que indudablemente se trasmite al Estado cubano al confiscarse sus bienes, derechos y acciones por abandono definitivo del país; (...)”. En efecto, la ratio misma de la litis lo fue la discutible falta de legitimación de la recurrente para promover en la instancia el proceso de testamentaría, por no encontrarse en ninguno de los supuestos del artículo quinientos sesenta y ocho de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, hija que fuera del heredero testamentario de la recurrente, quien abandonó el país con carácter definitivo tiempo después del fallecimiento de la causante-testadora, para lo cual se aduce un pretendido derecho de representación, a mi juicio cuya improcedencia es la ratio decidendi de este fallo adverso para la recurrente.

Adpero, aún a modo de obiter dicta, la Sala deja sentado un criterio sutil e inteligente. Se es incapaz para suceder por abandono definitivo del territorio nacional, cuando actuando conforme con las disposiciones

15 Vid. nota anterior.

migratorias establecidas a tal fin, ya enunciadas en otra oportunidad¹⁶, existe una voluntad expresa o tácita de obtener la condición de emigrante, o por la conducta asumida le es atribuido al sujeto la de desertor, pasando a residir permanentemente en el exterior sin habilitación a tal fin de las autoridades cubanas, ya sea por permiso de residencia en el exterior o por permiso de salida indefinida (para cubanos que pretendan residir en Puerto Rico o en los Estados Unidos de América). Asimismo se pronunció en su momento la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia a través de su Dictamen 4/1990 en cuyo PRIMER APARTADO se expresa: “No se considera como causa de incapacidad para la herencia la condición de residencia permanente en un país ya que esta condición en el sentido que se interpreta no es semejante a la otra de haber abandonado el país de forma definitiva y en la forma en que fue prevista por el legislador en el artículo 470 del Código Civil vigente”, o sea, se trasluce que el solo hecho de residir en territorio foráneo no es suficiente per se para una declaración ipso iure de incapacidad sucesoria ex artículo 470 del Código Civil. Aún así, si el llamado a una sucesión, reconocido como tal en un título sucesorio testamentario o ab intestato, abandona definitivamente el territorio nacional, sin que sea portador de un permiso de residencia en el exterior o de un permiso de salida indefinida, transcurrido el término perentorio establecido ex lege en el artículo 527 del Código Civil, entonces, le asiste toda la razón a la Sala de entender que en ningún caso procedería el ius repraesentationis, y sí, por el contrario, la confiscación de los derechos a una sucesión deferida y ya aceptada, por presunción iuris et de iure (vid. artículo 527.2 del Código Civil), pues el silencio en este supuesto tiene los efectos que la ley dispone, esto es el entender por aceptada la herencia (cfr. artículo 49.2 del Código Civil).

No se trata de un estadio en que aún no ha operado la delación hereditaria como sucedería si el título sucesorio contentivo de la delación ab intestato no se hubiera tramitado cuando el presunto llamado abandonó el país, pues en tal caso a su favor no se daría delación alguna, ya que aunque ésta se remonta al momento del deceso del causante, y en aquel, el presuntamente llamado aún residía en suelo patrio, se aprecia la capacidad para suceder, en este muy sui generis caso, en el momento en que la delación legal se recubre de formalidad, o sea, no es suficiente con

16 Vid. nota (15).

que dicho sujeto haya residido en Cuba el día del deceso del causante, sino además cuando el llamamiento se corporiza en el título sucesorio demostrativo. Y en esta oportunidad ya no se era residente en Cuba, por lo tanto la propia dicción literal del artículo 470 del Código Civil conlleva a que no opere a su favor delación alguna, sino a favor de sus descendientes ad infinitum, si del primer llamado se tratare o de sus hijos, a la postre sobrinos del causante, si estuviéremos ante un quinto llamado. Delación inmediata que en todo caso se da a favor del descendiente del incapaz, dado que en beneficio de este último nunca se ha suscitado delación alguna.

De tratarse de una sucesión testamentaria, como la delación se prueba a través del documento en que se expresa o se exterioriza el negocio jurídico testamentario en el cual se contiene, y con ello la voluntad testatoris (título sucesorio generativo), dada la propia naturaleza jurídica del testamento, este no es perfecto para terceros ante mortem, luego, una vez sobrevenido el deceso del testador, cobra vida el título sucesorio, entre otros efectos, a los fines del discurrir del importante y a mi juicio demasiado parco, término de caducidad, a que se contrae el artículo 527.1 inciso a) del vigente Código Civil. Pero, no puede obviarse, lo que considero, no quedó explícitamente narrado en la sentencia, esto es que el legislador en la sucesión testamentaria matiza con una subjetividad extrema el dies a quo, o sea el momento de inicio del cómputo del término de caducidad para lo cual exige que el llamado, más que heredero, como establece el legislador, tenga “conocimiento oficial” de que lo es, lo cual ha de entenderse como puesta en conocimiento de forma auténtica e indubitada por la autoridad investida a tal fin de que ha sido llamado a una sucesión (v. gr. con la expedición de una copia de la escritura pública de testamento a instancia del propio llamado o la notificación del auto de adveración de un testamento ológrafo con nota de firmeza) y por ello, desde ese momento depende de su libérrima voluntad arrojarse con la condición de heredero o no. De modo que, requisito sine qua non para dar por aceptada una herencia a la cual se ha sido llamado en virtud de una delación testamentaria, es que dicho término haya discurrido, siempre que, haya quedado demostrado que el llamado tuvo conocimiento oficial de la existencia a su favor de una delación.

De lo que no caben dudas es que con gran acierto el juzgador ha entendido la improcedencia de aplicar el artículo 470 del Código Civil a

quien ya, demostrado claro está, ha aceptado la herencia, bien de forma expresa o tácita, o en su defecto presunta, y sí en cambio el alcance de los efectos confiscatorios del artículo 2 de la Ley 989/1961, por la cual no solo se confiscan bienes, sino también derechos y quien se tiene como que ha aceptado una herencia, ha incorporado en su patrimonio, aquellos derechos que le vienen deferidos de la sucesión de quien trae causa, aun cuando al momento de emigrar del país no los haya incorporado de facto a su patrimonio.

El otro extremo que la sentencia nos motiva a razonar es el que a mi juicio, constituyó la *ratio decidendi* del fallo, por el cual se declaró SIN LUGAR el recurso de casación interpuesto. No cabe el derecho de representación en la sucesión testamentaria, por razones tantas veces aludida en la doctrina científica, a pesar de que algunas voces se hayan alzado para defender su posible existencia, siempre que así lo haya expresado el testador¹⁷, cual no fue el caso. El *ius repraesentationis* es una forma de suceder exclusiva de la sucesión *ab intestato* sustentada en el vínculo parental consanguíneo entre causante, “representante” y “representado”, excepcional, por el que parientes más lejanos al causante concurren con parientes más propincuos, sólo en los casos previstos en la ley, y diseñado a ese fin por nuestro legislador (cfr. artículos 512, 513, 514.1 y 2 y 521.1). Por consiguiente le resulta bien atinado a la Sala esgrimir en el mismo Primer Considerando que el “(...) argumento que se esgrime respecto a la procedencia del derecho de representación en la sucesión testamentaria, no es más que un criterio personal de la casacionista que hace abstracción de la naturaleza de dicha forma de sucesión como acto de última voluntad, máxime si se tiene en cuenta que cita como apoyo de su aseveración lo previsto en el artículo cuatrocientos setenta y dos del precitado cuerpo legal, precepto inequívocamente regulador de un supuesto propio de la sucesión intestada (...)”. Para suplir la ausencia de

17 Así lo expone el profesor Albaladejo, quien alega que si bien la ley no concede en la sucesión testamentaria el derecho de representación a favor de nadie, a los fines de que ocupe el puesto del instituido que no sucede, sí puede hacerlo el testador, concediéndolo, de igual manera que como la ley lo hace en la intestada, para el supuesto de que el representado no pueda suceder, e incluso para el de que no quiera y renuncie a la herencia. Tal concesión – expone el célebre profesor- no tiene por qué ser expresa, sino es suficiente que la voluntad de otorgarlo se deduzca del testamento de modo tácito. Para más abundar vid. Albaladejo, Manuel, *Derecho Civil V*, Derecho de Sucesiones, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 72-74.

alguno de los llamados a la sucesión por el causante el mismo legislador deja expedita la vía de la sustitución vulgar ex artículo 482 o del acrecimiento sucesorio, ex artículo 471.1, lo cual puede ser previsto por el testador en el negocio testamentario como parte de su poder autónomo de voluntad. El mecanismo de la representación sucesoria es, por consiguiente, más propicio para suplir la ausencia por premuerte, incapacidad o renuncia hereditaria en la sucesión ab intestato. Ideado en Roma, lleva insito una razón de justicia, pretendiendo acercarse lo mejor posible a la manera en que el causante hubiera reordenado la sucesión ante los imprevistos del destino, de conocer la ausencia de los más propincuos parientes. De ahí el por qué con el devenir de la codificación civil se fue ampliando el diapasón de supuestos que comprende¹⁸.

Esta línea jurisprudencial relativa a la no aplicación de la incapacidad para suceder por abandono de definitivo del territorio nacional y sí de la Ley confiscatoria 989/1961 resulta reafirmada por la Sentencia N° 512 de 25 de agosto del 2003 (ponente Bolaños Gassó), que en su Único Considerando sustenta la improcedencia del recurso de casación por el cual se pretendía modificar el acta declaratoria de herederos autorizada, refutándose por el Alto Foro que “(...) la modificación de institución de herederos pronunciada en fecha anterior a la entrada en vigor del vigente Código Civil, sobre la base de lo preceptuado en su Disposición Transitoria Sexta, (...) es lo cierto que dicha norma, por estar referida a las herencias deferidas y no adjudicadas, no da cabida a que por el hecho de haber abandonado el país ulteriormente quienes fueron declarados judicialmente herederos, tal carácter pueda trasmitirse por derecho de representación atendiendo a la previsión de los artículos cuatrocientos setenta y quinientos doce del citado Código, lo cual incluso se corrobora por el claro tenor del precepto en último orden citado, que autoriza esa prerrogativa cuando se trata de quien legalmente por el grado de parentesco con el causante y atendiendo al orden de prelación que al respecto se establece, debe ser llamado a la herencia conforme a lo previsto en el

18 Inicialmente, en el Derecho romano sólo se admitía para el supuesto de premuerte, posteriormente fueron incluidas como causales de representación sucesoria, la indignidad y la renuncia. El Código de Vélez Sársfiel fue uno de los pioneros en aperturar el ius repaesentationis a los supuestos de indignidad, ausencia con presunción de muerte, no probándose que existía el ausente al momento de abrirse la sucesión y renuncia (cfr. artículos 3301, 3554 y 3555, respectivamente).

artículo quinientos diez del propio cuerpo legal, momento procesal que implícitamente excluye el aducido derecho de representación cuando ya quien se ausenta del país ha sido instituido heredero, cuya circunstancia exclusivamente tiene incidencia sólo para el trámite de partición y adjudicación del caudal, todo lo cual fue rectamente observado por la sala a quo(...)".

El recurrente respaldaba su recurso en que el hijo del causante había abandonado definitivamente el territorio nacional con fecha 13 de julio de 1995, debiéndose incapacitar desde ese momento para ser tenido como heredero de su progenitor de acuerdo con lo establecido en el artículo 470 del vigente Código Civil, quien había dejado en Cuba a sus dos hijas, las cuales como nietas del causante -aduce asistirle el derecho de representar a su progenitor, incapacitado para heredar al causante y, en consecuencia, heredar en la porción que le hubiera correspondido a su representado, ambas por partes iguales entre sí, de conformidad con lo establecido en los artículos 512, 513 y 514.3 y 4 del Código Civil en relación con la Disposición Transitoria Sexta del propio cuerpo legal-, al tratarse de una herencia deferida y no adjudicada, aún vigente el Código Civil español, situación que se daba con otro nieto del causante, cuya madre, hija del de cuius, había abandonado el país el 20 de enero del 2000. A ese fin el recurrente adujo también a través de un motivo de ampliación que para la tramitación de las adjudicaciones de las herencias deferidas pero aún no aceptadas, ni adjudicadas, la legislación o norma sustantiva aplicable lo es el Código Civil en vigor, el que establece en su artículo 470 que es causa de incapacidad para suceder el hecho de haber abandonado definitivamente el territorio nacional y consecuentemente con ello las personas que abandonan definitivamente el país no pueden ser declaradas ni tenidas como herederas de sus causantes por mandato expreso de la Ley que los excluye de ello.

La sentencia deja a la luz algunas puntuales acotaciones, a saber:

1º El ius repraesentationis no es de aplicación automática, cabe en los supuestos en que puede ser subsumido el caso sub iudice a la previsión fáctica normativa.

2º La Disposición Transitoria Sexta, se extiende a los casos en que la herencia ha sido deferida y no adjudicada, mas cabe la sutil acotación, de que el caso juzgado involucra una herencia deferida, aceptada (por

presunción *iuris et de iure*), pero no adjudicada, pues al resultar de aplicación el vigente Código Civil por el imperio de la Disposición Transitoria Primera del mismo cuerpo legal, cabe aplicar entonces el artículo 527 de dicho Código.

3° Que al discurrir el término de ley (artículo 527 del Código Civil) no estamos frente a una persona a quien se le ofrece el *ius delationis*, sino frente a quien ya ha aceptado la herencia y con ello adquirido la cualidad de heredero.

4° Tratándose de un heredero que ha ejercitado el *ius optionis*, no cabe imputarle una incapacidad sucesoria. Tal imposibilidad se sustenta en que la salida de los dos hijos del causante (1995 y 2000) se realiza en fecha bien distante al momento en que se tramitó el título sucesorio demostrativo (anterior a 1985, pues fue de conocimiento judicial), y no porque la relación jurídica sucesoria nazca vigente aún el Código Civil español, ni porque el título sucesorio demostrativo que prueba la delación *ab intestato* se hubiere tramitado también bajo la vigencia del hispánico Código Civil, sino porque la aplicación misma del cuerpo legal que le precedió – el Código Civil cubano de 1987– hace que se tenga por aceptada la herencia tres meses después que haya cobrado firmeza el auto de declaración de herederos.

5° Al concebirse aceptada la herencia y con ello la cualidad de heredero, no cabe despojarse de ella, en tanto resultan de aplicación, no las normas contenidas en los artículos 470, 512, 513 y 514.3 y 4 del Código Civil, sino el artículo 2 de la Ley 989/1961, en el sentido de que se entiende confiscado a favor del Estado cubano los derechos adquiridos por quienes emigraron del país, si bien no adjudicados o carentes de un título formal. Ergo, la legitimación del Estado vendría dada por la propia Ley 989/1961, particular respecto del cual parece pronunciarse la Sala del Ato Foro, al desestimar el derecho de representación pretendido, y aducir que esta “circunstancia exclusivamente tiene incidencia sólo para el trámite de partición y adjudicación del caudal”, pues en tal ocasión los derechos de quienes abandonaron el país han de ser adjudicados al Estado cubano, al amparo de la citada ley confiscatoria.

3. SUCESIÓN TESTAMENTARIA

3.1. Capacidad para testar. Momento de su apreciación

Otra de las líneas jurisprudenciales claramente definida de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo cubano en sede sucesoria en este último lustro ha sido el de confirmar un criterio unánimemente admitido en doctrina¹⁹: el de que el momento para apreciar la capacidad para suceder lo es el del otorgamiento del testamento y no otro. Así se ha pronunciado en la Sentencia N° 266 de 28 de febrero del 2001 en su Primer Considerando (ponente Arredondo Suárez)

(...) las anotaciones en la historia clínica sobre el estado de la testadora que hizo suyas la sentencia interpelada basadas en la apreciación del facultativo de asistencia, no especializado en salud mental, corresponden al veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y ocho, fecha distinta y posterior a aquella en que se otorgó el instrumento público cuya impugnación es objeto de la litis, es decir al día veintidós del expresado mes y año, cuando su enfermedad había progresado y empeorado su estado general (...) si además de lo expuesto se tiene en cuenta que la aludida testadora en momento alguno de su vida fue declarada incapaz por Tribunal competente, único medio de irrefutable eficacia para determinar su incapacidad mental para el otorgamiento impugnado (...); Sentencia N° 766 de 19 de diciembre del 2002, Primer Considerando (ponente Bolaños Gassó) “(...) no (ha) quedado acreditado fehacientemente como exige la Ley, la presencia de circunstancias personales en la testadora que restringieran su capacidad para la realización del debatido acto jurídico al momento de su otorgamiento (...)”; Sentencia N° 232 de 24 de abril del 2003 en su Segundo Considerando (ponente Acosta Ricart) “(...) el objeto de probanza en todo caso sería la imposibilidad del testador, a partir de sus padecimientos, de suscribir el documento cuyo contenido se pretende advenir, de donde debe colegirse que lo determinante no es el estado físico o mental de aquel en fecha cercana a su fallecimiento pues ello resulta intrascendente, sino el grado de afectación al momento de suscribir el documento, y la posibilidad o

19 Así lo han admitido, Rivas Martínez, Juan José, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, tomo I, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 88-89; Vallet de Goytisolo, Juan B., *Panorama del Derecho de Sucesiones tomo II– Perspectiva dinámica*, Cívitas, Madrid, 1984, pp. 29-37; Lacruz Berdejo José Luis et al., *Elementos de Derecho Civil V– Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 173-174.

no de haberlo suscrito (...); Sentencia N° 430 de 15 de julio del 2003 en su Primer Considerando (ponente Bolaños Gassó) “(...) no (ha) quedado acreditado fehacientemente, que al momento de la celebración del acto notarial que generó la Escritura número quinientos ochenta y nueve de Noviembre de mil novecientos noventa y ocho la otorgante del cuestionado testamento tuviera afectadas sus facultades mentales al extremo de que se lo impidiera (...)”; Sentencia N° 766 de 19 de diciembre del 2002. Primer Considerando (ponente Bolaños Gassó) “(...) no (ha) quedado acreditado fehacientemente como exige la Ley, la presencia de circunstancias personales en la testadora que restringieran su capacidad para la realización del debatido acto jurídico al momento de su otorgamiento (...)”.

Es evidente que esta línea continuativa expresa la necesidad de que la capacidad sea apreciada, cualquiera sea la forma testamentaria a la que se acuda al momento de otorgarse el testamento, ni a priori, ni a posteriori, sin que constituya un presupuesto la previa declaración judicial de incapacidad de quien se pretenda ulteriormente impugnar su testamento. La clave está en determinar en ese mismo momento la testamentifictio activa. En investigación recientemente concluida que dirigí como tutor, su autora después de un análisis de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en el período 2001-2004 pudo constatar el ínfimo número de sentencias que declaran CON LUGAR recursos de casación en los que se acusa ausencia de capacidad del testador (sólo en 4 ocasiones de 44 recursos interpuestos que versan sobre esta materia)²⁰. La Sala de lo Civil y de lo Administrativo ha reiterado la tendencia asumida por la jurisprudencia extranjera de presumir la capacidad para suceder, a menos que se pruebe lo contrario²¹, tomando como punto de referencia el momento

20 Vid. Sánchez Bergara, Sheila, Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad: puntuales referencias en el ámbito de la testamentifictio activa, Trabajo de Diploma, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Ciudad de La Habana, 2005, Anexos 1, 2 y 3.

21 Particular que ha sido reiterado por la jurisprudencia foránea. En la de Argentina a través de varias sentencias, a saber: “La ley presume que toda persona se halla en su sano juicio, mientras no se pruebe lo contrario, por lo que en la duda debe resolverse a favor de la validez del testamento. Por ello, al que pide la nulidad le corresponde probar que el testador no se hallaba en su completa razón al momento de estar siendo éste el momento a que debe atenderse para calificar la capacidad de aquel” (CNCiv., Sala F, Octubre 10 1972). ED, 47-151; “La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario, prueba que incumbe a quien

de otorgamiento del testamento, de ahí el reciente pronunciamiento de la Dirección de los Registros Civiles y Notarías en su Dictamen 3/2004 de 5 de octubre que refuerza esta posición.

3.1.1. *Juicio de capacidad notarial*

La apreciación que sobre la capacidad del testador realiza el notario, se concretiza en el juicio que éste aporta en la comparecencia del instrumento público²².

impugna la validez del testamento fundado en esa causa (art. 3616, Código Civil). Esta demostración debe ser seria y concluyente, y aunque es admisible toda clase de pruebas, no bastan obviamente las simples afirmaciones de testigos que dicen haber advertido alteraciones de conducta o incoherencia en la conversación, y en caso de existir dudas, deben resolverse en favor de la validez del acto” (CNCiv., Sala D, Diciembre 16 1970). ED, 42-663; “La prueba de que en el momento de testar el causante no se hallaba “en su perfecta razón (art. 36158 Código Civil), esta a cargo de quien impugna el testamento, porque la ley presume que toda persona esta en su sano juicio mientras no se demuestre lo contrario (art. 3616)”. (CNCiv., Sala D, Agosto 24 1970). ED, 36-612. En la de España en la Sentencia de 12 de mayo de 1998 (Ref. El Derecho 1998/3976) que cita a su vez el resumen jurisprudencial que sobre el tema hizo la Sentencia del propio tribunal de 27 de enero de 1998: “La sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sentencia 1-II-1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sentencia 25-IV-1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción iuris tantum que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario ‘evidente y completa’ (Sentencia 8-V-1922; 3-II-1951), ‘muy cumplida y convincente’ (Sentencia 10-IV-1944; 16-II-1945), ‘de fuerza inequívoca’ (Sentencia 20-II-1975), cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aún en estado latente en el sujeto (Sentencia 25-IV-1959), pues ante la dificultad de conocer donde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (23-II-1944; 1-II-1956)”; Sentencia de 24 de julio de 1995 (Ref. El Derecho 1995/3476) en que se dispone por el Alto Foro “Que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario”, reiterada en la importante Sentencia de 19 de septiembre de 1998 (Ref. El Derecho 1998/17464), que expresa que “La capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural y según la jurisprudencia reiterada se presume asiste a todo testador”.

22 La mayor parte de las Leyes Notariales lo exigen como requisito formal. Cfr. artículo 15 inciso e) de la Ley Notarial de Puerto Rico, artículo 54 inciso h) de la Ley del Notariado del Perú, artículo 40 del Código Notarial de la República de Costa Rica,

Este juicio sobre la capacidad del testador se desenvuelve en dos planos íntimamente ligados, aunque recogidos en preceptos diferentes. Uno, el plano sustantivo, coincide con la comprobación misma de la capacidad del testador. El otro, el plano formal, no es sino la materialización en el documento testamentario de la aptitud apreciada en el testador, o, si se prefiere, la dación de fe de hallarse el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.²³

Torres Escámez en un sentido amplio expresa “El juicio de capacidad es la declaración que realiza el notario en todas las escrituras y en algunas actas, normalmente al final de la comparecencia y antes de la calificación del acto, por la cual expresa su creencia de que los otorgantes tienen condiciones personales de aptitud e idoneidad con arreglo a la Ley para que el acto o negocio documentado produzca sus efectos normales.”²⁴

Si bien la expresión de este juicio en el documento público ha sido más que controvertida, un argumento a favor de ella, es el valor que tiene una vez apreciado por el notario.²⁵ No hay duda de que el juicio de capacidad es una valoración subjetiva que se forma el notario sobre la aptitud del otorgante al momento de autorizar el testamento. Se corrobora entonces que lo importante para la testamentifacitio activa es la capacidad natural, la que deberá ser observada por el notario.²⁶

Como el juicio notarial no es infalible, la dación de fe que contiene el instrumento no afecta a la capacidad, pues ésta solo es el resultado de una actividad subjetiva del notario. Sin embargo, el juicio plasmado en el instrumento, corrobora que el notario ha realizado las diligencias que le han sido impuestas y ha autorizado el documento porque el juicio que se ha hecho sobre la capacidad del otorgante no le alberga dudas.²⁷

artículo 156.8 del Reglamento notarial español y artículos 60 inciso c) y 77 inciso d) de la Ley Orgánica Notarial de Buenos Aires, Argentina.

23 Mesa Marrero, Carolina, “Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho Sucesorio”, en *Revista Jurídica del Notariado*, No 43, julio-septiembre, 2002, en nota (41), p. 180.

24 Torres Escámez, Salvador, “Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad”, en *Revista Jurídica del Notariado*, No 34, abril – junio, 2000, p. 211.

25 Se le reconoce como medio de prueba, como un instrumento para controlar la legalidad y como un requisito de validez de los testamentos.

26 Al decir de Torres Escámez, S., “Un estudio sobre...”, cit., p. 218, “(...) la apreciación de la capacidad natural es el verdadero núcleo del juicio notarial de capacidad, pues el enjuiciamiento de la capacidad de obrar presupone una calificación jurídica.

27 Así lo ha afirmado la jurisprudencia argentina: “Aunque el escribano autorizante haya

Cabe destacar que no importa la fórmula en la que se exprese, ni las palabras que para ello se utilicen, será suficiente con su mención en el otorgamiento. La forma y el estilo, son de libre elección por el notario²⁸. Posición a la que se afilia nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia N° 888 de 31 de diciembre del 2003 que en su Primer Considerando (ponente Carrasco Casi) la cual con meridiana claridad alude que “(...) la fórmula notarial según la cual el Notario actuante afirma, ‘... que los otorgantes tienen, a su juicio, la plena capacidad para otorgar el instrumento que autoriza...’ no es una formalidad de redacción, sino por el contrario, uno de los requisitos esenciales de todo instrumento público, es decir que, el señalado funcionario no puede hacer constar la cuestión relativa a la capacidad legal sin que previa y plenamente le conste; con mayor razón si el quejoso pretende imponerle una obligación al Notario actuante, que en todo caso constituye vía de excepción, como resulta ser en los casos de duda por incapacidad declarada judicialmente la formalidad especial, de que la referida otorgante sea examinada por dos facultativos (...)”. Resolución judicial que confirma lo exigido por el artículo 64 inciso c) del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales, quien requiere en la comparecencia de cualquier escritura pública, con más razón de la de testamento, el juicio notarial de capacidad, cuya ausencia conduce a la nulidad del instrumento público notarial ex artículo 16 inciso b) de la Ley de las Notarías Estatales²⁹, con la necesaria actuación de visu et auditu suis

expresado en el testamento que el testador a su juicio, se encontraba en pleno uso y goce de sus facultades mentales, según su acertado modo de razonar, tal atestación es inocua porque los escribanos no tienen por misión comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan y, además, la fe del instrumento solo se refiere a la actuación personal de oficial en el ejercicio de sus funciones al margen de su cometido, como las apreciaciones sobre la salud mental y física de los comparecientes, que pueden ser rebatidas por cualquier medio de prueba.” (C1aCC San Martín, Abril 5 1973, ED, 50-158.973).

28 Sostiene Rivas Martínez, Juan José, *El testamento abierto otorgado ante Notario después de la Ley de 20 de diciembre de 1991*, Dykinson, Madrid, 1993, p. 40, que “El Notario no está obligado a emplear las mismas palabras que expresa el Código en su art. 696, pudiendo usar otras distintas que indiquen la misma idea, pues lo esencial no son las palabras empleadas, sino que el Notario considere al testador con suficiente capacidad para testar”.

29 Sobre la distinción entre la ausencia del juicio de capacidad notarial en la escritura pública de testamento y el error en la apreciación por el notario del juicio de capacidad en igual instrumento público, ex artículos 16 inciso b) de la Ley de las Notarías Estatales y artículo 67 inciso b) del Código Civil respectivamente y la

sensibus del funcionario fideifaciente, quien ha de valorar si existe alguna causal impeditiva que limite la capacidad natural del compareciente, y únicamente cuando le abrigare dudas dicha capacidad exigiría entonces la intervención de un facultativo y no de dos, particular al que hace mención la Sentencia, en supuesto no regulado en nuestro ordenamiento civil, y sí en el español cuando el testador, previamente declarado incapacitado por tribunal competente, pretende en intervalo lúcido testar, hechos que no fueron los que motivaron el caso conocido en vía casacional por el Tribunal Supremo³⁰, dejando claro el Alto Foro que la determinación de la presencia, como concurrente en el instrumento público, del facultativo o de los facultativos, porque nada quita que sean más de uno los que requiera el notario para despejar las dudas que le merece la capacidad del pretense testador, es de la entera y libérrima decisión del notario y no un deber jurídico que le viene impuesto ex lege³¹.

Eso sí, lo que no resisten los principios de intermediación y de unidad de acto, vitales para un otorgamiento con eficacia de un testamento notarial

trascendencia que en el orden sustantivo e instrumental conlleva su declaración por el órgano judicial, vid. Pérez Gallardo, Leonardo B., “A propósito de la nulidad de los instrumentos públicos notariales”, en *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, Edición Especial por el 35 Aniversario, enero del 2000, pp. 19-32 y en la *Revista Gaceta Jurídica*, –Lima-Perú–, tomo 76-B, marzo del 2000, pp. 47-54; Zubiatur Silva, Karen, “La nulidad sustantiva e instrumental. Perspectiva desde el Derecho Notarial”, Trabajo de Diploma, bajo la dirección de los profesores Caridad del C. Valdés Díaz y Leonardo B. Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2004 (en biblioteca de la Facultad de Derecho), y Sánchez Bergara, Sheila, “Discapacidad, capacidad restringida...”, cit., pp. 126-130.

- 30 Sumamente controvertidos por ciertos, ya que se intenta impugnar el testamento con un fundamento bastante oportunista, dado que el recurrente aduce que como el notario autorizante expresó en el testamento que la testadora no podía firmar por estar enferma, ello es razón suficiente para abstenerse de actuar o en todo caso solicitar la presencia de dos facultativos, a tenor del artículo 58 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales, precepto indebidamente citado por el recurrente, al tratarse del 54 y no del que por error adujo en el motivo de casación, e impropriamente interpretado en razón de que el nombrado precepto en modo alguno exige el número plural en la presencia de facultativos elegidos a su prudente criterio y leal entender por el notario actuante.
- 31 Sobre la apreciación de la capacidad para testar en situaciones limítrofes por el notario autorizante vid. Pérez Gallardo, L B., “El acto jurídico testamentario. Contenido e interpretación”, en *Derecho de...*, I, cit., pp. 226-233 y Sánchez Bergara, Sheila, “Discapacidad, capacidad restringida...”, cit., pp. 130-140.

es que el perito concurrente no intervenga en el propio acto de autorización del instrumento público, corroborando con su firma el dictamen que ofrece. Arguye Rivas Martínez en este orden que “los facultativos (dos en el ordenamiento español) han de reconocer al testador ‘previamente’ al otorgamiento del testamento (...) Ahora bien, la capacidad para testar ha de ser actual, en el momento concreto, en el día y la hora fijadas y en este sentido, habrán de estar presentes los mismos facultativos en el otorgamiento y autorización, para reiterar el dictamen que suscribieron lo que asegurará al Notario autorizante que no ha cambiado la capacidad del testador, y ello porque precisamente en el momento de prestar su consentimiento es cuando ha de tener el testador plena capacidad para testar”³².

Con ese fin la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia se ha pronunciado recientemente en su Dictamen N° 3/2004 de 5 de octubre en el que se expresa: “Es criterio de esta Dirección, que en los supuestos en que el notario precise de un pronunciamiento pericial respecto a la capacidad mental del compareciente al instrumento público, ésta se verifique mediante la intervención directa, en el acto en cuestión y ante el notario autorizante, del perito o facultativo que certifique la condición de esta persona, lo que se hará constar en la escritura o acta según sea el caso, en la parte correspondiente a la comparecencia, con independencia de la obtención previa, de un documento especializado que la certifique”. Con lo cual se pretende homogeneizar la actuación de los notarios que en la actualidad, a su prudente criterio, traen al instrumento público al perito en persona o su dictamen por escrito, expedido en fecha anterior al acto mismo del otorgamiento, con los peligros que trae consigo, demostrados en el terreno de la psiquiatría forense. Como apunta Sánchez Bergara: “Ante el perito, se presenta una situación fáctica que sin pretender un diagnóstico, precisa de la descripción de los síntomas que en cualquier caso, permitan o prohíban el otorgamiento del testamento. La explicación que facilite al notario y el razonamiento médico correspondiente, constituyen una fuente de especial relevancia para la conformación del juicio por dicho funcionario”³³.

Aunque no existe pronunciamiento expreso en el ordenamiento legal, algunos notarios insisten aún en la conveniencia de que el peritaje

32 Rivas Martínez, J. J., *El testamento abierto...* cit., p. 47.

33 Sánchez Bergara, Sheila, “Discapacidad, capacidad restringida...”, cit., pp. 134-135.

realizado se haga por escrito y se agregue a la escritura matriz. Los que piensan así dudan ellos mismos de la fe pública de la que son depositarios y del alcance de las facultades que le vienen conferidas. Es suficiente que el notario de fe de lo que ha presenciado, entre ello de los sujetos que han concurrido al instrumento y de sus manifestaciones y aseveraciones, extremos cubiertos por la fe pública, redargüibles bajo querrela de falsedad documentaria. Los que siguen abogando por la inserción del documento en que se contiene el peritaje del médico como documento agregado a la matriz para que forme parte del protocolo a cargo del notario, arguyen que con este actuar, en caso de posterior intento de impugnación se cuenta con dos elementos de gran relevancia, como son: el juicio que el notario se ha formulado al respecto y el análisis que de forma inmediata realizó un especialista. Adpero sigo el criterio de que para que el referido documento pueda considerarse un documento agregado, tendrá que ser previamente legalizado por la entidad hospitalaria en la que labora el perito, extremo que no resulta pertinente en el orden fáctico en sede testamentaria, o de cualquier otro documento público, al proceder el otorgamiento, ya sea en sede notarial o en el propio domicilio del testador, o incluso en el mismo hospital en el que está internado y que motivara el Dictamen N° 3/2004 de 5 de octubre de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia por la razón ya apuntada. Tampoco sería posible adjuntarlo con posterioridad al otorgamiento, pues en el mismo acto de otorgamiento y autorización notarial del testamento se estaría dando fe de la incorporación al protocolo de un documento que aún no procede incorporar, ni tan siquiera cabría supeditar su incorporación a la ulterior legalización. La autorización pone punto final a la calificación notarial del acto que se instrumenta y de los documentos que se adjuntan o agregan para que formen parte de la matriz del documento notarial. En resumen no cabría un actuar pendiente conditione.

En este orden de ideas la Sala de lo Civil y de lo Administrativo ha expresado a través de su Sentencia N° 430 de 31 de julio del 2003 en su Unico Considerando (ponente Acosta Ricart) “(...)mereciendo especial atención el juicio de capacidad dado por el notario actuante en el instrumento público cuya eficacia se ha cuestionado (...) resultando en todo caso concordante el juicio que ofreció, con el resultado del conjunto de pruebas obrantes en actuaciones, por las que se acreditó que aun y pese a la fatal enfermedad que padecía el testador, mantenía plena su

capacidad mental al momento del otorgamiento del citado instrumento, razón por la que no puede estimarse que el acto jurídico contenido en el mencionado instrumento adolezca de causal de nulidad (...)”. Sentencia en la que la juez ponente resalta el valor del juicio notarial de capacidad por ser el notario público el funcionario público habilitado para el otorgamiento del testamento (cfr. artículo 484 del Código Civil y artículo 76 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales). Juicio que implica una fuerte presunción *iuris tantum* de veracidad³⁴. Criterio jurisprudencial que mantiene la Sala en una Sentencia de la que es ponente Acosta Ricart a saber: la N° 963 de 30 de diciembre del 2004, que en su Único Considerando confirma la tesis de que el momento del otorgamiento es el que ha de tomarse en cuenta para calibrar la capacidad natural, al aducir “(...) no se acreditó que en la fecha del otorgamiento la testadora hubiera estado impedida mentalmente para regir su persona y administrar sus actos, habiendo dado el notario fe de lo contrario (...)” y a continuación resalta el valor de la fe pública, como no suele ser común en el lenguaje empleado por el Tribunal Supremo³⁵, nada halagüeño sobre el valor que

34 Como lo ha expresado el Tribunal Supremo español en Sentencia de 19 de septiembre de 1998 (Ref. El Derecho 1998/1764), en el Fundamento de Derecho Tercero donde se expone “El juicio notarial de capacidad de testamentifacción, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción ‘*iuris et de iure*’ sino ‘*iuris tantum*’ (...)”, línea jurisprudencia continuada en el Segundo Fundamento de Derecho de su Sentencia de 15 de febrero del 2001 (Ref. El Derecho 2001/1254) al afirmarse que: “en cuanto a la aseveración del Notario respecto a la capacidad del testador, que refiere el artículo 695 aplicable a los hechos y por tanto no afectado por la reforma operada por la Ley de 20 de diciembre de 1991, adquiere relevancia de certidumbre y por ello es preciso pasar mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial, lo contrario (Sentencias de 23-marzo-1994 y 27-enero-1998), pudiendo, al conformar presunción ‘*iuris tantum*’, ser combatida por prueba suficiente y eficiente (Sentencia de 19-septiembre-1998, que cita las de 26-9-1988, 13-13-1990, 24-7-1995 y 27-11-1995)”.

35 Recuérdese lo ya manifestado acerca del ínfimo número de recursos que en el período 2001-2004 la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo ha declarado CON LUGAR. De 44 recursos sustanciados en sede de impugnación de testamentos, en sólo 4 ocasiones fueron casadas las sentencias de instancia, lo que en gran medida refuerza el valor y eficacia de la fe pública notarial, su carácter de fuerte presunción *iuris tantum* de veracidad y el acierto con el cual los notarios han actuado al apreciar la capacidad de quienes con carácter de testadores han comparecido ante ellos. Mas, no resulta dádiosa la Sala en encomios al valor de la fe pública y la actuación de su titular por antonomasia.

encierra la fe pública notarial en el logro de la seguridad jurídica en un Estado de Derecho. Por ello tomo con beneplácito la expresión empleada por la ponente cuando esgrime que “(...) mediante la función de dar fe del notario, le aporta certeza, seguridad, veracidad y garantía jurídica no sólo a los actos, sino además a los hechos o circunstancias con trascendencia jurídica que hace constar documentalmente, como lo es sin dudas la capacidad del compareciente (...)”. Nada mejor que justipreciar la indubitada trascendencia que tiene la fe pública de la cual dota el notario al testamento autorizado por él y, en particular, al juicio problemático de capacidad³⁶ que ofrece, quien por esta propia razón tiene un plus o valor añadido, que obliga a quien pretenda desdecirlo, vía impugnatoria, corra por su cuenta el onus probandi de la inexistencia de la capacidad requerida por el Derecho para el pleno y eficaz otorgamiento del acto volitivo en que el testamento consiste.

36 Así lo califica Ballarín Marcial, Alberto, “Naturaleza y clases de ‘juicios’ del notario”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXXV, Madrid, 1996, pp. 540-541. El célebre notario expresa que en este juicio juegan bastante más las probabilidades. “En vista de la conversación que el Notario mantiene con un cliente desconocido para él hasta ese momento o gracias a un examen médico previo, llega a la convicción de que, muy probablemente, es capaz, ya que se expresa normalmente, no revela ningún dato que haga sospechar, se da cuenta del negocio que va a firmar conociendo sus consecuencias prácticas”.

La política de aguas y su marco jurídico*

Antonio Embid Irujo**

RESUMEN

La necesidad de elaborar por completo una nueva Ley de Aguas, con líneas directrices claras y homogéneas, pensada de forma global y que supere los actuales defectos que se dan en virtud de un proceso continuo de acumulación de materiales normativos, no siempre responderán a las mismas preocupaciones que la doctrina tradicional sobre la materia señala. Es obvio que debe tratarse de una nueva Ley de Aguas adecuada a la problemática actual que presenta la utilización y protección de dicho recurso y que tenga en cuenta el enorme recorrido material e intelectual que se ha llevado a cabo desde la promulgación de la muy notable Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que situada en su contexto temporal merece plácemes, sin duda alguna, pero con un contenido sobrepasado en bastantes circunstancias por las nuevas necesidades y hasta por los cambios políticos y de concepciones sobre el gobierno del territorio.

Palabras clave: Aguas, Régimen jurídico, Ley de Aguas, Competencia intergubernamental

ABSTRACT

The need to develop completely new Water Act with clear guidelines and homogeneous, we think globally and to overcome the present shortcomings that exist under a continuous process of accumulation of policy materials, not always respond to them concerns that the traditional doctrine on the matter said. It is obvious that there must be an appropriate new Water Law to the current problems with using and protecting this resource and taking into account the enormous material and intellectual journey that has taken place since the enactment of the Act remarkable 29/1985 of 2 August, water, which temporarily placed in context deserves congratulations, no doubt, but with an overrun in many circumstances the new needs and even political changes and conceptions about the government's territory.

Key words: Water, Law system, Water Act, Intergovernmental competition

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se va a examinar el marco jurídico que hace posible la política de aguas, en cuanto ésta se sustenta sobre unas deci-

* Este trabajo constituye mi contribución al Panel científico desarrollado por la Universidad de Sevilla (director Leandro del Moral) en convenio con el Ministerio de Medio Ambiente. El trabajo se concluyó en noviembre de 2007 y ha sido puesto al día para esta publicación a mediados de abril de 2008.

** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza.

siones que, por legales, son vinculantes a la Administración que concibe y aplica esa política. Ese examen se realizará desde la perspectiva de detectar los problemas que el ordenamiento jurídico plantea y de llevar a cabo el ofrecimiento de posibles soluciones. Esa línea de análisis será ayudada, fundamentalmente, por la consideración de los contenidos de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000 por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (Directiva 2000/60/CE en adelante en este trabajo), aun cuando no solo la Directiva citada formará parte de las preocupaciones del trabajo por la elemental razón de que ni el derecho español de aguas ni la política de aguas se limita, obviamente, al contenido de la misma que, aun importante, no totaliza (ni podría totalizar, dada la limitación de las competencias de las instituciones europeas) la completa problemática del agua.

El objetivo propuesto implicará seguir de cerca y describir las evoluciones del derecho español de aguas partiendo del mismo momento en que comienza la elaboración de la Directiva 2000/60/CE (1997) y llegando hasta la actualidad (finales de 2007). Son diez años, pues, los que abarca el período temporal al que se extiende el análisis lo que obliga a una labor de concreción muy exigente dadas las limitaciones de espacio de que se dispone.

En el contexto temporal que se indica podrá observarse una evolución ciertamente compleja y complicada, con muy variados ejemplos de modificación de la primera Ley postconstitucional de aguas, la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y la progresiva y creciente afición a esta Ley de 1985 que nunca se deroga materialmente (la derogación producida por el Texto refundido de 2001 es formal, pero el contenido de la Ley de 1985 se recepciona en el Texto refundido) pero cuyas líneas fundamentales van perdiendo consistencia dada la modificación continua que se va a describir, superponiéndose, como en un enladrillado no siempre regular, los textos afectados.

Si esto se produce es, sin duda, porque el Legislador cree que de esa forma debe reaccionar para plantar cara a los problemas que le son más acuciantes, pero el resultado de su labor arroja un texto legal que adolece de líneas directrices claras y homogeneidad. Si la Ley 29/1985 tenía estas características, obviamente, hay que concluir necesariamente

en que ellas se han ido difuminando con el transcurso del tiempo y los avatares normativos, siendo más que urgente la labor de repensar y construir una nueva Ley de aguas plenamente inserta en la problemática de este siglo XXI, tan difícil y variable en el tiempo.

Por supuesto que esa labor de construcción de una nueva Ley de aguas debe realizarse en función del análisis de los problemas existentes y de las soluciones que a los mismos puedan ofrecerse. En ese camino, en el que debe haber conjunción de múltiples fuerzas intelectuales, de usuarios y ciudadanos y de voluntades políticas, el modesto texto que sigue pretende ser una aportación más.

II. UN MARCO JURÍDICO DINÁMICO E INESTABLE

Como se ha indicado en la Introducción, en el período temporal que se debe considerar en este trabajo, ha habido un gran dinamismo en la evolución del marco jurídico de las aguas hasta un punto que puede sorprender a cualquier jurista que no esté especializado en este derecho, la gran cantidad de intervenciones normativas que han tenido lugar. Su exposición, aun sin entrar en contenidos materiales, será más que sugerente a los efectos de reflexionar sobre los motivos que han podido conducir a ello.

Así, teniendo en cuenta que la Directiva 2000/60/CE comienza su elaboración en 1997 y, sobre todo, que ya un año antes de su aprobación final (2000) está prácticamente fijado su contenido, podríamos comenzar la narración de las modificaciones del texto central de la legislación de aguas postconstitucional, la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, con las siguientes menciones:

a) La primera sería a la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y otras medidas para el desarrollo del Gobierno Local, en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en materia de aguas, cuyo art. 3º modifica el art. 17 y añade un apartado e) al art. 25 de la Ley 20/1985, de 2 de agosto, de aguas; sigue, b), la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, también modificatoria de la Ley 29/1985, y que afecta a un variado conjunto de artículos previendo la formulación de un texto refundido, muy necesario a la vista de lo que antecede. Por cierto que

esta Ley 46/1999 fue luego afectada, a su vez, por otros textos legales: en primer lugar, su disposición final segunda fue modificada por la disposición adicional 2ª, de la *Ley 6/2001, de 8 de mayo*, de modificación del Real Decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental y, en segundo lugar, el apartado primero de la disposición transitoria única mereció nueva redacción por la disposición adicional octava de la *Ley 10/2001, de 5 de julio*, del Plan Hidrológico Nacional.

Una inflexión en el camino que sigo debe venir constituida por la mención al Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA) anunciado por la Ley 46/1999 que será aprobado por *Real Decreto-Legislativo 1/2001, de 20 de julio de 2001*, que además de refundir la Ley de 1985 –que se deroga, obviamente- con la nombrada 46/1999 –igualmente derogada-, incorpora, entre otros, los arts. 158 y 173 de la *Ley 13/1996, de 30 de diciembre*, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, relativos a la gestión directa de la construcción o explotación de determinadas obras públicas y al régimen jurídico del contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas. Se produce como consecuencia del TRLA de 2001, una “limpieza” evidente del ordenamiento jurídico, abocándose a un único texto de referencia que como vamos a ver inmediatamente, no va a tardar en conocer otras variadas modificaciones.

Este TRLA de 2001 es desde ese momento, pues, la pieza central del derecho español de aguas y, como digo, también ha conocido diversas intervenciones normativas que afectan a su contenido y que paso a enumerar. Ha sido modificado, así:

a) Por el *art. 91 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre*, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE n. 313 de 31 de diciembre) que *añade un nuevo párrafo al art. 132.1*; b) por la *disposición final segunda de la Ley 16/2002, de 1 de julio*, de prevención y control integrados de la contaminación (BOE n. 157, de 2 de julio de 2002), que *añade un párrafo al art. 105.2.a)* y *una disposición adicional décima* debiendo también tenerse en cuenta la *disposición final primera de la Ley 16/2002, de 1 de julio* cit. y, sobre todo, la *disposición derogatoria* que sin referencia a ningún artículo concreto dispone la derogación “respecto de las actividades industriales incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley” de “las prescripciones establecidas en la legislación sectorial que se cita a continuación, en relación con los procedimientos de solicitud,

concesión, revisión y cumplimiento de las siguientes autorizaciones ambientales”. Y, en concreto, se citan “las autorizaciones de vertidos a las aguas continentales de cuencas intracomunitarias, reguladas en el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado mediante Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio; c) por la *disposición adicional decimonovena de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre*, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que crea un nuevo apartado, el 5, en el artículo 55 del TRLA; d) por la *disposición adicional vigésima de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre*, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que añade nuevos apartados al art. 116 pasando a ser uno de los que ya había, apartado 3 del mismo artículo (BOE núm. 313, de 31 de diciembre); e) por la *disposición adicional undécima de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de concesión de obras públicas* que da nueva redacción al art. 125.3 y a los arts. 133 y 134; f) por el *artículo 122 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*, que añade un nuevo párrafo al apartado segundo del art. 127; g) por el artículo 129 de la misma *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*, que da nueva redacción a muy diversos arts. del TRLA transponiendo la Directiva 2000/60/CE/CE, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas; h) por la disposición final primera de la *Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional*, que afecta a muy diversos artículos de la Ley y, finalmente, i) por el *Real Decreto-Ley 4/2007, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio*, que introduce un nuevo apartado 2 en el art. 101 y j) por la *Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio natural y de la Biodiversidad* (BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2007). Su disposición final tercera da nueva redacción al art. 13 del TRLA y la disposición final cuarta da nueva redacción al art. 19.

Toda la exposición anterior, que se limita a tratar de las modificaciones expresas de la legislación postconstitucional de aguas (Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas) y que no agota el conjunto de las intervenciones normativas que hay que tener en cuenta como más adelante veremos, se ha llevado a cabo en este lugar con la simple finalidad de proceder a una enumeración y aun sin entrar en aspectos materiales, demuestra

claramente una de las características de los “tiempos modernos” en la política de aguas y, consiguientemente, de su marco jurídico: frente al “estatismo” que caracterizaba al viejo derecho de aguas (la prueba es que la Ley de Aguas de 1879 estuvo vigente durante más de un siglo hasta su derogación formal por la Ley 29/1985, de 2 de agosto y, en realidad, el contenido de 1879 reproducía sin modificaciones la previa Ley de Aguas de 1866 que también incluía en su contenido a las aguas marítimas, por lo que el período temporal que se debería considerar es aún mayor), existe ahora un “dinamismo” evidente que, obviamente, no constituye un capricho del Legislador sino la respuesta que cree congruente –en la mayor parte de los casos y dejando de lado intervenciones puntuales, como las dos últimas enumeradas, especialmente la penúltima que no es más que la consecuencia de una Sentencia del Tribunal Supremo unos meses anterior- con la aceleración de procesos históricos, con una presión creciente en torno a los recursos hídricos que lleva consigo variados conflictos –jurídicos o no- en torno al agua¹ y que tampoco se explica, solamente, en función de cambios de gobiernos o de modificación significativa de determinadas políticas, como lo acontecido en relación a la previsión de la transferencia desde la cuenca del Ebro hacia las del arco mediterráneo, que era la decisión clave del PHN de 2001. Igualmente el dinamismo narrado del derecho tampoco responde, exclusivamente, a la aparición de la Directiva 2000/60/CE, puesto que ésta ha conocido solo un momento legislativo concreto de transposición (el artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre), sin que, por otra parte, la transposición citada haya constituido una lectura adecuada y correcta de tal Directiva conforme a lo que indica nuestro derecho, por lo que está pendiente en muchos temas –como veremos– una inserción real y adecuada de la Directiva 2000/60/CE en el derecho español, al menos en las cuestiones más significativas.

Y este movimiento normativo no se agota, ni mucho menos, con lo indicado hasta ahora, aun siendo ello mucho. Incluso y a fuer de ser justos, habría de incluirse en el mismo el Convenio de 1998 (Convenio de Albufeira) firmado por España con Portugal y cuyo contenido es claramente tributario de los primeros textos de la Directiva 2000/60/CE cuyo

1 Vid. los distintos trabajos que se contienen en el libro *Conflictos jurídicos en la gestión y uso del agua*, que se cita en la bibliografía.

proceso de formación comenzó en 1997 (ello en cuanto a la organización de cuencas entre países comunitarios). Y, obviamente, no habría de olvidarse –yendo al extremo temporal opuesto– el Anteproyecto de reforma del TRLA que en la primavera de 2007 hizo público el Ministerio de Medio Ambiente y envió al Consejo Nacional del Agua sin que después de este envío hubiera una prosecución del proceso de reforma. “Estiramiento” temporal del cuerpo central de las referencias normativas contenidas en este apartado del trabajo.

Si a todo lo indicado se añadieran los textos que en materia de derecho de aguas se han elaborado en los últimos años en algunas CCAA (Cataluña, País Vasco en el plano de lo general, y en muchas otras CCAA en el marco de las políticas de abastecimiento de agua potable y saneamiento y depuración de aguas residuales, todo ello de forma correspondiente con las competencias en aguas que a las CCAA otorgan, respectivamente y en relación a su situación particular, los Estatutos de Autonomía), la narración amenazaría con ser interminable pero solo reforzaría la tesis fundamental que en esta parte del trabajo se está defendiendo.

Pero no sería de justicia, volviendo al plano del Estado, olvidar el significado que más allá de lo coyuntural, tienen algunos contenidos de las normas que se han dictado en relación a la sequía que, recientemente y a partir de 2004, ha tenido lugar (y que todavía tiene efectos en algunos lugares de España). Esas normas han facilitado la suscripción de contratos de derechos de uso de agua entre una Comunidad de regantes de Castilla-La Mancha y el Sindicato Central de Regantes del Tajo-Segura (por ejemplo), para proporcionar caudales a la cuenca del Segura que el Acueducto Tajo-Segura no estaba en disposición de transportar durante estos años de sequía. (Estoy pensando en los Reales Decretos-Ley 15/2005, art. 2 que es el precepto fundamental, 9/2006, disposición final primera que es una norma de prórroga de dicho precepto hasta el 30 de noviembre de 2007, y 9/2007, de 5 de octubre, disposición final primera, que prorroga estas disposiciones para la suscripción de los contratos hasta el 30 de noviembre de 2008). Una de estas normas, además, ha proporcionado la base jurídica fundamental para que pueda intentarse un arreglo de la situación de sobreexplotación de los acuíferos de la zona del Alto Guadiana facilitando la aprobación del Plan Especial del Alto Guadiana

anunciado por la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional. (Se trata del Real Decreto-Ley 9/2006, en las disposiciones adicionales segunda y tercera)².

Y en este plano de la sequía es absolutamente necesario referirse también a la aprobación por Orden MAM/698/2007, de 21 de marzo, de los planes especiales de actuación en situaciones de alerta y eventual sequía en los ámbitos de los planes hidrológicos de cuencas intercomunitarias previstos por el art. 27 de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional. Estos Planes especiales de sequía pueden consultarse en la red en las direcciones que la misma Orden manifiesta, están a disposición del público interesado que puede obtener copias de los mismos y parece que serán objeto de edición, todo ello según se indica en el art. 2 de la Orden citada. Debe llamarse la atención sobre la profunda inflexión que en la política tradicional de sequía llevan consigo estos planes que contienen fundamentalmente medidas preventivas y de reacción administrativa pausada y acorde en directa relación con los distintos grados en la situación de sequía que puedan darse, para cuya medición también se ofrecen instrumentos en dichos Planes.

No acaba con ello la narración de las novedades normativas que debe realizarse aquí y su correspondiente comentario. En un orden de cosas más estructural, nos encontramos en la actualidad en un momento de reforma estatutaria que fue iniciada en 2006 con la aprobación de la reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana (la única reforma estatutaria, en puridad, que ha tenido lugar pues el resto de lo que sigue son “nuevos” Estatutos que derogan a los hasta ese momento vigentes aunque la palabra “reforma” figure siempre en la denominación de la Ley Orgánica mediante la que se aprueban estos nuevos Estatutos) y de la reforma del Estatuto de Cataluña. En 2007 han seguido las reformas de los Estatutos de Illes Balears, Andalucía, Aragón y Castilla-León. En todos los casos las cuestiones relativas al agua han sido elemento importante a la hora de la elaboración de los Estatutos y, desde luego, también posteriormente pues ha tenido lugar la formulación de distintos recursos de

2 El 24 de octubre de 2007 tuvo lugar la firma de un protocolo entre la Ministra de Medio Ambiente y el Presidente de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha, que fue pòrtico necesario para la aprobación del Plan Especial del Alto Guadiana, que tuvo lugar por RD 13/2008, de 11 de enero.

inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional mediante los cuales de manera única o acompañando a otros preceptos, algunos artículos relativos al agua de los Estatutos de la Comunidad Valenciana, Cataluña, Andalucía, Aragón y Castilla-León han sido impugnados.

Las cuestiones más novedosas y que han suscitado discusión hasta de tipo constitucional, como digo, en los Estatutos mencionados, han sido las siguientes:

a) El derecho de los ciudadanos y ciudadanas valencianos a las aguas sobrantes de las cuencas excedentarias.

b) La cesión a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la parte de la cuenca del Guadalquivir sita en el territorio de Andalucía y que no afecte a otras CCAA. (El Estatuto de Autonomía de Castilla León prevé lo mismo en relación a la parte castellano-leonesa de la cuenca hidrográfica del Duero).

c) El contenido de las competencias sobre aguas de Cataluña y Aragón en lo relativo a los caudales ambientales, participación en la planificación hidrológica del Estado o participación en los organismos de cuenca del Estado, todo ello en los supuestos de las cuencas intercomunitarias.

d) La competencia de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón para que velen por que no existan transferencias a otras cuencas hidrográficas o, igualmente y referido a esta Comunidad, la presunta reserva de 6.500 Hm³ para ser utilizados en Aragón.

En todos los supuestos es, fundamentalmente, la cuestión de si se ha sobrepasado la función constitucional de los Estatutos de Autonomía, al introducirse el contenido mencionado en lo que serían atribuciones exclusivas del Estado, lo que está sometido a discusión³. Obviamente este trabajo no quiere ser, ni por un momento, el foro adecuado para la resolución (o para el planteamiento de las posibles fórmulas resolvedoras) de estos problemas de índole constitucional que en algún caso son

3 En el texto de uno de los Estatutos que en este momento se están tramitando, el Estatuto de Castilla La Mancha, se contienen distintas prescripciones en relación a la llamada "caducidad" del trasvase Tajo-Segura. No cabe duda de que la aprobación final de este Estatuto con el contenido ahora conocido, daría lugar a nueva discusión en sede constitucional. Sobre todo lo que se indica en el trabajo puede verse la aportación de A. EMBID IRUJO contenido en *Agua y territorio*.

bien complejos. El lugar de tratamiento de esa cuestión sería otro bien distinto, pero lo que sí quiero indicar aquí es cómo a través de la reforma de los Estatutos de Autonomía que tiene lugar en la actualidad y al igual que sucedió con los Estatutos de Autonomía originales del período 1979-1983, afloran las tensiones lógicas en un Estado compuesto en las que se pone de manifiesto, sobre todo, la posible contradicción entre las divisiones políticas –y el consiguiente ejercicio de las competencias administrativas sobre esos territorios– y las divisiones hidrográficas, las cuencas hidrográficas según la decisión que realizaron los arts. 14 y ss. de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, y que fue juzgada acorde con la Constitución (bien imperfecta o no precisa a estos efectos en la utilización de la expresión “aguas que discurran” por el territorio de más de una Comunidad Autónoma para referirse a las competencias del Estado, ex art. 149.1.22 CE) por la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre. Sin duda la Sentencia que el TC dicte en el futuro y relativa a la cesión de la parte andaluza del Guadalquivir a Andalucía, será clave para la resolución de la presunta contradicción indicada.

La única Sentencia aparecida hasta el momento es la de 12 de diciembre de 2007 (BOE de 15 de enero de 2008, número 13, suplemento) por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad nº 7288/2006 interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón contra el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, por el que se da nueva redacción a su artículo 17.1. Lo que disputaba el Gobierno de Aragón era que fuera derecho de los ciudadanos valencianos el reparto de las aguas sobrantes de las cuencas excedentarias, en cuanto se pensaba que eso significaba la apertura de la puerta a un trasvase. La Sentencia rechaza el recurso pero lo hace, en realidad, por considerar que no nos encontramos ante un derecho sino ante un mero principio rector que no vincula para nada a las autoridades del Estado, únicas competentes para decidir sobre las transferencias de aguas entre cuencas. El profundo significado de esta Sentencia trasciende a lo específicamente relativo al agua pues lo que en realidad se afirma, es la imposibilidad de que los Estatutos de Autonomía contengan relaciones de derechos, lo que descalifica –de volver a repetirse esta sentencia en los recursos pendientes, singularmente contra el Estatuto de Cataluña– una de las tareas a las

que con más ahínco se han dedicado los estatuyentes de los procesos estatutarios que antes he mencionado.

Mientras tanto ha tenido lugar también la promulgación de normas que, aun no refiriéndose directamente a las aguas, influyen profundamente en los procesos institucionales que se mueven en torno a las mismas. En ese plano deben recordarse la Ley 29/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE). La primera ha tenido ya ocasión de aplicación en relación al contenido del Plan Especial del Alto Gadiana que antes refería y que ha sido objeto de la evaluación ambiental estratégica prevista por dicha Ley; la segunda es parte importante para la gestión ambiental en el país y está presidiendo la teoría y práctica del comportamiento de los Organismos de cuenca en cuanto al acceso a la información que poseen a los ciudadanos. Importantes procesos de participación, por otra parte, han tenido lugar entre nosotros y aun siendo anteriores a esta Ley, es claro que se sitúan claramente en sus perspectivas. Así, el Acuerdo por el agua del Guadalquivir o la aprobación de las Bases para la Política del Agua en Aragón⁴.

Una vez expuestos los acontecimientos normativos que han tenido lugar en el período temporal examinado y explicitado su significado e inserción en el ordenamiento jurídico, es llegado el momento de profundizar sobre los principales problemas que tiene planteada la política de aguas y el derecho de aguas, consiguientemente, y su posible forma de evolución.

⁴ Las Bases para la política del Agua en Aragón son un instrumento de planificación previsto por la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón (arts. 62 y ss.), Ley que regula también un proceso participativo para su elaboración a través de la llamada Comisión del Agua en Aragón (arts. 47 y 48). Sobre el particular vid. los trabajos de BONE PUEYO, MONTOYA HIDALGO y ARANDA MARTIN, en el libro *Gestión del agua en Aragón* (2007) que se cita en la bibliografía.

III. CUESTIONES BÁSICAS PLANTEADAS Y SU POSIBLE ENFOQUE EN UN NUEVO MARCO JURÍDICO

1. Administración del agua. El papel de la cuenca (demarcación) hidrográfica y las CCAA

España cuenta con una antigua, relativamente hablando, Administración de aguas basada en las cuencas hidrográficas (comienza en 1926 con la gestión sistemática por las nacientes Confederaciones Hidrográficas y con arreglo a un Plan coordinado, de las obras que tienen lugar en las cuencas hidrográficas y más adelante se extenderá también a la gestión de las aguas) con un sistema juzgado acorde con la Constitución por el TC y que podría juzgarse igualmente conforme con las premisas de la Directiva 2000/60/CE⁵, pero que ha entrado francamente en crisis en los últimos años como muestran los actuales procesos de reforma de los Estatutos de Autonomía⁶.

No es nada fácil conjugar el gobierno de las cuencas hidrográficas con el poder público autonómico como muestra la realidad de cualquier país organizado de forma descentralizada políticamente. Estados Unidos de América o Argentina –por poner ejemplos de realidades sociales y económicas muy distintas pero de países formalmente basados en premisas federales– ofrecen una imagen común de práctica inexistencia del Estado central (federal) en la gestión de las aguas y de convenios entre Estados (compact en Estados Unidos) y Provincias argentinas para el reparto de las aguas compartidas y su posterior gestión entre los Estados y Provincias que convenían (el ejemplo del río Colorado en Estados Unidos es muy

5 No obstante debe decirse que la Directiva en esto, como en otras cuestiones, no es suficientemente precisa y en algunos supuestos habla de “una” autoridad competente en la demarcación hidrográfica, y en otros de “autoridades” competentes. Sobre el tema vid. mi trabajo incluido en *Agua y territorio* (2007), pp. 54 y ss., en donde me inclino por la interpretación de que la Directiva permite la existencia de varias autoridades competentes en las demarcaciones bien que realizando su trabajo de forma coordinada.

6 Debo mencionar la última actuación en este campo que está constituida por el RD 266/2008, de 22 de febrero, por el que se modifica la Confederación Hidrográfica del Norte y se divide en la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil y en la Confederación Hidrográfica del Cantábrico.

conocido, pero apropiado citar aquí) a cuyos efectos hasta pueden surgir órganos mixtos de gestión como sucede en Argentina.

Nuestra realidad constitucional no es, precisamente, semejante a la de los países que acabo de mencionar por lo que nada puede hacerse en ese sentido y el mero discurrir –fuera de las consiguientes y tópicas apelaciones a la cooperación entre las CCAA y entre éstas y el Estado– sirve de bien poco. En el estado actual de las cosas (es decir, dejando de lado la cuestión de la posibilidad de una reforma constitucional en estas cuestiones operara la misma tanto en sentido centralizador como más descentralizador) me parece que:

a) La cuenca (demarcación) hidrográfica como unidad a los efectos de la gestión, debe mantenerse por encima de cualquier otro orden de consideraciones.

b) Tiene que incrementarse el peso de las CCAA en los Organismos de cuenca que, en algunos casos, debería ser decisivo (sería el caso de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Castilla y León en relación a la cuencas del Guadalquivir y del Duero, respectivamente).

c) La planificación hidrológica, ahora más que nunca, debe ser elemento decisivo a la hora de resolver, preventivamente, las antinomias que puedan existir entre el Estado y las CCAA y entre las CCAA entre sí. La revisión de la planificación hidrológica que debe tener lugar antes de 2010 debería crear las condiciones para que en cierto sentido, las decisiones de gestión de los Organismos de cuenca estuvieran prácticamente determinadas por ella. Eso implica, entre otras cosas, disponer de una planificación hidrológica de cuenca mucho más flexible en su modificación que la actual, lo que tendría que tener la correspondiente traducción jurídica en las normas que regularan esa planificación como más adelante se dirá en este mismo apartado.

d) La encomienda de gestión de determinadas actividades y obras a las CCAA debe ser una práctica corriente de los Organismos de cuenca del Estado, hasta el punto que éstos pierdan algunas de sus actividades de gestión a favor de las CCAA. La práctica ya es conocida de antiguo pues se inició en relación a Cataluña en 1986, con ocasión de la aprobación del Real Decreto relativo a las transferencias de funciones y servicios en materia de agua y obras hidráulicas a esta Comunidad, pero no se ha generalizado. Ello obligaría a la creación de un marco jurídico favorecedor

de la encomienda de gestión en este ámbito y que le otorgara más posibilidades que el actual y, desde luego, supondría en la realidad la revisión de la posición jurídica de las Sociedades Estatales para la Construcción y Explotación de Obras Hidráulicas a las que ha pasado en buena medida y desde la autorización de su creación por Ley 13/1996 el ejercicio de la función de ejecución de obras hidráulicas tradicionalmente encomendado a las Confederaciones Hidrográficas⁷.

2. El derecho al agua

Aun cuando la cuestión enunciada en la rúbrica de este punto pueda a algunos parecer menor y, desde luego, sabiendo que no está vinculada al desarrollo o aplicación de la Directiva 2000/60/CE que no tiene ninguna mención directa sobre el particular (fuera de lo que cualquiera quisiera deducir a partir de la premisa de que parte la Directiva 2000/60/CE de que el agua no es un bien meramente comercial), creo necesario que el ordenamiento jurídico español recoja la existencia de un derecho subjetivo al agua en el sentido de una pretensión jurídicamente protegible al acceso al agua potable y al saneamiento en unas determinadas condiciones de cantidad y precio asequible que regularía la normativa aplicable.

Conviene advertir que aunque la cuestión mencionada ha sido, hasta ahora, controvertida solamente en relación a países en estado de subdesarrollo y hoy se plantea sobre todo en el marco de los esfuerzos que se desarrollan en la llamada década del milenio (2005-2015), no se trata de un problema solo típico o pensable en relación a estos países subdesarrollados y en estado de pobreza, sino de una premisa general de configuración de un determinado ordenamiento jurídico en relación a la utilización de un bien público y sin que construcciones típicas de la teoría

7 En ese contexto, las posibilidades de actuación podrían ser muchas y una de ellas, por ejemplo, la incorporación de las CCAA como accionistas al capital de las Sociedades. Ello ya ha sucedido en alguna ocasión en el pasado y podría generalizarse, pues no hay inconveniente jurídico decisivo para ello. De esa forma podría aprovecharse la existencia de un instrumento de actuación, como son las actuales Sociedades Estatales, y combinarse con la responsabilidad de las CCAA. No se olvide que presentes las CCAA en las Confederaciones Hidrográficas responsables de las obras, perdieron cualquier posibilidad jurídica o formal de influencia o dirección sobre dichas obras, al crearse las Sociedades Estatales y ser su capital al 100%, como regla general, de titularidad del Estado. Esto es una idea solamente, desde luego, y podría haber otras posibilidades distintas de actuación.

del dominio público (como el uso común general) sirvan a los objetivos a que quiere orientarse la construcción de un derecho al agua. Como prueba de lo que indico puede mencionarse que la legislación francesa de aguas ha acogido este derecho en una reforma habida en diciembre de 2006 cuyo contenido podría ser interesante examinar entre nosotros antes de adoptar las decisiones normativas consiguientes⁸. Es obvio que dadas las premisas de nuestro ordenamiento jurídico, el sujeto que debe garantizar este derecho al agua son las entidades locales⁹ y, en algún caso, las Comunidades Autónomas (cuando existan abastecimientos o sistemas de saneamiento y depuración de gestión supramunicipal), por lo que debe llevarse a cabo una regulación típica de las prescripciones de los servicios públicos jugando la legislación estatal de aguas solo como legislación básica que debe ser concretada por el legislador competente en cada caso.

3. Participación de ciudadanos y usuarios

La Directiva 2000/60/CE pone un gran énfasis en la participación del “público” en la gestión del agua lo que singulariza específicamente en la participación en la formación de la planificación hidrológica. Es claro que “público” es un concepto amplio que debe ser singularizado y explicado y que comprende tanto a los usuarios como a los ciudadanos¹⁰. Nuestro país conoce fórmulas antiquísimas de participación de los usuarios en la gestión de las aguas (piénsese en las tradicionales “Comunidades de regantes” hoy extendida la fórmula a todos los usuarios que usan en común de un aprovechamiento bajo la expresión “Comunidades de usuarios”), llegando a reconocérseles en el actual derecho una participación hasta orgánica y que no puede bajar del 1/3 de los miembros de órganos colegiados de los Organismos de Cuenca (Junta de Gobierno o Consejo

8 Las referencias sobre el particular en la voz “derecho al agua” que realizo en el *Diccionario de derecho de aguas* (2007), p. 550, nota 5, que se cita en la bibliografía.

9 Que son las que poseen, en principio, las competencias sobre abastecimiento y saneamiento tal y como se deduce de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, de 1985, en su art. 25, debiendo tenerse también en cuenta las precisiones que la normativa autonómica contenga sobre el particular.

10 Conviene tener conceptos claros tanto de usuarios como de ciudadanos. Más adelante y en nota se ofrece una definición del concepto de usuario.

del Agua de la demarcación) lo que conviene constatar que en el panorama del derecho comparado es algo excepcional. Por otra parte y con todos los inconvenientes que puedan pensarse, el juicio global sobre la presencia de los usuarios en la gestión del agua es, sin duda, positivo. Sin embargo y hasta hace pocos años (1994) no se ha incorporado a los ciudadanos a los órganos o a los procedimientos de gestión del agua y aun en este momento dicha presencia es demasiado escasa.

Otra vez y con independencia del aumento de dicha presencia de ciudadanos, el presente momento de elaboración de la planificación hidrológica de cuenca con ámbito de demarcación adaptada a las prescripciones de la Directiva 2000/60/CE se presenta como ideal a los efectos de contrastar la virtualidad del actual régimen jurídico de la participación de ciudadanos en los procedimientos de formación de esta planificación para fomentar ésta sin que, por otra parte, los procesos de planificación se hagan interminables, que es uno de los riesgos permanentes que la participación ciudadana (no solo en el ámbito de las aguas, sino en cualquiera propio de la actuación de los poderes públicos) lleva consigo. Es la tensión permanente entre las exigencias de la democratización y la transparencia y la llamada “eficiencia” de la Administración¹¹. No hay nada peor para una planificación hidrológica que sirva, realmente, a los fines institucionales de la misma, que los datos de base de la planificación puedan convertirse en anticuados mientras ésta se va, simplemente, elaborando. Creo que éste es un baldón, precisamente, del proceso de planificación hidrológica que desembocó en la aprobación de los Planes Hidrológicos de cuenca intercomunitarios de 1998 con información de base que procedía de finales de la década de los años 80. Si se tiene en cuenta, además, la conveniencia de configurar procedimientos flexibles de modificación del planeamiento sobre la que ya he insistido en alguna ocasión en este trabajo, se comprende la necesidad de conseguir un equilibrio entre la máxima transparencia y la difusión de la información y, a su vez, una adecuada agilidad en la adopción de las decisiones finales.

11 Lo que indico en el texto, aun siendo en muchas ocasiones verdad, no deja de ser, en su planteamiento tan abstracto y simple, una cierta verdad a medias, porque la eficiencia de la Administración no es un valor que pueda ser alcanzado prescindiendo de las exigencias de transparencia y democratización. Hacerlo así nos situaría ante un nuevo despotismo ilustrado, bien que en los marcos de sistemas formalmente democráticos.

4. Planificación hidrológica. Alguna reflexión adicional sobre la Directiva 2000/60/CE

La planificación hidrológica es una realidad en nuestro derecho y en nuestra política de aguas (baste recordar la aprobación de los Planes Hidrológicos de cuenca sustancialmente realizada en 1998 con la aprobación de los Planes de cuenca intercomunitarios y el de las cuencas internas de Cataluña con la aprobación posterior de los Planes Hidrológicos de Illes Balears y de Galicia-costa y de los insulares canarios así como del Plan Hidrológico Nacional por la Ley 10/2001 con modificaciones posteriores) y, a su vez, es una parte fundamental de la Directiva 2000/60/CE que ordena la realización de Planes hidrológicos de cuenca con ámbito de demarcación hidrográfica¹².

Es conocido, sin embargo, cómo la configuración de los Planes hidrológicos en la Directiva 2000/60/CE es diversa de lo que hasta ahora era conocido en nuestro derecho¹³. Y ello por el hecho de su extensión material, al abarcar no sólo a las aguas continentales sino extenderse también su campo decisional a las aguas costeras y de transición y de variar alguno de sus contenidos y, además, porque la Planificación hidrológica es en nuestro derecho una norma jurídica¹⁴ y no existe nada previsto sobre el particular en la Directiva 2000/60/CE. Más bien podría decirse, incluso, que el contenido de la Directiva 2000/60/CE permite interpretar que la vinculatoriedad directa de los Planes, y el ser en sí mismos una muestra de particularización del derecho general de aguas en relación a

12 Puede comprenderse fácilmente que en el contexto de la Directiva 2000/60/CE, preocupen solamente los Planes Hidrológicos de cuenca con ámbito de demarcación. La existencia de un Plan Hidrológico Nacional es propia del derecho español y está vinculada, prácticamente con exclusividad, a la regulación de las transferencias de recursos hídricos entre distintos ámbitos territoriales de Planes Hidrológicos de cuenca. En un contexto comunitario como el que la Directiva 2000/60/CE debe de contemplar necesariamente, no tiene sentido una regulación del Planes hidrológicos “nacionales” con independencia de la entera legitimidad de la legislación interna de los países –como el caso de España– para regularlos si así lo consideran necesario.

13 Vid. consideraciones de FANLO LORAS, en su trabajo recogido en la bibliografía.

14 Esta consideración proviene de un trabajo que publiqué en 1991 y que ha sido luego incorporado por toda la doctrina que se ocupa del particular (vid. ello en el trabajo que se cita en la bibliografía de FANLO LORAS) y es, además, la naturaleza que han asumido todos los Planes hidrológicos.

la cuenca concreta (que es el papel que los Planes hidrológicos juegan en España) están muy alejados del tenor literal de las normas comunitarias que cito y ello tanto en sus preceptos, por supuesto, como también en la forma general de configurar por ellas el régimen de la planificación hidrológica.

Esto no debe preocupar porque en modo alguno debe verse la Directiva 2000/60/CE como un texto que los países comunitarios deben, simplemente, desarrollar en su propio marco jurídico. Eso sería contradictorio con la propia configuración de las Directivas comunitarias (que fijan objetivos, pero que no señalan medios para conseguirlos, necesariamente, como señala el Tratado de las Comunidades Europeas y repite incesantemente el Tribunal de Justicia) y, además, incompatible con lo que el propio Tribunal de Justicia comunitario ha señalado en relación a esta Directiva 2000/60/CE al indicar, en el marco de un reciente proceso contra Luxemburgo, que no se trata de una norma de “armonización” de los derechos nacionales con lo que, al tiempo, ha subrayado la relativa autonomía que tienen los países a la hora de la transposición siempre y cuando, claro está, cumplan los objetivos que fija la Directiva¹⁵.

La transposición al derecho español, en lo relativo a la planificación hidrológica –y a otras cuestiones- ha sido una operación que no ha tenido para nada en cuenta la necesidad de conjugar la propia tradición del derecho español en este punto, con las prescripciones de la Directiva 2000/60/CE. Se ha producido tras el art. 129 de la Ley 62/2003 una mera

15 Se trata de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 30 de noviembre de 2006, que recae en el asunto C-32/05, que tiene por objeto un recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Gran Ducado de Luxemburgo. En el apartado 42 de la Sentencia se dice lo siguiente: “...procede recordar que la Directiva 2000/60/CE es una directiva marco adoptada sobre la base del artículo 175 CE, apartado 1. Establece principios comunes y un marco global de acción para la protección de las aguas y garantiza la coordinación, integración y, a más largo plazo, el desarrollo de los principios generales y de las estructuras que permitan la protección y una utilización ecológicamente viable del agua en la Comunidad Europea. Los principios comunes y el marco global de acción que instituye deben ser desarrollados con posterioridad por los Estados miembros, quienes deben adoptar una serie de medidas particulares de conformidad con los plazos previstos por la Directiva. Sin embargo, ésta no busca una armonización total de la normativa de los Estados miembros en el ámbito del agua” (el resalte tipográfico es mío).

agregación de normas de la que no resalta –al menos jurídicamente- una idea clara de lo que se pretende sea ahora entre nosotros la planificación hidrológica. En particular no hay una clara distinción y articulación entre los planes hidrológicos y los programas de medidas. Para la Directiva 2000/60/CE que, como digo, no se sustenta en una consideración de los Planes hidrológicos como norma jurídica, son solo los programas de medidas el elemento operativo y transformador o modificador de una realidad, pero eso no debería suceder específicamente en el derecho español que sí se basa en la consideración normativa de los Planes hidrológicos de cuenca.

Algunas cuestiones, menores, que podrían preocupar han quedado aclaradas con el reciente Reglamento de planificación hidrológica (2007), pero el fondo de los problemas a los que me refiero debería haber sido considerado en una norma de rango legal. Más en concreto, el marco jurídico de una planificación hidrológica adaptada a la Directiva 2000/60/CE y congruente con una tradición normativa española cuya valoración juzgo positiva –otra cosa sería si no lo fuera- debería contemplarse dentro del contenido de una nueva Ley completa de aguas que, como se podrá observar más adelante, es una de las conclusiones y recomendaciones que se contienen en este trabajo.

5. Recuperación de costes

El art. 9 de la Directiva 2000/60/CE regula la llamada recuperación de costes de los servicios proporcionados por el agua. Sobre el precepto se ha escrito bastante y comenzado a discutir algo –nada parecido a lo que se escribirá y discutirá sobre él en el futuro- porque tiene una evidente voluntad de ambición (ahí es nada referirse a los “costes ambientales” entre los que deben tenerse en cuenta para el cómputo de los costes que deben recuperarse) aunque el resultado no haya sido excesivamente lucido desde el punto de vista de la precisión, lo que en una materia tan sensible como ésta y, a la vez, imprescindible para el éxito del conjunto de la Directiva 2000/60/CE, es, evidentemente, criticable. Quizás la Directiva 2000/60/CE no pudo llegar al grado de precisión (con el consiguiente e inestimable servicio al principio de seguridad jurídica, consustancial al Estado de Derecho) que sería exigible en una norma de este tipo dadas las muchas presiones recibidas y los variados compromisos que debieron

atenderse para que, finalmente, el texto pudiera llegar al Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Pero lo cierto es que el artículo 9 permite distintas interpretaciones en cuestiones fundamentales y, sobre todo, distintas posibilidades de aplicación, contrapuestas algunas de ellas.

Y en esto otra vez la transposición española realizada por el art. 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, no ha arreglado nada sino que se ha limitado a reproducir el texto de la Directiva 2000/60/CE dejando para más adelante, se supone, la creación del marco normativo de una cuestión que tiene una evidente trascendencia social y económica que a nadie se le puede ocultar. Lo contrario sería engañarse¹⁶. Como, igualmente, sería engañarse el desconocer que una de las condiciones –no la única– para que se de el “éxito” en la aplicación de la Directiva 2000/60/CE es, precisamente, la plena consideración económica del recurso con la creación de un marco jurídico que incentive, efectivamente, a su utilización lo más racional posible.

El tiempo que queda para el cumplimiento de los objetivos en este caso fijados por la Directiva 2000/60/CE no es demasiado (el año 2010), sobre todo si se tiene en cuenta la evidente “maduración” que una cuestión como la que se trata necesita en el seno de la sociedad española, pues, aunque pueda inicialmente parecer lo contrario, lo que se trata en este punto del trabajo no es una cuestión atinente solamente a los “usuarios” en el concepto estricto que tal palabra debe tener sino al conjunto de la ciudadanía¹⁷. Y creo, además, que el cumplimiento de

16 Una prueba de lo que refiero está constituida, en la presente legislatura, por los intentos de fijación por el Ministerio de Medio Ambiente de un “precio” por el agua que chocaron, parece, con la oposición del Ministerio de Agricultura. Con independencia de la oportunidad, o no, del momento elegido para ello, un marco jurídico claro de la cuestión que tratamos, hubiera ayudado a la decisión final. Un marco jurídico que hubiera debido resolver la gran cuestión básica todavía no planteada en ese momento: si la introducción de un precio por el agua es requisito esencial para que se cumpla el principio de recuperación de costes.

17 Usuario, como antes se ha dicho, es una persona titular de un derecho al aprovechamiento del agua, provenga éste de Ley, concesión o título histórico. Por poner un ejemplo claro de lo que quiero transmitir, los vecinos de un Municipio, así, no son usuarios sino que quien lo es –dentro de los términos estrictos que estoy refiriendo– es el Municipio, el sujeto sobre el que, en teoría, deberán recaer los costes de los servicios proporcionados por el agua (los costes del “agua en alta”) y luego éste repercutirlos en la forma que crea conveniente sobre sus vecinos.

esos objetivos necesita como condición previa de la creación de un marco jurídico adecuado que en este momento no existe, al menos, de forma completa. Tampoco puede pensarse que con la mera apelación a alguna parte del contenido de los futuros Planes Hidrológicos de cuenca se pueda entender solucionado el problema. Esto sucedería, solamente, si el análisis económico que los Planes Hidrológicos deben realizar demostrara el cumplimiento –con el derecho actual– del principio de recuperación de costes. Ello puede ser perfectamente posible, ¿por qué no?, pero no puede asegurarse a priori¹⁸.

En todo caso, siempre queda la labor de la Comisión Europea por vía del seguimiento del cumplimiento de los objetivos de la Directiva 2000/60/CE y de la formulación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su caso, del recurso de incumplimiento cuando opine que no se está dando en alguno de los países comunitarios, de forma efectiva, el cumplimiento de lo indicado en el art. 9¹⁹.

6. Regulación de los nuevos recursos: desalación y reutilización

No ha sido preocupación directa de la primera norma postconstitucional de aguas (la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas) la profundización en la utilización de recursos hídricos “no convencionales” como serían los provenientes de la reutilización de aguas residuales depuradas o de la desalación de aguas marinas o desalobración de aguas saladas continentales. Sí que existían en el texto citado algunas menciones a la reutilización, pero nada en relación a la desalación. Es con la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, cuando se produce por primera vez una regulación legal de la actividad de desalación (antes, en 1995 el Gobierno

18 El intento al que antes me he referido del Ministerio de Medio Ambiente de introducir un precio por el uso de agua, sería una prueba de que desde la propia Administración hídrica no se consideraba correcto el ordenamiento jurídico hasta ese momento –y también ahora- existente.

19 Esto, en la pura teoría. En la práctica y dada la labilidad del marco jurídico creado por el art. 9 de la Directiva 2000/60/CE, no será tan sencilla la argumentación de un recurso de incumplimiento por estas cuestiones si bien estoy seguro de que los habrá en el futuro, así como que –de no existir marcos jurídicos nacionales claros sobre el particular– será el Tribunal de Justicia comunitario quien en este tema –como en tantos otros– deberá establecer las condiciones que suponen el cumplimiento de este principio de recuperación de costes de los servicios proporcionados por el agua.

había operado por medio de un Real Decreto que la Ley 46/1999 deroga) cambiándose también algunas premisas jurídicas de la reutilización. El conjunto de las modificaciones que refiero están presididas por un principio de favorecimiento de la actuación de los particulares²⁰ y miran a que pueda incrementarse el volumen de recursos no convencionales. Cero que la regulación es congruente, por otra parte, con otra novedad de la Ley 46/1999, como es la creación normativa de un marco del “mercado del agua” (la regulación de los contratos de cesión de derechos de uso de agua y de los Centros de Intercambio de derechos de uso de agua) que tienen el fondo común de intentar incrementar la oferta del recurso sin acudir a la realización de las clásicas obras hidráulicas de regulación y canalización²¹.

Lo cierto es que nada se hará para utilizar las nuevas previsiones normativas porque la aparición de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, con la regulación de la transferencia de 1050 Hm³ desde la cuenca del Ebro a las cuencas del arco mediterráneo, supone un olvido de dichas regulaciones de la Ley 46/1999 dado que se acude a la clásica obra de transporte de aguas superficiales para allegar los recursos que se consideran necesarios en el Mediterráneo. Conocida es la derogación jurídica de lo relativo a esta transferencia de aguas por Real Decreto-Ley en 2004 y la consolidación jurídica de dicha derogación por la Ley 11/2005, que en lo relativo a la desalación vuelve a la consideración del agua desalada como bien de dominio público hidráulico desde el primer momento estando su utilización, por lo tanto, sometida a concesión así como el mismo ejercicio de la actividad de desalación.

20 Por ejemplo y en lo relativo a la desalación, la clave de la modificación normativa de la Ley 46/1999, es considerar que el agua desalada como producto industrial es un bien de propiedad privada que puede ser dispuesto libremente por el desalador, y que solo se transforma en un bien de dominio público hidráulico cuando se “incorpora” a un bien de esta categoría. Igualmente la actividad de desalación se somete al principio de autorización, huyendo de la concesión que regulaba el RD de 1995 al que antes me refería en el texto.

21 En su conjunto la Ley 46/1999 tenía una evidente impronta ambiental e intentaba abrir caminos de futuro, cosa que en el plano de lo normativo fue conseguido aun cuando, como se dice en el texto, la Ley no fuera objeto de aplicación en un primer momento debiendo haber debido esperar algunas de las innovaciones normativas, a su efectiva aplicación en tiempos bastante recientes (por ejemplo en lo relativo al comercio de derechos de uso de agua y al uso efectivo de las posibilidades de desalación, bien que ahora con el marco jurídico modificado por la Ley 11/2005).

La contraposición entre tendencias “privatizadoras” de la Ley 46/1999 y publicadoras de la Ley 11/2005 en lo relativo a la desalación, sería una forma parcial de ver las cosas, porque con una u otra norma lo cierto es que la actividad de desalación en nuestro país hasta ahora solo ha sido realizada de forma efectiva y significativamente importante, por el poder público (ahora actuando fundamentalmente a través de la Sociedad estatal Aguas del Mediterráneo S.A., ACUAMED). El marco jurídico actual no favorece, precisamente, esa actuación del poder público porque existen algunas indefiniciones que pueden ayudar a suscitar –y suscitan– conflictos competenciales²² y tampoco están claros los poderes de la Administración pública promotora de la desalación cuando actúa a través de una Sociedad estatal²³. Sería conveniente, por tanto, que una futura regulación jurídica de la desalación en el marco de una nueva Ley de Aguas, solventara estos problemas ofreciendo un marco más claro de comportamiento para todos.

Mientras tanto ha aparecido, por fin, la regulación reglamentaria de la reutilización de aguas residuales depuradas esperada desde las intimaciones de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, al Gobierno para que así operara. Efectivamente, se aprobó el RD 1620/2007, de 7 de diciembre, por el que se establece el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas, contiene una completa regulación de la materia, especialmente desde la perspectiva de las condiciones sanitarias de las aguas a reutilizar según los usos a los que estén destinadas.

7. Comercio de derechos de uso de agua

Fue, como ya se ha anticipado en este trabajo, la Ley 46/1999 quien, por primera vez, reguló en el derecho español el comercio de derechos de uso de agua a través de un instrumento perteneciente al derecho

22 Pende ante el TC en este momento un conflicto jurídico entre la Comunidad Autónoma valenciana y el Estado suscitado en torno a la construcción de una desaladora en Torrevieja.

23 La relación entre los usuarios de las instalaciones de desalación y reutilización y la Sociedad estatal promotora de las obras, también merecería una presencia normativa. En general, las experiencias habidas en los últimos años deberían animar a una regulación más pormenorizada de lo que hasta este momento existe, como muestra del interés de los poderes públicos por promover este tipo de recursos no convencionales.

“privado” (el contrato de cesión de derechos de uso de agua) y de la regulación de la creación y actividades de una organización pública (los Centros de Intercambio de Derechos de uso de agua) vinculados a las Confederaciones Hidrográficas. La regulación llevada a cabo, como ya he dicho en otras ocasiones, es matizada, fuera de los excesos privatizadores de determinados países (Chile es el paradigma de dicha privatización) y atenta a impedir las especulaciones que pudieran producirse por los presuntos “aguatenientes” en este ámbito. Solo he encontrado fuera de medida, la regulación de un silencio positivo en la autorización de los contratos que debe llevar a cabo la Administración hídrica, lo que es una cuestión menor en el conjunto de esta regulación jurídica²⁴.

Pero como también he anticipado en este trabajo, la Ley 46/1999 en estos aspectos, como en lo relativo a la desalación y reutilización, no se puso en marcha, como cabría esperar, nada más promulgarse la Ley²⁵. Solo ha sido durante la sequía iniciada en 2004 cuando ha comenzado a existir una utilización del contrato de cesión de derechos de uso de agua de una forma significativa e, igualmente, se han constituido algunos Centros de Intercambio de Derechos de uso de Agua que están realizando actividades también de cierta significación²⁶.

Esto permite concluir en que el mercado de agua no ha sido la “varita mágica” que, como algunos postulaban o defendían, iba a constituirse en uno de los signos distintivos y prácticamente exclusivos del nuevo derecho de aguas, pero, sin embargo, sí que con transacciones escasas en número y volumen pero significativas en cuanto al momento

24 El Gobierno de Aragón formuló recurso de inconstitucionalidad contra esta regulación de silencio positivo que aun está pendiente de resolución por parte del TC.

25 La Ley apelaba al necesario desarrollo reglamentario en alguno de sus preceptos, y este desarrollo no llegó hasta mayo de 2003, operándose por medio de una reforma del Reglamento del Dominio Público Hidráulico.

26 Estoy pensando en los Centros de Intercambio de Derechos de uso del agua de la cuenca del Júcar o de la del Guadiana. En este último caso, además, las ofertas de adquisición de derechos y la reserva de algunos de los derechos adquiridos para mejorar la situación de algunos acuíferos (cosa que se puede hacer a partir de la innovación normativa del Real Decreto-Ley 9/2006, disposición adicional tercera), es parte esencial del Plan Especial del Alto Guadiana en estos momentos pendiente de aprobación definitiva habiéndose producido ya algunas ofertas por parte del Centro con anticipación, incluso, a la aprobación del Plan.

en el que operan, se ha podido contribuir a la resolución de conflictos en momentos de crisis hídrica. Lo que también pone de manifiesto esta parte del trabajo en la que nos encontramos, es la escasa importancia que instituciones claves del derecho de aguas en otros momentos, como la concesión, tienen en un momento en el que no existen nuevos recursos, al menos convencionales, que otorgar²⁷.

A los efectos, finalmente, de prever futuras innovaciones normativas en este terreno, creo que la mera modificación del sentido del silencio positivo en la autorización de contratos transformado ahora en negativo, sería suficiente. Uniendo a ello el incremento de las posibilidades interventoras de la Administración Pública para lo que, entre otras cosas, el contenido de la disposición adicional tercera del Real Decreto-Ley 9/2006, debería pasar al contenido de una nueva Ley de Aguas.

8. Aguas subterráneas. Regulación de supuestos sensibles y medidas de mejora normativa

Uno de los puntos negros de la actual gestión de las aguas y con responsabilidades tanto en la actuación de unos particulares decididos a infringir la norma como en una actitud durante mucho tiempo parsimoniosa o no excesivamente diligente de la Administración pública en corregir determinados comportamientos en ciertos lugares sensibles de España, lo constituyen las aguas subterráneas. Eso ha llevado consigo una degradación de determinados acuíferos, con la necesidad de propiciar declaraciones de sobreexplotación y, sobre todo, de adoptar medidas para invertir la tendencia de la situación. Es en ese contexto en que la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, prevé la formación del Plan Especial del Alto Guadiana que ha sido aprobado a comienzos de este año 2008 como se ha indicado anteriormente.

Pero al margen de medidas específicas para corregir la situación en

27 Crisis de la concesión de aguas en cuanto a instrumento válido para el otorgamiento de nuevos recursos que no existen, al menos en cantidades significativas. Obviamente la concesión como institución necesitaría en este momento de una profundización en algunos de sus aspectos, como la modificación y la revisión, referentes a concesiones existentes. Vid. sobre todo ello el magnífico estudio de F. LOPEZ MENUDO, contenido en el *Diccionario de Derecho de Aguas* que aparece en la Bibliografía.

algún lugar del territorio nacional, parece que el ordenamiento jurídico de las aguas, en lo que se refiere a las subterráneas, debiera ser objeto de innovaciones normativas. A ello me he referido en otro lugar limitándome a transcribir en este trabajo, las propuestas de modificación normativa que podrían tener lugar, algunas de las cuales se encontraban ya en el Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Medio Ambiente la primavera de 2007. Serían las siguientes:

a) Una de las características del actual régimen jurídico de las aguas subterráneas que se origina por las disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, consiste en que las modificaciones del régimen de aprovechamiento –en el caso de que se haya optado por permanecer en el régimen privado- conducen ineludiblemente al régimen público, debiendo otorgarse la correspondiente concesión. Creo que se debería precisar algo más en qué consistirían esas modificaciones del régimen de aprovechamiento y, además, cómo se otorgaría dicha concesión. En todo caso creo que no habría inconveniente en permitir –con el adecuado amparo normativo y control de la Administración hídrica- determinadas modificaciones allí donde las masas de agua subterránea no estuvieran en riesgo ni, además, pudieran ponerse en riesgo por dichas modificaciones, mientras que en las masas de agua subterránea en riesgo y con la necesaria precisión legal también, debería haber una prohibición estricta de tales modificaciones con el consiguiente pase a la situación concesional de aquél que las infringiere.

b) La libre apertura de pozos a que se refiere el art. 54.2 TRLA debe modularse y, entre otras cosas, distinguirse la finalidad de la utilización. Creo, así, que si la apertura del pozo tiene como finalidad la de un uso doméstico, de puro abastecimiento de agua, debería continuar el principio de libre apertura bien que reduciendo las cantidades, pues 7.000 metros cúbicos anuales parece excesivo para un uso de esa clase. Cualquier otro destino de las aguas debería llevar como consecuencia la necesaria obtención de la autorización administrativa para la apertura del pozo con independencia de la cantidad que se pretendiera usar.

c) Debe producirse una regulación específica de las Comunidades de usuarios de agua subterránea con una densidad normativa muy superior a la que hoy refleja el TRLA. Y ello tanto por razones ligadas a la misma peculiaridad de estas Comunidades (tiene que distinguirse la situación de unas Comunidades de aguas subterráneas en las que la

titularidad de los derechos pertenecerá, ordinariamente, a sus miembros en relación a la situación de las Comunidades de aguas superficiales en las que son ellas, regularmente, las titulares de la concesión) como por la necesidad de ensayar nuevos caminos frente al fracaso de los actuales, enteramente burocráticos. En tal sentido, las Comunidades de usuarios (formadas tanto por titulares de aguas privadas como por concesionarios en los acuíferos) deberían responsabilizarse del control de los consumos de sus miembros, de la misma forma que sucede en las Comunidades de aguas superficiales. Obviamente para ello hace falta una actitud de franca cooperación con los Organismos de cuenca –y la ayuda técnica y económica de éstos- que debería estructurarse en el marco de los correspondientes convenios.

d) Naturalmente que de nada servirán las modificaciones legales si no van acompañadas de una actitud más comprometida de las Administraciones públicas (no solamente las puramente hidráulicas, sino que también tienen mucho que ver otras, como las competentes en materia agraria) y, por supuesto, de una actitud generosa del Legislador con las Administraciones hidráulicas para dotarlas de suficientes medios personales y materiales con los que cumplir su función. El problema fundamental de las aguas subterráneas no es de régimen jurídico, sino de gestión, y es en ese ámbito dónde hacen falta las grandes novedades. Una modificación del régimen jurídico puede cooperar, y mucho, a la mejora de las aguas subterráneas pero siempre con la condición de una Administración decidida a utilizar las posibilidades que le otorgue el derecho.

e) En todo caso quiero precisar, de forma negativa, que no creo necesaria una modificación “radical” del régimen jurídico de las aguas subterráneas transformando todas las existentes en aguas de dominio público, es decir, olvidando las opciones que se realizaron por los antiguos titulares en el período 1986-1989. En realidad la propiedad pública o privada de las aguas subterráneas creo que hoy ha perdido casi completamente su significación y, desde luego, no la tiene en relación a nuestro objeto principal de discusión en este trabajo, la Directiva 2000/60/CE, para la que es indiferente el tema de la titularidad pública o privada refiriendo todas sus medidas de prevención y protección ambiental a las aguas subterráneas, sin mención de su situación jurídica²⁸.

28 Mayores desarrollos de todo lo que se encuentra en el texto pueden seguirse en mi trabajo, “A vueltas con la propiedad de las aguas”, cit. en la bibliografía.

IV. CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente expuesto resalta, ante todo, la necesidad de elaborar por completo una nueva Ley de Aguas, con líneas directrices claras y homogéneas, pensada de forma global y que supere los actuales defectos que se dan en virtud de un proceso continuo de acumulación de materiales normativos, no siempre respondiendo a las mismas preocupaciones. Es obvio que debe tratarse de una nueva Ley de Aguas adecuada a la problemática actual que presenta la utilización y protección de dicho recurso y que tenga en cuenta el enorme recorrido material e intelectual que se ha llevado a cabo desde la promulgación de la muy notable Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que situada en su contexto temporal merece plácemes, sin duda alguna, pero con un contenido sobrepasado en bastantes circunstancias por las nuevas necesidades y hasta por los cambios políticos y de concepciones sobre el gobierno del territorio.

Dentro de ese nuevo contexto cobran hoy una importancia fundamental las cuestiones de reparto de poder sobre las aguas, quizás la primera condición de lo que algunos llaman gobernanza, y que hoy está sometida en España a fuertes tensiones. El informe lleva a cabo diversas recomendaciones de las que debe destacarse a efectos de la formulación de conclusiones, sobre todo la necesidad de seguir partiendo de la cuenca hidrográfica como elemento territorial sustancial para la gestión de las aguas.

En esa nueva Ley de Aguas debe prestarse atención preferente a llevar a cabo una transposición adecuada a las exigencias de nuestro Derecho de la Directiva 2000/60/CE, cosa que no se ha producido hasta el momento. No se trata, ni mucho menos, de reproducir, simplemente, el tenor literal de la Directiva, que fue lo que se llevó a cabo en 2003, sino de insertar en la Ley los objetivos de esa Directiva con un lenguaje adecuado a la tradición y contexto del derecho de aguas español y, sobre todo, de imaginar instrumentos normativos para hacer realidad el cumplimiento de los objetivos de la Directiva. Esto tiene una especial incidencia en lo relativo a la planificación hidrológica o al principio de recuperación de costes de los servicios proporcionados por el agua, sectores en los que afloran sobre todo los defectos o insuficiencias del proceso de transposición realizado.

Finalmente destaco en estas conclusiones, remitiéndome en todo lo demás a los apartados II y, sobre todo, III del informe, la necesidad de reformar sustancialmente el marco jurídico de la gestión de las aguas subterráneas en España, dado que es en donde más deficiencias pueden destacarse hasta el punto de que en algún ámbito territorial se están intentando soluciones ad hoc (me estoy refiriendo al Plan Especial del Alto Guadiana) cuya efectividad y operatividad deberá ser una de las tareas prioritarias de los distintos sectores de la doctrina científica, en cuanto las técnicas allí contenidas pueden, caso de tener éxito, ser susceptibles de exportarse a otros lugares de la geografía española donde, hipotéticamente, puedan en algún momento presentarse problemas semejantes.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Dada la variedad de temas estudiados en el trabajo, la narración bibliográfica podría ser interminable por lo que prefiero limitarme a bibliografía propia del período temporal examinado. Bastantes de los textos citados son de autor colectivo y, desde luego, a través de los mismos, se puede tener pleno conocimiento del conjunto de la bibliografía sobre derecho de aguas en España.

AAVV (2006), *Derecho de aguas*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia.

DELGADO PIQUERAS F. (2001), *El nuevo marco comunitario de la política de aguas: la Directiva 2000/60/CE/CE*, Esperia Publications Ltd, London

EMBID IRUJO A. (dir) (2006), *El derecho al agua*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

EMBID IRUJO A., “A vueltas con la propiedad de las aguas. La situación de las aguas subterráneas a veinte años de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Algunas propuestas de modificación normativa”, en A. EMBID IRUJO (dir.), *Propiedades públicas*, Justicia Administrativa, número extraordinario de 2006, pp. 183-206.

EMBID IRUJO A., ALBIAC MURILLO J, TORTAJADA QUIROZ C., (2007) *Gestión del agua en Aragón*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

ANTONIO EMBID IRUJO

EMBID IRUJO A. (dir.) (2007) *Conflictos jurídicos en la gestión y uso del agua*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

EMBID IRUJO A. (dir.) (2007), *Diccionario de derecho de aguas*, Iustel, Madrid.

EMBID IRUJO A., (dir.) (2007), *Agua y territorio*, Thomson.-Civitas, Cizur Menor.

FANLO LORAS A., “Planificación hidrológica en España: estado actual de un modelo a fortalecer”, RAP 169, 2006, pp. 265-299.

MARTIN-RETORTILLO S. (1997), *Derecho de aguas*, Civitas, Madrid.

GONZALEZ VARAS S. (coordinador) (2007), *Nuevo derecho de aguas*, Thomson-Civitas

TIRADO ROBLES C., (2004) *La política del agua en el marco comunitario y su integración en España*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

Suspensión condicional del proceso a cambio de reparación: ¿Una forma anómala de decretar el sobreseimiento?

Pablo Galain Palermo*

RESUMEN

Este trabajo analiza la posibilidad que brinda el párrafo 153a.1 del StPO (Código del Proceso Penal alemán) de ejercer la discrecionalidad, sustituyendo la acción penal tradicional por la imposición de obligaciones, condiciones o instrucciones, así como la modalidad prevista en el párrafo 153a.2 del StPO, que permite suspender provisoriamente el procedimiento penal a cambio del cumplimiento de obligaciones, condiciones o instrucciones, que una vez satisfechas excluyen la punibilidad. La norma en cuestión indica, de forma taxativa, las cargas que pueden ser impuestas para que se efective, con el consentimiento del supuesto autor, la suspensión o no iniciación del proceso. De todas las posibles obligaciones, condiciones o instrucciones que ofrece el legislador, me refiero exclusivamente a la figura de la reparación, que en mi opinión cumple una función de equivalente funcional de la pena. El análisis del tema se realiza ofreciendo, por una parte, los aciertos y errores político-criminales del párrafo 153a del StPO, y por otra, señalando los errores y aciertos de este tipo de normas procesales a partir de una perspectiva dogmática y de derecho material.

Palabras clave: Negociación, Reparación, Eliminación, Eficacia del procedimiento,

ABSTRACT

Criminal law as an instrument of secondary social control is continually expanding. At the same time it pretends to be faster and more efficient. This complicate equation between normative inflation and faster process-efficiency forces the legislative to search for alternative resolution mechanisms, not only for sentencing, but for the criminal procedure itself. In this general context, and particularly in the German criminal law should be analysed the combination between the alternative of damage-reparation with the decision of no prosecution (cfr. § 153a.1 StPO) or with the decision of conditional suspension of the procedure (cfr. § 153a.2 StPO). This paper analyses critically the functionality of norms such as the § 153a of the German Procedural Code (StPO) in relation with the interests of the offenders, victims and the principles and guarantees of the substantive criminal law. It assumes a critical view of this kind of norms, which are nearer the idiosyncrasy of the common law system. This, because they respond to the logic of bargaining proper of the common law tradition, instead of the search of consensus for the resolution of the legal conflict caused by crime. This kind of norms does not consider that, in civil law-based systems, there are principles and guarantees, such as the equality against the law.

Key words: Bargaining, reparation, disposal, procedural efficiency

* Doctor Europeo en Derecho por la Universidad de Salamanca-España. Colaborador Científico del Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Freiburg i.B.-Alemania

1. INTRODUCCIÓN Y PRESENTACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

1.1. A nivel de derecho penal comparado, en los últimos años se puede apreciar un fenómeno esquizofrénico –que por una parte– acepta la expansión constante del Derecho penal y –por otra– pretende una mayor celeridad y eficacia. Este proceso –que a primera vista parece antagónico– se pretende llevar a cabo sin vulnerar los principios y garantías fundamentales del sistema jurídico-penal.¹

Desde un punto de vista político-criminal y dogmático, la esquizofrenia de este fenómeno parece recibir el amparo y legitimación de un marco teórico que aspira a la funcionalidad del Derecho penal. Dicha funcionalidad se pretende incluso por encima de los postulados liberales y garantistas.² Político-criminalmente tampoco es fácil congeniar la expansión penal con la búsqueda de celeridad y eficacia.

Así las cosas, como dicho fenómeno no encuentra fácil acomodo en el Derecho penal material, el legislador moderno busca la solución del mismo en el proceso penal.

1.2. Consecuencia de la influencia cada vez mayor de los sistemas procesales del common law frente a los del continental law, es la adaptación constante de los principios fundamentales de legalidad,³ persecución obligatoria de todos los delitos, no disponibilidad del objeto del proceso en materia penal, carga del acusador de la prueba de la culpabilidad del

1 Para un panorama de la actualidad del sistema jurídico penal alemán vide MADLENER, “Celeridad y eficacia en el proceso penal alemán”, en BUENO ARÚS/KURY/RODRÍGUEZ RAMOS/ZAFFARONI (directores), GUZMAN DÁLBORA/SERRANO MAÍLLO (editores), *Derecho Penal y Criminología como fundamentos de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, ps. 837 y ss. A nivel comparado vide PERRON, „Rechtsvergleichender Querschnitt”, en PERRON (Hrsg.) *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrechts des Auslands*, Friburg/Br., 1995, p. 559 y ss. También en la doctrina portuguesa hay quien hace referencia a este problema. Vide por todos FERREIRA MONTE, “Da reparacão penal como consequência jurídica autónoma do crime”, en DA COSTA ANDRADE/DE FARIA COSTA/MIRANDA RODRIGUES/JOÃO ANTUNES (Organizadores), *Liber Discipulorum para Jorge De Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, p. 132.

2 En defensa de estos principios, vide HASSEMER, „Kennzeichnen und Krisen des modernen Strafrechts“, *ZRP*, Heft 10, 1992, ps. 379 y ss.

3 Vide ZIPF, *Die mangelnde Strafwürdigkeit der Ta*, Verlag Anton Pustet, Salzburg/München, 1975, ps. 14 y ss.

imputado, *nemo tenetur*, etc, a una nueva y disímil realidad.⁴ Así, entre otras cosas, los sistemas europeos continentales aceptan como principios básicos los de oportunidad,⁵ de discrecionalidad del ministerio público (si bien con excepciones y controles del juez o la víctima) y de negociación intra-proceso entre fiscal e indagado (como si en Europa continental existieran verdaderos procesos de partes).⁶

Este fenómeno de adaptación procesal de figuras extrañas al proceso continental trae consecuencias negativas no sólo para las garantías de los justiciables (desigualdad de armas, autodeclaración de la culpabilidad, prescindencia del diligenciamiento de la prueba, renuncia expresa a la revisión de la causa en apelación o casación) sino también para el Derecho penal material y el Derecho constitucional. En ese sentido, se ven afectados los principios fundamentales de *ultima ratio*, fragmentariedad, de tutela de los bienes jurídicos como fin del Derecho penal y legitimidad de la creación de tipos penales y de culpabilidad, así como el principio constitucional de presunción de inocencia.

1.3. La búsqueda de consenso entre fiscal e indagado dentro del procedimiento penal, como forma de solucionar el conflicto (abreviadamente, con o sin pena), obliga a preguntarnos, si la abreviación de etapas procesales y la negociación sobre la consecuencia jurídica que ponga fin al conflicto sin la consiguiente declaración de culpabilidad, que parecen encontrar legitimidad formal, gozan también de una justificación material.⁷

4 Vide SCHÜNEMANN, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, tecnos, 2002; „Strafprozessuale Absprachen in Deutschland. Der Rechtsstaat auf dem Weg in die “Bananenrepublik”?,“ *Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft Mittelfranken zu Nürnberg e. V. am 20 Oktober 2004*, Roderer, Regensburg, 2005.

5 Vide KUNZ, *Das strafrechtliche “Bagatellprinzip”. Eine strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Untersuchung*, Duncker&Humblot, Berlin, 1984, ps. 34 y ss.

6 Vide WEIGEND, „Abgesprochene Gerechtigkeit”, *JZ*, 1990, ps. 744 y ss; HASSEMER, „Pacta sunt servanda –auch im Strafproze –BGH, *NJW* 1989, 2270“, *JuS* 1989, Heft 11, ps. 892 y ss.

7 El legislador alemán, en los últimos años, ha concentrado su atención en la posibilidad de renunciar a la pena en aquellos supuestos que revistan poca importancia, sea por el escaso contenido del injusto o de la culpabilidad y por falta de interés público en la persecución. Sucesivas reformas del derecho material (cfr. parágrafos 46a, 56, 59 y 60 del StGB) y del formal (cfr. §§ 153 y ss. del StPO) así lo demuestran. Vide

1.4. De todas estas cuestiones problemáticas que he someramente enunciado, dentro de lo que podría llamarse “soluciones de consenso”, centraré mi atención en la figura de la reparación considerada como una obligación o condición que una vez cumplida por el imputado sirve para decretar el sobreseimiento y extinguir la punibilidad.⁸

Concretamente, me interesa demostrar, cómo en determinadas ocasiones la reparación puede llegar a ocupar el lugar de la pena, constituyendo un equivalente funcional de la misma.

2. DESARROLLO DE LA CUESTIÓN

2.1. En el ordenamiento penal de Alemania la reparación cumple distintas funciones: 1) como atenuante o eximente de pena (cfr. §§ 46 y 46 a StGB); 2) como condición u obligación impuesta al condenado (cfr. §§ 56 b y 59 a StGB y § 153 a StPO); 3) como sustitutivo de la sanción penal (§§ 153a StPO; 4 AE-WGM); 4) como consecuencia jurídica autónoma en el Derecho penal de menores (cfr. §§ 10 y 15 JGG).

GALAIN PALERMO, *La Reparación del daño como equivalente funcional de la pena*, Universidad Católica del Uruguay/Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2009, ps. 235 y ss.

8 § 153a (Prescindir provisionalmente de la acusación; sobreseimiento provisional) (1) “Con el consentimiento del inculpado y del tribunal competente para la apertura del plenario, la fiscalía puede prescindir provisionalmente de la interposición de la acción pública en un delito, y al mismo tiempo fijar al inculpado 1. aducir una determinada prestación para la reparación del daño ocasionado, 2. pagar un importe a favor de una institución de interés común o del Tesoro público, 3. aducir otras prestaciones de interés común, o 4. cumplir con deberes de alimentos de un determinado valor, si estas imposiciones e instrucciones son apropiadas para suprimir el interés público en la persecución penal, y si no se opone la gravedad de la culpa. Para el cumplimiento de las imposiciones e instrucciones, la fiscalía da al inculpado un plazo que asciende a como máximo seis meses en los casos del inciso 1º, núm. 4. La fiscalía puede anular posteriormente las imposiciones e instrucciones, y prorrogar una vez el plazo de tres meses más; con el consentimiento del inculpado, también puede imponer y modificar posteriormente imposiciones e instrucciones. Si el inculpado cumple las imposiciones e instrucciones, entonces el acto ya no puede ser perseguido como delito. Si el inculpado no cumple las imposiciones e instrucciones, entonces no se presentan las prestaciones que haya aducido para su cumplimiento. Se aplica por analogía § 153, apartado 1, inciso 2º...”.

Aquí me interesa únicamente la reparación como Auflage (condición u obligación) o Weisung (instrucción) impuesta al condenado contenida en el § 153a StPO que la convierte en sustitutivo de la sanción penal.

2.2. Para que la reparación tenga naturaleza de condición, obligación o instrucción que permita la discrecionalidad del fiscal o el sobreseimiento condicionado de la causa, se requiere que la gravedad de la culpabilidad y el interés general no se opongan.⁹

Estas figuras, que permiten la prescindencia del proceso y de la pena cuando no exista un interés público en la persecución y cuando la medida de la culpabilidad no lo impida, deberían obedecer a los criterios de merecimiento y de necesidad de pena. Sin embargo, de la forma en que son utilizados por el legislador e interpretados por la doctrina, no representan otra cosa que meros principios de economía procesal.¹⁰

En efecto, la facultad que tiene el Ministerio Público de no ejercer la acción pública es una clara manifestación del principio de oportunidad (cfr. §153 a.1 StPO) y la potestad que tiene el juez de suspender provisoriamente el proceso (cfr. §153 a.2 StPO) a la espera del cumplimiento de las “condiciones” u “obligaciones” o de las “instrucciones” de reparar material o simbólicamente el daño causado, reafirman la posibilidad de que a través de estas acciones reparadoras se pueda prescindir de la pena.

2.3. La reparación que permite la discrecionalidad o la exención de la punibilidad requiere de la aceptación del juez y del presunto autor, es decir, se trata de una solución de consenso. El § 153a StPO solicita de la conformidad del juez, salvo cuando se trate de delitos (Vergehen) que no estén amenazados con una pena de alzada en el mínimo (por ejemplo, cuando se trata de un delito simple, según el § 38 StGB, aquellos que no superen un mes de pena como mínimo) o que sus consecuencias sean mínimas (por ejemplo, se pretende excluir de la posibilidad del sobreseimiento puro o condicionado en aquellas ofensas patrimoniales que

9 Vide BEULKE, WERNER, „Die unbenannten Auflagen und Weisungen des § 145a StPO“, Festschrift für Hans Dahs, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2005, p.211.

10 De la misma opinión PALIERO, *Minima non curat praetor. Hipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985, p. 337.

excedan un determinado monto¹¹ así como en los casos de violencia doméstica).¹²

2.4. Esta discrecionalidad condicionada sólo tiene lugar en materia de mediana y pequeña criminalidad,¹³ con un ámbito de actuación que se limita a delitos conminados con penas de hasta un año de prisión. Todas estas decisiones de política criminal en la persecución de los delitos según la lógica del principio de oportunidad, corresponden a una decisión autónoma de cada uno de los Estados (Länder) que componen la República Federal Alemana, porque la norma procesal penal común a toda la Federación alemana, el § 153a StPO, no establece un límite preciso para la suspensión condicional del proceso. En anteriores trabajos ya he sostenido que la suspensión condicional a cambio de condiciones u obligaciones (Auflagen) o instrucciones (Weisungen) se aplica para delitos conminados con una pena abstracta de un año de privación de la libertad; sin embargo, la norma no establece este límite. El § 153a StPO solamente establece que la suspensión condicional se aplica a los delitos (Vergehen) y que los crímenes (Verbrechen) quedan excluidos de esta forma de resolución del conflicto. Como se ve, la norma no brinda un parámetro claro de delimitación de los delitos a los que se puede aplicar la suspensión condicional del proceso. La redacción de la norma es compleja e imprecisa y solo exige como condición para su aplicación, que ni la gravedad de la culpabilidad ni el interés público en la persecución se opongan al “archivo condicionado” del proceso. En la doctrina autores de la talla de Roxin también sostienen que el “archivo condicionado” se aplica en delitos que no superan un año de pena privativa de la libertad.¹⁴

11 Por ejemplo, en los estados de Schleswig-Holstein, Niedersachsen y Hessen. Por consiguiente, para que sea posible recurrir a los parágrafos 153 e 153a del StPO, el valor del daño ocasionado no puede superar los 25 Euros. Vide ELSNER/PETERS, “The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System”, en JEHLÉ, JÖRG-MARTIN/WADE, MARIANNE (Eds), *Coping with overloaded criminal justice systems. The rise of prosecutorial power across Europe*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2006, ps. 220 y 222.

12 En el Land de Niedersachsen, debido al interés público que existe en la persecución de este tipo de delitos. Vide ELSNER/PETERS, “The Prosecution Service”, cit, p. 221, nota 18.

13 Vide HOBE, „Geringe Schuld“ und “öffentliches Interesse“ in den §§ 153 und 153a StPO“, *Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht. Festschrift für HEINZ LEFERENZ zum 70. Geburtstag*, Müller Verlag, 1983, ps. 642 y s.

14 Vide ROXIN, “Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão”, Ferreira

El fiscal dispondrá de este beneficio procesal (con el consentimiento del presunto autor y del juez) toda vez que no haya interpuesto la acusación pertinente; pero una vez ejercida la acusación es el juez de la causa (con el consentimiento del presunto autor y del fiscal) quien puede disponer de este instituto.¹⁵ Por tanto, se trata de una forma del tipo consensual que puede darse bajo una estructura triangular: fiscal-juez-acusado. Sin lugar a dudas, disposiciones como ésta, permiten el desarrollo de elementos propios de una negociación en un proceso marcado por la legalidad, con indicios de oportunidad como los presentes parágrafos 153a y ss StPO. De todas formas, conviene aclarar, que este parágrafo no indica que el fiscal pueda ejercer un poder discrecional sobre la acción penal, sino que va mucho más allá, al permitir la imposición de una condición u obligación (mandato) a cambio del no ejercicio de la acción penal.¹⁶ Las posibilidades que otorga la norma en cuestión y el poder de disposición que ha obtenido el representante del Ministerio Público respecto al procedimiento, han llevado a algún autor a preguntarse si en Alemania el fiscal no se ha convertido en un juez que actúa delante del juez.¹⁷

Monte et all, “Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português”, Coimbra Editora, Coimbra, 2009., p. 389.

15 Dice el § 153a (2)

Si ya ha sido interpuesta la acusación, entonces, con el consentimiento de la fiscalía y del inculpado, el tribunal puede sobreseer el proceso provisionalmente hasta el final de la vista oral, en la que las constataciones reales pueden ser comprobados por última vez, y al mismo tiempo puede otorgar al inculpado las imposiciones e instrucciones designadas en el apartado 1º, inciso 1º. Se aplican análogamente apartado 1º incisos 2º hasta 5º. La solución según el inciso 1º se promulga por resolución. La resolución no es apelable. El inciso 4º también es válido para una constatación que, según el inciso 1º, las imposiciones e instrucciones otorgadas hayan sido cumplidas. (3) Se suspende la prescripción durante el transcurso del plazo establecido para el cumplimiento de las imposiciones e instrucciones.

16 La doctrina reconoce este amplio poder de discrecionalidad del fiscal y explica esta posibilidad dentro de las formas de *diversión* que tienen el objetivo de descongestionar los tribunales de causas penales que revisten poca importancia. Vide JEHLE, “The Function of Public Prosecutor within the Criminal Justice System. Aim, Approach and Outcome of a European Comparative Study”, JEHLE/WADE (Eds.) *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, cit, p. 22. De todas formas el poder de discreción se ve limitado por un numerus clausus de condiciones, obligaciones o instrucciones que pueden llegar a ser “impuestas” en el caso concreto. Vide BEULKE, „Die Unbenannten”, cit, p. 226.

17 Vide KAUSCH, *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter?*, Duncker&Humblot,

Como ya fuera dicho, esta disposición se aplica sólo a delitos (*Vergehen*), –quedan excluidos los crímenes (*Verbrechen*)– y el plazo que se otorga para efectivizar la reparación no puede superar los 6 meses.¹⁸ Cumplida esta obligación en tiempo, el sobreseimiento se torna definitivo (cfr. § 467.5 StPO).

Se debe destacar que la resolución del Ministerio Público de archivar el procedimiento basada en este supuesto, no puede ser recurrida, así como tampoco puede ser incoada por la víctima la acción para compelel el ejercicio de la acción penal (cfr. § 172 StPO).¹⁹ Excepcionalmente, la norma permite al fiscal prescindir de la conformidad del juez (y del imputado), en aquellos casos en que se ha producido un delito menor y la pena del mismo no se encuentra elevada o alzada en el mínimo, y además, siempre que las consecuencias ocasionadas sean mínimas o insignificantes. Estos supuestos, en los cuales el fiscal tiene la potestad de no iniciar el caso sin necesidad de requerir la confirmación judicial, han sido duramente criticados por la doctrina, en el entendido que po-

Berlin, 1980, ps. 61 y ss. Es así que el fiscal puede suspender provisionalmente la iniciación del proceso, siempre que el presunto delincuente -entre otras posibles obligaciones- se decida a reparar el daño causado a la víctima. Esta opción no ha estado libre de críticas, principalmente, de algunos penalistas que se oponen a las soluciones formales para los problemas del Derecho penal material. Vide NAUCKE, *Gutachten 51. DJT*, 1976; ps. 24 y ss; KUBINK *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*, Duncker&Humblot, Berlin, 2002, p. 465. Incluso se ha dicho que podríamos estar frente a una disposición normativa que beneficia sólo a los autores con poder adquisitivo. Vide TIEDEMANN, *ZStW*, 86, 1974, p. 302; WALTER, *ZStW*, 95, 1983, p. 32, cit. por KUBINK, *Strafen und ihre Alternativen*, cit, p. 466. Por todo ello, además, existe un peligro de comercialización del Derecho penal, donde se ofrece la posibilidad de “comprar la libertad”. Vide SCHMIDHÄUSER, „Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß?” *JZ*, 28. Jg., 17, 1973, ps. 529 y 532.

18 Según el parágrafo 12.2 StGB: “Delitos son hechos antijurídicos que están amenazados con pena privativa de la libertad inferior o con multa”. La pena inferior a la que hace referencia es de un año. La limitación a los *Vergehen* indica que quedan excluidos de esta disposición los crímenes (*Verbrechen*). Según el parágrafo 12.1 StGB: “Crímenes son hechos antijurídicos que están amenazados con pena privativa de la libertad, cuyo mínimo es de un año o más”.

19 Vide en castellano, Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991, p. 47; AA.VV. *Procesos Penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, Association de Recherches Pénales Européennes (ARPE), Dirección de Mireille Delmas-Marty, trad. De Pablo Morenilla, Edijus, 2000, p. 91

drían poner en duda la constitucionalidad de los mismos, en cuanto se conceden al fiscal facultades de juzgar que le son ajenas a sus funciones y atentan contra la separación de poderes.²⁰

3. IMPORTANCIA PRÁCTICA Y PELIGRO TEÓRICO DEL PARÁGRAFO 153A StPO

3.1. La importancia de una norma como el parágrafo 153a StPO radica en que es la disposición procesal que permite en la praxis, la más rápida posibilidad de acceder a la reparación del daño ocasionado. Sin embargo, su dificultad reside -desde el punto de vista de las garantías- en que su naturaleza jurídica no puede ser entendida como una sanción formal, sino como una forma de desviar el cauce normal de un proceso.²¹

El legislador hasta 1993 había pretendido a través de esta norma solucionar problemas de la pequeña criminalidad, aquella en la que acciones reparadoras del daño social causado, junto a la escasa culpabilidad del autor, permiten -siempre que no se opongan motivos de prevención general- evitar el proceso (o suspenderlo provisionalmente) en cuestiones de mínima cuantía. Sin embargo, con la *Rechtspflegeentlastungsgesetz* la norma ha ampliado su ámbito de ingerencia para resolver casos de la mediana criminalidad, como presuntos delitos económicos y tributarios que causan cuantiosos daños en víctimas directas o difusas, siempre que la gravedad de la culpabilidad no se oponga.²²

La práctica reciente nos revela el caso “Mannesmann”, el mayor escándalo financiero de la historia alemana resuelto por esta vía rápida.²³

20 Vide HIRSCH, „Zur Behandlung der Bagatelkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland. –Unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft–“, ZStW, 1980, ps. 230 y ss; SALIGER, „Grenzen der Opportunität: § 153a stop und der Fall Kohl Zugleich Besprechung von LG Bonn, Beschluss vom 28.2.2001“, GA, 3/2005, p. 160.

21 Vide SALIGER, „Grenzen der Opportunität“, cit, p. 161. En todo caso, se trataría de sanciones informales en el sentido del movimiento de *diversión*, cuya finalidad político criminal es la evitación del proceso penal y las sanciones tradicionales. Vide en castellano TAMARIT, *La reparación a la víctima en el derecho penal. (Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*, trad. del catalán Eva Maldonado/Carolina Villacampa, Fundació Jaime Callís, Barcelona, p. 43.

22 Vide SALIGER, „Grenzen der Opportunität“, cit, p. 162.

23 Vide SALIGER/SINNER, „Abstraktes Recht und konkreter Wille. Anmerkungen zur Einstellung des „Mannesmann“-Verfahrens nach § 153a StPO“, Zeitschrift für Internationales Strafrechtsdogmatik, 12, 2007, ps. 476 y ss.

Este caso se refiere a la presunta comisión del tipo de administración desleal (§ 266 StGB) que causó un perjuicio al patrimonio de la empresa y a los accionistas por un valor aproximado 57 millones de euros, en el proceso de adjudicación de la empresa alemana de telefonía Mannesmann AG a manos del consorcio inglés Vodafone. Durante el proceso de adjudicación los miembros del órgano societario de supervisión (Aufsichtsrat) se auto-adjudicaron cuantiosos premios no previstos en sus contratos que “compensaban” sus esfuerzos para revalorizar el precio de la empresa alemana en aras de obtener un mejor precio en la compraventa. Estas adjudicaciones millonarias no contaron con la aprobación de la Junta de Accionistas.²⁴

La fiscalía justificó su acusación de administración desleal por la falta de debido control ante los imprevistos gastos de la empresa para premiar a directivos y miembros del Consejo de Vigilancia de la empresa, en perjuicio del capital de la propia empresa y de los accionistas (cfe. §§ 116, 112, 93, 87 Abs. 1 AktG). Sin embargo, los acusados fueron absueltos en primera instancia de la acusación fiscal (cfe. sentencia Landesgericht Düsseldorf 22.07.2004), por existir error de prohibición invencible en sus actuaciones (cfe. §§ 16, 17 StGB)²⁵ en relación al confuso y difuso derecho

24 El Presidente del Consejo de Administración, Dr. Esser, recibió un premio de recompensa de 16 millones de euros y una indemnización (que estaba previamente pactada) por abandonar anticipadamente su cargo de Presidente de 15 millones. En total el Dr. Esser recibió la friolera suma de 31 millones de euros. Los miembros del Consejo de Supervisión (que no es un órgano ejecutivo de la empresa), entre ellos el Presidente del Consejo de Administración del Deutsche Bank Josef Ackermann y el Presidente del sindicato del metal Klaus Zwickel, se auto-otorgaron premios de recompensa por supuestas contribuciones al éxito de la empresa que ascendían a casi 2 millones de euros. Vide REEG, “Libertad empresarial y responsabilidad penal en Alemania. La discusión reciente acerca del caso “Mannesmann””, en *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI. Lieber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, 2006, ps. 726 y s.

25 La sentencia en comento distingue por una parte entre error de prohibición inevitable y por otra la infracción de un deber. Respecto del primero sostiene que el error en que incurrían los acusados es inevitable, atendiendo a la circunstancia de que aun los acusados no se hubiesen informado adecuadamente –mediante un informe objetivo, acusatorio, conforme a Derecho y responsablemente evacuado por una persona o instancia fiable, experta y objetiva– acerca de la conformidad a Derecho de las conductas propias sujetas a reproche, dicho informe hipotético bien podría haberse pronunciado a favor de la juridicidad de las referidas actuaciones. Sobre el particular, el LG Dusseldorf sostiene que la esencia del error de prohibición inevitable yace en

alemán en esta materia.²⁶

Arguyendo interés público en la persecución y otros defectos de fondo, la fiscalía general solicitó la revisión del caso ante el Tribunal

el poder conocer la antijuricidad de la conducta propia en el caso concreto y no en la infracción de un deber general de información y su reproche: “ff) *Unvermeidbarer Verbotsirrtum*. Die Angekl. *Zwickel* und *Dr. Ackermann* handelten jedoch in einem die Schuld ausschließenden unvermeidbaren Verbotsirrtum gem. § 17 S. 1 StGB. Ohne Bedeutung bleibt, dass sie sich nicht auf einen solchen Irrtum beriefen. Sobald sich Anhaltspunkte für die Annahme dieses Schuldausschließungsgrunds ergeben, sind diese zu berücksichtigen (BGH, NStZ 2002, 143). Dieser Irrtum über das Verbotensein ihres Handelns war unvermeidbar. Da das Wesen der Vermeidbarkeit des Irrtums in dem Erkennens-Können der konkreten Rechtswidrigkeit des eigenen Verhaltens liegt, kommt es –wenn, wie hier, der Täter selbst keine Auskunft eingeholt hat– nicht auf die Verletzung einer allgemeinen Informationspflicht und deren Vorwerfbarkeit an, sondern auf die Frage, ob eine eingeholte Auskunft bei einer verlässlichen, unvoreingenommenen und sachkundigen Person oder Stelle, die kein Eigeninteresse verfolgt und die Gewähr für eine objektive, sorgfältige, pflichtgemäße und verantwortungsbewusste Auskunftserteilung bietet, zur Behebung des Irrtums geführt hätte [...] Nach den Feststellungen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Angekl. *Zwickel* und *Dr. Ackermann* bei Einholen eines Rechtsrats zu der Frage, ob in der konkreten Situation einem ehemaligen Vorstandsvorsitzenden eine Anerkennungsprämie der vorliegenden Art gewährt werden darf, im April 2000 die Auskunft erhalten hätten, dies sei rechtlich unzulässig oder aus Rechtsgründen bedenklich. Sie hätten vielmehr die Auskunft erhalten, dass die Anerkennungsprämie an den Angekl. Prof. Dr. Funk rechtlich möglich ist. Ein Schuldvorwurf kann deshalb nicht erhoben werden.“. Vide NJW 2004 Heft 45, 3285. Contradictoriamente, en la misma sentencia (Landesgericht (LG) Düsseldorf, Urteil vom 22. 7. 2004 - XIV 5/03) se afirma que: „Wer wusste, dass Mannesmann geschädigt wurde, wusste zugleich, dass er pflichtwidrig handelte“ (“Quien supo que Mannesmann fue perjudicada, supo al mismo tiempo que actuaba infringiendo un deber”) . NJW 2004 Heft 45.

- 26 Según la sentencia si bien los acusados habían infringido sus obligaciones en relación a la Ley de Sociedades Anónimas (Cfe. § 87.1) ésta no puede ser calificada como “grave” a la luz del estudio de la punibilidad del delito de administración desleal (Cfe. § 266 StGB). NJWc2004 Heft45, 3275 y ss. No obstante la infracción de la obligación de administración leal (Cfe. 87.1) se fundamentó en la falta de acuerdo previo sobre las remuneraciones de los consejeros y la falta de una resolución del Consejo de Supervisión en consideración del cuidado del interés de la empresa. No obstante, no cabe la punición de los acusados porque “la empresa se encontraba en buenas condiciones económicas y que el otorgamiento de los premios no se había escondido en absoluto, tomando en cuenta también que las prestaciones de los consejeros habían contribuido al éxito de la transacción de compraventa de las acciones. Vide REEG, “Libertad empresarial”, cit, p. 731.

Supremo (Bundesgerichtshof, BGH) que dispuso el 21.12.2005²⁷ la reapertura del juicio ante la 10ª Cámara del Gran Tribunal Penal Económico de Düsseldorf (Großen Wirtschaftsstrafkammer).²⁸

El 26.10.2006 se reanudó el procedimiento contra los mismos imputados y apenas transcurridos unos días, el 29 noviembre de 2006, la misma fiscalía y el nuevo tribunal accedieron a la solicitud de la defensa de llegar a un acuerdo que pusiera fin al proceso (cfe. § 153a StPO). En el fundamento del acuerdo se recurrió nuevamente al argumento del interés público pero en otro sentido, es decir, se fundamentó la suspensión condicional del proceso (§ 153a.2 StPO) en la falta de interés público en la persecución y en la “poca gravedad de la culpabilidad” de los indagados. Según expresa el comunicado de prensa (Pressemitteilung) del Landgericht Düsseldorf nº 09/2006, para eliminar la falta de interés público en la persecución se requiere a cambio del pago de condiciones u obligaciones que, en algunos casos, ascienden a más de tres millones de euros. De esta forma el acuerdo entre los indagados y el fiscal recibió la opinión favorable del tribunal y una vez satisfecho (cfe. 05.02.2007), se dispuso que el interés público en la persecución se había suprimido²⁹ y que correspondía poner punto final al proceso sin acusación ni declaración de la culpabilidad. Entre otros argumentos el tribunal legitimó la suspensión condicional y posterior archivo en el transcurso del tiempo desde que sucedieron los hechos (1999-2000), en la escasa posibilidad

27 Razonando en sentido opuesto al LG Dusseldorf el BGH sostuvo que el premio es en esencia sólo una recompensa por prestaciones anteriores que no producen ningún beneficio futuro para la empresa. En ese sentido el pago de estos premios es una disminución desleal de fondos de la sociedad a favor de los consejeros. El interés de la empresa es el criterio de adecuación al que tiene que recurrirse para analizar cualquier decisión empresarial. Vide NJW, 2005, 522-531. Contradiendo el criterio de la “escasa gravedad de la infracción” utilizado por el LG Dusseldorf para negar la punibilidad de los acusados, el BGH sostuvo que “en los casos en los que no existe la posibilidad de derivar beneficios futuros para la empresa, el criterio de la gravedad no es de aplicación... sólo debe aplicarse este requisito de gravedad en los supuestos en los que los consejeros toman una decisión arriesgada para la empresa que, a la vez, abre perspectivas éxito y beneficio en el futuro”. Vide REEG, “Libertad empresarial”, cit., p. 733.

28 Vide SALIGER/SINNER, „Abstraktes Recht und konkreter Wille“, cit, p. 477.

29 Der Kammer erscheinen die den Angeklagten auferlegten Zahlungen ferner geeignet, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen“. Vide Pressemitteilung, p. 1.

de encontrar prueba favorable para una imputación y en la economía procesal, en el más puro sentido de la palabra.

De esta forma, los beneficiados con el archivo del proceso tuvieron que desembolsar sumas de dinero muy superiores a lo que les hubiera correspondido en caso de haber sido condenados a una pena de multa. No debe olvidarse, además, que convinieron en reparar parte de los daños causados amparados por el principio constitucional de inocencia.³⁰ El 60% del monto de la obligación o condición (Auflage)³¹ acordado fue a parar a las arcas estatales (como si se tratara de una multa) y el resto a distintas instituciones de beneficencia pública arbitrariamente escogidas.

Cuando los procesos no son suspendidos y archivados, casos como Mannesmann concluyen con la imposición de una pena de multa. Esto permite deducir desde un punto de vista político-criminal que de convenir una orden de reparación (cfr. § 153 a.1 StPO) o de pagar una suma a una institución de interés público (cfr. § 153 a.2 StPO), se estará dando un mejor destino al dinero que el que recibe con la pena de multa.³² Sin embargo, esto no legitima la continua utilización de esta figura procesal, que por otra parte, tanto en Mannesmann como en la gran mayoría de los casos se utiliza en beneficio de las arcas estatales.³³

Entiendo que otorgar la facultad al fiscal de no interponer la acción pública en ejercicio del principio de oportunidad (cfr. 153 a.1 StPO) o al juez de suspender provisionalmente el proceso (cfr. 153 a.2 StPO) a la espera del cumplimiento de las obligaciones, condiciones (Auflagen) o instrucciones (Weisungen), no significa otra cosa que reconocer la posibilidad de que a través de estas acciones reparadoras se pueda prescindir de la

30 Vide SALIGER/SINNER, „Abstraktes Recht und konkreter Wille”, ps. 476 y ss.

31 Die Zahlungen sollen zu 60% der Staatskasse und im Übrigen gemeinnützigen Einrichtungen zufließen”. Vide Pressemitteilung, p. 1.

32 Así lo entienden las víctimas encuestadas en Alemania, contrarias a la pena de multa porque dicha pena dificulta las posibilidades de obtener una reparación por parte del autor. Las denuncias de las víctimas ante la autoridad administrativas encargada de reprimir el delito no obedecen a la intención de dar inicio a una persecución sino que son una simple exigencia de las compañías de seguro para beneficiarse con el cobro de compensaciones por los daños sufridos. Vide FREHSEE, “Restitution and Offender-Victim Arrangement in German Criminal Law: Development and Theoretical Implications”, *Buffalo Criminal Law Review*, 3, 235, 1999, p. 236.

33 Por eso no puedo hablar en favor de la disposición del § 153 a.2 StPO que permite el pago de la condición u obligación a favor del Tesoro público.

pena.³⁴ Es decir, el problema central no radica en que pueda simplificarse una causa penal con el consentimiento de los implicados, sino que a esta “negociación” entre la Administración de Justicia y el presunto culpable, que sigue la misma lógica que los Absprachen,³⁵ no se le reconozca su verdadera naturaleza jurídica y finalidad político-criminal.

3.2. Conceptual y técnicamente no estamos frente a un castigo en sentido jurídico, por ello, desde un punto de vista fáctico, tras el acto de reparación el autor es eximido de una acusación formal, de un debido proceso y de un antecedente penal.³⁶

En los hechos, la imposición de la condición, la obligación o la instrucción de reparar permitirá –en un determinado plazo de tiempo que puede ir de 6 meses a 1 año–³⁷ la discrecionalidad fiscal o el archivo de la causa penal, en ambos casos, como si el delito no se hubiera cometido. Esto también implica que los hechos no son probados ni aclarados y que la culpabilidad –a pesar de haber sido valorada en forma previa–³⁸ no es declarada.³⁹

34 SALIGER Y SINNER se refieren a determinadas tareas de fiscalización y medición de la pena que se realizan al momento de determinación del tipo y monto de la condición u obligación. Vide SALIGER/SINNE, „Abstrakter Recht und konkreter Wille“, cit, p. 480.

35 Vide GALAIN PALERMO, “Formas de consenso que permiten la suspensión del proceso penal en Alemania y Portugal”, Revista do Ministério Público, 106, Ano 27, Portugal, Abr-Jun 2006, ps. 49 y ss.

36 Vide SALIGER, „Grenzen der Opportunität“, cit, p. 165. En palabras de WALTHER: “Technically, none of these orders constitute “punishment” in the legal sense. Hence, the accused will be spared not only a formal accusation and trial but also a criminal record; he or she continues to enjoy the legal benefits of the presumption of innocence”. Vide S WALTHER, “Communication over Confrontation: Modern Criminal Procedure in Transformation”, en *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness. Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht*, ESER/RABENSTEIN (Hrsg.), Duncker & Humblot, Berlin, 2004, p. 371.

37 No obstante, según el § 153a StPO, la reparación como condición, obligación o instrucción puede ser realizada en un plazo que varía entre seis y nueve meses. Vide SCHULTE, *Die materielle Wiedergutmachung im Strafverfahren*, Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 119.

38 Nótese que con el cambio de redacción operado con la *Rechtspflegeentlastungsgesetz* de 1993 ya no se exige una “geringe Schuld” (culpabilidad leve para aplicar el § 153a StPO) sino que la gravedad de la culpabilidad no se oponga a la suspensión condicional y posterior archivo del proceso.

39 En entrevista otorgada a la Revista *Der Spiegel* de 04.02.2007, Josef Ackermann

3.3. En la praxis, en cuanto refiere a los delitos cometidos por mayores de edad, tanto el Ministerio Público como el Juez no solicitan con frecuencia ni la reparación de la víctima ni la conciliación entre autor y víctima (Täter-Opfer-Ausgleich),⁴⁰ cuando tienen la posibilidad de hacerlo (cfr. § 153a.5 StPO). Asimismo cuando éstos se deciden por exigir como condición u obligación la reparación, se limitan a la solicitud de la reparación del daño material.⁴¹

manifestaba que a pesar de haber pagado una reparación de más de tres millones y medio de euros a cambio del archivo del procedimiento, el no se sentía ni era culpable de cometer ningún delito, estaba amparado por el principio constitucional de inocencia y orgulloso de haber contribuido con este pago a limpiar la imagen del Deutsche Bank y reforzar la credibilidad de la plaza financiera alemana a nivel internacional. El consejo de vigilancia del Deutsche Bank agradeció a Ackermann su buena voluntad para posibilitar el fin del proceso y poder dedicarse por entero a sus tareas en la entidad. De la supuesta responsabilidad de Ackermann en el caso *Mannesmann* nada se ha dicho. Puede consultarse en castellano en <http://www.elpais.com/articulo/empresas/Alemania>, visitado el 26.11.2007.

40 Los operadores del sistema penal alemán recurren a la mediación (Täter-Opfer-Ausgleich) sólo en el 3% de los casos llegados a tribunales, cuando entre el 15 y el 30 % de ellos eran pasibles de ser resueltos por esta vía. Vide FREHSEE, "Restitution", cit, p. 243.

41 En cifras que provienen de la StBA- Staatsanwaltschaften (Arbeitsunterlage) 1993 bis 2001 (ab 1995 mit NBL), jew. Tab. 2.2; Prozentuierungen nach eigener Berechnung, podemos indicar que los Fiscales alemanes en 1999 instauraron 4.495.556 procesos de investigación (Ermittlungsverfahren insgesamt), de los cuales acusaron (Anklagen) en 547.564, sobreyeron en 241.296 (Einstellungen § 153a StPO), aplicaron penas de multas (Geldbetrag) en el 85,1% de los casos (205.366), trabajos en beneficio de la comunidad (Sonstige gemeinn. Leistungen) en el 1,4% (3.319) y reparación (Wiedergutmachung) en el 4,7% (18.147). En el año 2000 las cifras decrecieron, respecto a la Wiedergutmachung a un 6,5% (16.451) de 4.447.024 procesos de investigación y 545.274 acusaciones. En lo que respecta al sobreseimiento del § 153a StPO se aplicó en 252.274 casos. La pena de multa se aplicó en el 86,2% (217.323) y el trabajo en beneficio de la comunidad tan solo en el 1,3% (3.181). Ese año comenzó a regir la posibilidad de la Täter-Opfer-Ausgleich (T-O-A) del § 153a Nr. 5 como una orden o instrucción (Weisung), aplicándose en el 0,9% de los casos (2.269). En el año 2001 de 4.555.675 procesos investigados, se acusó en 561.314, habiendo sido sobreseídos 258.797, aplicadas multas en el 80,5% (208.379), trabajos en beneficios de la comunidad en el 1,1% (2.797), Wiedergutmachung en el 6,3% (16.246) y T-O-A en el 1,0% (2.548). Por su parte, según datos que surgen de la práctica de los Tribunales StBA-Strafgerichte (Arbeitsunterlage) 1989-2001 (ab 1993 mit NBL), jew. Tab. 2.3; 4.3, 5.3, 7.3. Additionen und Prozentuierungen nach eigener Berechnung, que en 1999, 2000 y 2001 se tramitaron respectivamente 1.038.887, 1.032.664 y 1.019.554 procesos; de los cuales fueron sobreseídos en aplicación del §

Como se ha dicho este sobreseimiento condicionado es bastante utilizado por los operadores penales alemanes,⁴² sin embargo, cuando lo aplican no se recurre a la reparación del daño como condición u obligación a imponer al autor,⁴³ sino que se inclinan, generalmente, por el pago de una suma de dinero al tesoro público o a una entidad de beneficencia pública. En realidad se pretende no exigir al autor con condiciones, obligaciones o instrucciones que sean de difícil realización, porque la finalidad político-criminal de esta figura es el descongestionamiento de la Administración de Justicia. Es decir, la condición u obligación de reparar no debe impedir que el sobreseimiento provisional se convierta en definitivo.⁴⁴

Como surge de las estadísticas que abarcan desde 1993 al 2002 (cfr. nota de pie 41), en todos estos años, la condición u obligación (Auflage) impuesta al inculcado en casi el 90% de los casos fue la de pagar una cantidad de dinero a una entidad estatal, como si se tratara de una pena de multa.⁴⁵

153 StPO 81.459, 77.453 y 76.009 casos; mientras se aplicaron penas de multa en el 81,1% (66.065), 79,9% (61.885) y 77,9% (59.238); habiéndose producido reparación o Wiedergutmachung en el 9,0% (7.347), 10,1% (7.848) y 11,5% (8.707). En lo que respecta a la T-O-A, comenzó a aplicarse en el 2001 habiéndose solucionado por esta vía un 0,5% (372) de los procesos instaurados. Agradezco a MICHAEL KILCHLING del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional la aportación de material estadístico.

42 En particular, en delitos económicos y criminalidad de cuello blanco, como forma de evitar el juicio en aras de mayor eficacia y celeridad. Una norma que resulta ya imprescindible en el ordenamiento alemán. Vide WEHNERT, "Die tatsächliche Ausgestaltung der Absprachepraxis in staatsanwaltschaftlichen Wirtschaftsermittlungsverfahren aus anwaltlicher Sicht", en StV, 4, April 2002, ps. 221 y s.

43 Vide KEUDEL, "Die Effizienz des Täter-Opfer-Ausgleich. Eine empirische Untersuchung von Täter-Opfer-Ausgleichsfällen aus Schleswig-Holstein", Weisser Ring, 2000, ps. 63 y ss, p. 219.

44 Vide RIE, „Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach § 153 StPO", ZRP, 1983, ps. 93 y ss.

45 Se habla de cifras que superan el 90% para la obligación de pagar una suma de dinero a instituciones de beneficencia y de poco más del 0,5% para la reparación del daño. Entre otros, KAUSCH, "Der Staatsanwalt", cit, ps. 115 y ss.

3.4. Así las cosas, esta figura que a pesar de las críticas de la doctrina⁴⁶ es tan utilizada por la praxis alemana en beneficio de la celeridad de la Administración de Justicia y de las arcas estatales, tiene una consecuencia muy negativa para las garantías y principios liberales del sistema, pues, por medio de la reparación efectivamente cumplida se habrá compensado el injusto y sin embargo, el acto de reparación que compensa el injusto se realiza bajo el amparo constitucional de la presunción de inocencia.⁴⁷

Por tanto, la realización de esa condición, obligación o instrucción habrá cumplido con los fines de la pena en casos de escasa culpabilidad, que no requieran de un castigo por motivos de prevención general, pues de otra forma, no se entiende como podría verse un presunto autor liberado de una pena (o de una medida de seguridad) tras la realización de un “mandato” fiscal o judicial (dependiendo de las circunstancias) consentido por el indagado.⁴⁸

Quiero expresar con esto, que no se puede dejar de reconocer que estas “medidas coercitivas” con las que el supuesto autor concuerda o consiente, tendrían naturaleza jurídica punitiva, convirtiendo a la reparación en una figura alternativa de la pena. A su vez, estas “medidas coercitivas”

46 Vide SALIGER/SINNE, “Abstrakter Recht und konkreter Wille”, cit, ps476 y ss. Especialmente, por el hecho de haber legalizado la posibilidad de imponer sanciones penales, en algunos casos, por expresa decisión del fiscal sin una previa declaración formal de culpabilidad. No importa que la gravedad de la culpabilidad deba ser calibrada según dispone el § 46.2 StGB, sino que lo criticado, es que no haya una declaración previa de la misma antes de imponer obligaciones al inculpado. Además, se observa el peligro para el principio de legalidad y la seguridad jurídica, en vista de las extraordinarias facultades que dispone el fiscal, que pueden traer aparejadas negativas consecuencias en cuanto a la confianza en el ordenamiento jurídico. Vide en castellano, PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Comares, Granada, 1999, p. 111. De otra opinión, HÜNERFELD, entre otras razones, por motivos de economía procesal, pero además, porque abre el camino a la posibilidad de encontrar una reacción penal menos estigmatizante para la pequeña criminalidad y los autores no peligrosos. Vide HÜNERFELD, “A pequena criminalidade e o processo penal”, RDE, IV, n° 1, Janeiro-Junho 1978, p. 38.

47 Vide también WALTHER, S, “Communication over confrontation”, cit, p. 370; SALIGER/SINNE, “Abstrakter Recht und konkreter Wille”, cit., p. 482.

48 Son paradigmáticos por esta misma causa los casos de Helmuth Kohl y Mannesmann, resueltos a través del § 153a StPO. Vide comparativamente estos dos casos en SALIGER/SINNE, “Abstrakter Recht und konkreter Wille”, cit, ps. 480 y ss.

prescinden de la carga de la prueba de la culpabilidad, perjudicando la situación del presunto autor.⁴⁹ Sólo en algunas situaciones, la no incoación del proceso –potestad del Ministerio Público–⁵⁰ o la suspensión del proceso y/o su desviación hacia otras instancias –potestad del juez–, beneficiaría a sujetos cuya culpabilidad hubiera sido fehacientemente probada y, posiblemente, merecedora de castigo.⁵¹

49 No se olvide que la desviación a instancias informales puede traer a colación una mayor y continua represión (o vigilancia), que con el proceso tradicional y con las sanciones formales. El peligro, del que ya se ha percatado parte de la doctrina alemana, radica en que este desvío de la condena formal hacia un modo informal de sanción, puede crear el llamado “net widening” o extensión del castigo informal hasta personas que en un juicio formal hubieran obtenido un archivo del proceso sin ulteriores consecuencias (cfr. § 153 StPO) o la absolución. Vide JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5.^a edición, renovada y ampliada, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 807. Aunque el mayor perjuicio se causa cuando el presunto autor repara el daño sin haber sido culpable del mismo.

50 Tan amplia potestad de decisión y ejecución, en algunos casos notorios y comprometidos, puede llegar a ser inconveniente, pues, en definitiva, se está otorgando a un funcionario administrativo generalmente vinculado al gobierno, la opción de decidir el futuro de tales procesos penales; circunstancia que puede denunciarse como una ingerencia de lo político respecto de la acción penal y la materia judicial. Máxime, si consideramos que en Alemania a diferencia de España no hay una Policía Judicial que dependa directamente del juez de instrucción, sino que la policía alemana depende directamente del Poder Ejecutivo y es la encargada de la fase de investigación. De todos modos, en Alemania la Policía no tiene la facultad de la policía norteamericana de decidir por sí misma qué autores pasan a la justicia ordinaria y cuáles a procesos de Diversión. Sobre el tema, ELSNER/PETERS, “The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System”, en JEHLE, JÖRG-MARTIN/WADE, MARIANNE (Eds), *Coping*, cit, ps. 207 y ss; 224 y s.

51 Uno de los casos más notorios resueltos según el § 153 a StPO por el StA de Bonn, relacionó al ex Canciller alemán Helmut Kohl con una presunta malversación de fondos, llevada a cabo mediante la tergiversación de la contabilidad oficial, mediante la cual el partido del canciller, la Unión Cristiana Democrática (CDU) se benefició ilícitamente de subvenciones públicas. Esta solución dejó serias dudas en el Landgericht de Bonn acerca de la culpabilidad del ex Canciller, quien en todo momento se negó a mencionar los nombres de los donantes de su partido, aduciendo razones políticas como excusa para no colaborar con la justicia, lo que de por sí hubiera ameritado la interposición de la acusación formal. Este caso cuestiona el respeto del principio de igualdad al momento de proponer soluciones distintas al proceso penal, considerando la posición social o política del presunto autor. Vide LG Bonn, Beschluss vom 28.2.2001- 27 AR 2/01, NStZ, 2001, ps. 375 a 379. Con mayor extensión, vide HAMM, “Wie man in richterlicher Unabhängigkeit

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONDICIONES, OBLIGACIONES O INSTRUCCIONES

4.1. La naturaleza de las condiciones, obligaciones o instrucciones es controvertida, así se habla de medidas cuasi penales (“strafähnliche Maßnahmen”)⁵² o de sustitutos de la pena encubiertos (“verkappte Ersatzstrafen”)⁵³ que en definitiva una vez cumplidas permiten una compensación del injusto. Por tanto, no se puede negar que las mismas contienen un carácter normativo sancionador (retributivo y/o preventivo).

Las condiciones u obligaciones (Auflagen) exigen la obligación de reparar el daño, de pagar una suma de dinero a instituciones de utilidad pública o a la Hacienda estatal, o finalmente, la de realizar tareas de utilidad pública, sin respetar los principios sancionadores del Derecho penal material.⁵⁴ La única condición exigida por el legislador, es que las mismas no conlleven exigencias desalentadoras para el autor. Por su parte las instrucciones (Weisungen) generalmente obedecen a una política de rehabilitación y se utilizan con una finalidad preventiva en casos de personas que no llegan a los 30 años de edad (Jungerwachsenen).⁵⁵

vor unklaren Gesetzeslagen kapituliert“, NJW, 2001, Heft 23, ps. 1695 y s. Sobre el caso en particular, vide VELTEN, „Untreue durch Belastung mit dem Risiko zukünftiger Sanktionen am Beispiel verdeckter Parteienfinanzierung“, NJW 2000, Heft 39, ps. 2852 a 2857. Recientemente, SALIGER, “Grenzen der Opportunität”, cit, ps. 155 y ss.

52 Vide con respecto al parágrafo 56b StGB, LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*. 25 Auflage, Beck, München, 2004, p. 343.

53 Según SCHMIDHÄUSER, cfè. H-J ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende theoretische und empirische Studie Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*, Duncker&Humblot, Berlin, 1994, p. 451.

54 Vide SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Mohr, Tübingen, 1982, p. 450. Aunque según se manifiesta en el caso *Manesmann* las condiciones u obligaciones siguen una determinada lógica punitiva. “Insbesondere die Erwägungen im Zusammenhang mit der dem Angeklagten Dr. Ackermann auferlegten Zahlen können ihre Nähe zu einer Strafzumessungsentscheidung kaum vergeben, wenn ausdrücklich mit der Höhe der maximal gegen den Angeklagten zu verhängenden Geldstrafe argumentiert wird. Der zutreffenden Feststellung, §§ 40 Abs. 2 S. 2, 54 Abs. 2 StGB seien für die Bemessung der Auflage zwar nicht verbindlich, wird der nicht näher belegte Hinweis angefügt, die mittelbare Bedeutung der Vorschriften folge daraus, dass die Geldauflage in einem angemessenen Verhältnis zu der bei einer Verurteilung zu erwartenden Geldstrafe zu stehen habe”. Vide SALIGER/SINNER, “Abstrakter Recht”, cit, p. 480.

55 Vide H-J ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, cit, p. 455.

4.2. El sistema penal portugués ha admitido en el artículo 281 CPPP una norma procesal penal muy similar al parágrafo 153a StPO. En la doctrina portuguesa Da Costa Andrade considera a las *injunções y regras de conducta* contenidas en el artículo 281 CPPP como “equivalentes funcionales de una sanción penal”, pero, desde el punto de vista del Derecho penal sustantivo “trata-se aquí de uma sanção no penal a que não está ligada a censura ético-jurídica da pena nem a correspondente comprovação da culpa”.⁵⁶ Siguiendo la línea de pensamiento propuesta por Roxin, este autor se basa en la voluntariedad de la aceptación del imputado respecto a la realización de determinadas obligaciones o tareas que pueden llegar a limitar sus derechos, sin que dicha aceptación conlleve una asunción de responsabilidad.

Para ser consecuente con su posición, Da Costa Andrade explica con buen criterio que la realización de dichas obligaciones o tareas, dejan intacto el principio de presunción de inocencia, lo que le obliga a consentir que *as injunções e regras de conduta têm de se orientar privilegiada ou exclusivamente para fins de prevenção. A ideia de retribuição está, além do mais, excluída, por carência dos respectivos pressupostos de legitimação material*.⁵⁷

4.3. Considero que difícilmente pueda tratarse de equivalentes funcionales de una sanción jurídico-penal si las mismas se sustentan en un fundamento dogmático que no guarda relación con las penas o las medidas de seguridad. Justamente, por tratarse de equivalentes funcionales de la sanción jurídico-penal deberían someterse a un juicio de equivalencia judicial con las primeras, y para ello, debido a una exigencia del principio de legalidad, tales equivalentes deberían estar previamente delimitados en el catálogo respectivo de consecuencias jurídico-penales.

Al no figurar estos supuestos equivalentes funcionales de una sanción penal ni en el Código Penal alemán ni en el portugués, no se podrían denominar de esta forma sino que estaríamos frente a meras liberalidades del presunto autor.

56 Vide DA COSTA ANDRADE, “*Consenso e oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)*”, en *Jornadas de Directo Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 353.

57 Ibidem, p. 354.

Así las cosas, en mi opinión, el problema debería centrarse en una cuestión de coherencia sistémica que puede resumirse en unas pocas preguntas: ¿cómo puede aceptarse la realización de determinados actos, por ejemplo, de reparación en beneficio de la víctima o de la sociedad que significarán una limitación de derechos y que permitirán suspender y/o archivar la causa penal, prescindiendo -incluso- de una pena, sin que ello guarde relación con la culpabilidad por el hecho realizado? Pero, además, ¿cómo puede el sistema penal aceptar que dichos actos de reparación puedan cumplir con los fines de la pena y prescindir de la pena, sin que figuren entre las consecuencias jurídicas del delito? Y, también, ¿cómo pueden cumplirse los fines de la pena si la persona que realiza los actos de reparación no asume la responsabilidad por el hecho (no reconoce su culpabilidad) y dicha culpabilidad no es comprobada o reconocida judicialmente? Es decir, este tipo de soluciones procesales basadas en el principio de oportunidad y que tienen el objetivo de descongestionar el aparato administrativo de justicia, no pueden ser consideradas equivalentes funcionales de la pena si no constan en el catálogo jurídico de sanciones o de alternativas a la punición, y si no solucionan los problemas de merecimiento de pena.

Se puede concluir, entonces, que las condiciones, obligaciones o instrucciones son meras liberalidades del presunto culpable que tienen el claro objetivo de desvincularse del problema penal y que no pueden guardar ninguna relación o referencia con la culpabilidad de un sujeto amparado en la presunción de inocencia.

5. REPARACIÓN Y SOBRESEIMIENTO

5.1. De todo lo dicho hasta el momento, debe quedar en claro que la figura del sobreseimiento a cambio de la realización de condiciones, obligaciones o instrucciones (por motivos de falta de interés en la punición, cfr. § 153a StPO), no sería la opción más indicada para ubicar a la reparación en el sistema penal. Entre varios motivos, porque violenta una serie de principios fundamentales del Derecho penal material y porque, además, políticamente-criminalmente parte de una contraditio in terminis, pues, si falta el interés general en la persecución o en el castigo, entonces, no puede aplicarse ningún tipo de “medida” o consecuencia que guarde relación con el hecho cometido.

El sobreseimiento (cfr. § 170 StPO) parte de la idea rectora que el sujeto no merece ser penado, sea por falta de elementos de convicción de la comisión del delito, por existir causas que eliminan o justifican el injusto (atipicidad, justificación), que excluyen la culpabilidad (inimputabilidad, error de prohibición, miedo insuperable) o por falta de pruebas. Y por ello, entiendo que debería diferenciarse la posibilidad de sobreseer por falta de merecimiento de pena de la posibilidad de archivo del proceso por falta de interés general en la persecución o en el castigo, puesto que el primer tipo de sobreseimiento guarda relación con el merecimiento de pena y el segundo, está vinculado con la necesidad de pena.

5.2. La reparación impuesta como condición, obligación o instrucción cumple con la función de compensar el injusto y realizar los fines de la pena, sin una previa declaración de culpabilidad. En todos estos casos en que se utiliza el § 153a StPO y se recurre a la reparación como condición u obligación para la suspensión condicional y posterior archivo del proceso, aquella se convierte en un equivalente funcional de la pena.

6. CONCLUSIÓN

6.1. He comenzado mi exposición haciendo referencia a la esquizofrenia de una política criminal de expansión que quiere ser cada día más eficaz. En ese contexto se acepta gustosamente la inclusión de figuras del common law en el sistema continental, y en ese contexto el parágrafo 153a StPO es una institución funcional para obtener una administración de justicia más rápida y eficaz.⁵⁸

No obstante, en mi opinión, ese fenómeno tan funcional para los intereses político-criminales no respeta determinados principios básicos del Derecho Penal. En ese sentido, debe hacerse una profunda crítica al parágrafo 153a StPO, pues no sólo desconoce el derecho de participación de la víctima en la solución consensuada del conflicto (cfr. Art. 281 CPPP), sino que siguiendo la lógica de los Absprachen reduce el concepto de consenso a un mero acuerdo entre el fiscal y el presunto autor del delito, con el consentimiento del juez.

58 De similar opinión, SALIGER, „Grenzen der Opportunität“, cit, p. 163.

6.2. En definitiva, cuando un procedimiento penal es sobreesido o archivado a cambio de una condición, obligación o instrucción de reparar que sigue los mismos criterios de determinación de la pena,⁵⁹ en los hechos, esta reparación cumple con la misma función que la pena, puesto que:

- compensa el injusto,
- repara el daño social,
- cumple con el fin preventivo especial de resocialización,⁶⁰
- cumple con el fin preventivo general integrador,⁶¹ y
- sirve para el retorno de la paz jurídica;

59 *Die genannten Vorschriften sind für Bemessung der Geldauflage nach § 153a Abs. 2 S. 2 StPO in einem angemessenen Verhältnis zu der Sanktion stehen muss, die bei einer Verurteilung zu erwarten gewesen wäre.* Vide Pressemittteilung, cit, p. 3.

60 La prevención especial deja de considerarse desde la perspectiva del tratamiento, puesto que, la resocialización parte de la voluntad del delincuente, y, en todo caso, debería ser considerada desde la dialéctica que se produce con el acercamiento entre el delincuente y la víctima. Las partes cuentan con un espacio propio donde desarrollar *acciones comunicativas* y expresar razones, en dirección a la solución de un problema. La tendencia hacia el *acuerdo entre el delincuente y la víctima* motiva a las partes del delito; el autor, porque considera la reparación como una consecuencia jurídica más conveniente que la pena y de ahí, parte su motivación hacia la misma, encaminado a una prestación que la sociedad considerará constructiva; y la víctima, porque puede llegar a ser resarcida y considerada, nuevamente, sujeto de derechos. Este ideal comunicativo dentro del proceso penal, también es exigido por KÜHNE, *Strafverfahren als Kommunikationsproblem. Prolegomena einer strafrechtlichen Kommunikationstheorie*, Kriminalistik Verlag, Heidelberg, 1978, ps. 188 y ss; SCHREIBER, „Vefahrensrecht und Verfahrenswirklichkeit“, *ZstW*, 26 J, 1976, p. 146; FREHSEE, *Schadenswiedergutmachung*, cit, p. 387. Sobre la teoría de la acción comunicativa, HABERMAS, *La lógica de las ciencias sociales*, tecnos, Madrid, 1988.

61 El autor que reconoce voluntariamente su delito (y su víctima) y actúa en consecuencia en el sentido de *reparar* o minimizar los efectos del delito (cfr. § 46 StGB y Art. 21.5 CP), o aun cuando reacciona favorablemente a la propuesta de reparación del fiscal o del juez, consigue, no sólo un saludable efecto preventivo especial sino también preventivo general, pues, su *comportamiento positivo posterior voluntario* se encamina, inequívocamente, no sólo hacia la reintegración social sino también preventivo general positiva, reconociendo la vigencia de la norma. En una línea similar de pensamiento, relacionando los beneficios de la reparación y la conciliación entre autor y víctima con los fines de la pena, vide SCHMITZ-GARDE, *Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe im Strafrecht*, cit, p. 359. Esta autora, además, sugiere que la conciliación entre el autor y la víctima pueda integrar el catálogo de disposiciones del § 153a StPO. *Ibidem*, ps. 355 y s.

y, no obstante, jurídicamente se trata de una simple liberalidad de un sujeto que, amparado por la *presunción constitucional de inocencia*, pretende evitar las angustias del proceso y el reproche penal.

6.3. Desde un punto de vista dogmático, esta forma de reparación que permite sobreseer o archivar el proceso constituye un equivalente funcional de la pena y, desde una óptica político-criminal, como ha denunciado un sector de la doctrina,⁶² se trata de la victoria de la celeridad y la eficacia de la Administración sobre los principios más elementales de la Justicia.⁶³

62 Vide HASSEMER, „Grundlinien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens”, *KritV*, 1990, ps. 260 y ss; P.A ALBRECHT, “El Derecho penal en la intervención de la política populista”, en *La insostenible situación*, cit, ps. 484 y s.

63 La orientación sociológica que hoy domina gran parte del pensamiento penal alemán y de su área de influencia (en particular España, Portugal y Latinoamérica), se ha erigido como una especie de negación de todo idealismo dentro de la cuestión penal. Al decantarse por una línea cercana a la realidad la orientación sociológica se aleja de posiciones idealistas, y se acerca a la búsqueda de celeridad –en lugar de justicia– como de eficiencia –en lugar racionalidad–. Vide una defensa de la búsqueda de justicia en NAUCKE, “Die Sozialphilosophie des sozialwissenschaftlich orientierten Strafrechts”, en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Müller, Heidelberg, 1983, ps. 8 y s, 11.

SECCIÓN DE ESPECIALES



Semana de la Escuela de Derecho*

En su tercera edición, correspondiente al año 2008-2009, la Semana de la Escuela contó con una variada gama de actividades, una copiosa participación de estudiantes de Derecho y de miembros de la comunidad universitaria. Del 14 al 18 de abril de 2009, el campus de la Universidad sirvió como escenario propicio para reunir a los miembros de la Facultad de Derecho y, en general, de la comunidad ucabista en un ambiente pensado para estimular y consolidar sus vínculos, mediante la participación en los encuentros programados con motivo de la celebración.

La planificación mantuvo como eje la necesidad de desarrollar actividades orientadas a la formación integral de los estudiantes y requirió un trabajo arduo que comenzó mucho antes de su apertura, el martes 14 de abril en el auditorio Hermano Lanz. La Dirección de la Escuela, con el apoyo del Centro de Asesoramiento y Desarrollo Humano, el Decanato de Desarrollo Estudiantil, el Centro de Estudiantes de Derecho, la Dirección de Deportes, el Cafetín Solarium y el personal docente y administrativo de la Facultad, fue parte de un proceso que movilizó con antelación a los estudiantes de primer año, a través de la cátedra Introducción al Estudio del Hombre, cuyos profesores los instaron a elaborar afiches para concursar por obtener el sitio propio del anunciante del foro, cuyos ponentes serían los profesores Román Duque Corredor y Antonio Cova, denominado: ¿Es lo justo lo legal?. La actividad fue planteada con el propósito de propiciar la reflexión entorno a la relación entre la justicia y la legalidad, desde el abordaje dado por diferentes disciplinas del conocimiento.

* Por el profesor Alfredo Parés Salas, Director de la Escuela de Derecho UCAB.

“La Escuela de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello convoca a toda la comunidad ucabista a participar en...”

Foro: ¿Es lo justo lo legal? con la ponencias del profesor y Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Román Duque Corredor y el profesor Antonio Cova, quienes junto con los estudiantes analizaron el tema desde el punto de vista jurídico y el enfoque sociológico. El día del evento se contó con la exposición de los afiches sobre el tema, elaborados por estudiantes de primer año, a las entradas del Auditorio de la Biblioteca.

Reconocimiento a la excelencia académica, al trabajo en los Voluntariados y por la participación en competencias internacionales, otorgado en acto público, celebrado en el Auditorio Hermano Lanz a estudiantes que demostraron un promedio acumulado destacado, así como a aquellos que participaron activamente en el Voluntariado de Trabajo en Asesoría Jurídica (VTAJ) y en el Voluntariado en Establecimientos Penitenciarios (VTEP).Y además a los que dejaron el nombre de la Universidad en alto, tras la participación en competencias internacionales.

Primer certamen literario de la Escuela de Derecho, en el que los alumnos demostraron que no sólo dominan el léxico y la argumentación jurídica, sino que sus dotes se extienden a la poesía y la literatura.

En el cine-foro sobre los filmes: Sophie Scholl, los últimos días y L.A. Crash. El séptimo arte encontró su espacio con el desarrollo de sendos cine-foros, en los que profesores destacados de la Facultad condujeron la discusión ofreciendo su análisis desde el punto de vista jurídico y sociológico de los temas sobre los que giran las películas exhibidas en el Auditorio Hermano Lanz.

Concurso gastronómico y conversatorio con don Armando Scannone. Durante la semana se realizaron las premiaciones de los eventos mencionados anteriormente y se efectuaron otros tales como, el elogiado concurso culinario dedicado a la cocina venezolana y que contó con la intervención de, el gastrónomo más reconocido de nuestro país.

El juego de softball y fútbol sala estudiantes v. profesores. Llevados a cabo en las instalaciones deportivas de la Universidad, ante un público expectante y un inclemente sol, los profesores abatieron a los estudiantes al cerrar el noveno con un doble play. Empero, la revancha

de los estudiantes no tardaría mucho en llegar, materializándose en una “goleada”propinada a los profesores.

La primera Carrera de Derecho 5K (“Corre Derecho”), cuyo recorrido dentro del campus permitió poner a prueba las capacidades y destrezas físicas de los “jóvenes” y “jóvenes aún” de la comunidad universitaria. El evento fue celebrado el sábado 18, a manera de cierre. Luego de largos años sin una competición de este tipo dentro del campus, la Escuela de Derecho logró convocar a estudiantes, profesores, empleados, egresados e invitados a una actividad propicia para un inolvidable encuentro en el tradicional ambiente familiar de nuestra casa de estudios.

De este modo cerró una semana llena de actividades cuyo cometido era abrir un espacio para la discusión jurídica, pero también para la integración de la comunidad universitaria en una combinación de elementos académicos y recreativos que unidos, brindaron la clave para decir que el objetivo fue cumplido.

Normas para la recepción y publicación de trabajos en la Revista de la Facultad de Derecho

Aprobados por el Consejo Editorial de la Revista en su sesión de fecha 10 de abril de 2008

1. Naturaleza de los trabajos: Los trabajos a ser publicados en la Revista de la Facultad consistirán en artículos resultantes de un proceso de investigación con una sólida sustentación bibliográfica, que por su actualidad y vigencia, puedan ser considerados como aportes al saber y al conocimiento en las diversas áreas del Derecho.
2. Requisitos para la publicación: El autor interesado en publicar algún trabajo en la Revista deberá remitir a la Facultad de Derecho, dentro del lapso previsto para la recepción de obras:
 - i) Una carta solicitando la inserción del trabajo en la Revista, en la que además, se debe garantizar el carácter inédito y la autoría del trabajo.
 - ii) Un ejemplar impreso del trabajo.
 - iii) Un ejemplar impreso de su curriculum vitae actualizado (del último año).
 - iv) El documento de Cesión de Derechos de autor suscrito, según el modelo en uso por la Revista.
 - v) Una hoja separada con un resumen del tema o asunto tratado (máximo 30 líneas a un sólo espacio). Dicho resumen deberá ser remitido en idioma castellano y si fuere posible a su autor también en inglés. En caso de que el autor no pudiese remitir las dos versiones idiomáticas, la Dirección de la Revista proveerá a la

traducción del resumen al inglés. En la misma hoja separada, el autor indicará los cinco vocablos más utilizados en el contexto del trabajo o artículo, que se suponen sean el tema central del aquél o los más conectados al mismo.

vi) Un medio físico (preferiblemente CD) que contenga un ejemplar en formato digital .doc (Word para Windows) del trabajo, del curriculum vitae y del resumen del tema. Ambos archivos deben ser de idéntico tenor de los impresos.

3. Presentación del trabajo: La extensión máxima de los trabajos será de 40 cuartillas, incluyendo notas al pie y referencias bibliográficas, según las siguientes especificaciones:

i) Título: se recomienda que el título de la obra sea lo más concreto posible.

ii) Papel: tamaño carta (Bond 20)

iii) Interlineado: espacio y medio (1,5).

iv) Espacio entre párrafos: 6 puntos.

v) Tipo de letra: Arial.

vi) Tamaño letra en el texto principal: 12 ptos.

vii) Tamaño letra en la nota al pie: 10 ptos.

viii) Destacados: sólo se aceptarán destacados en letra cursiva para los títulos, subtítulos, pies de páginas y citas.

ix) Notas: deben venir a pie de página.

En caso de que el trabajo sobrepase la extensión máxima establecida, el Consejo Editorial podrá acordar su publicación en dos números consecutivos de la Revista.

4. Arbitraje: Los artículos de la Revista serán arbitrados, después de haber sido leídos y aprobados en primera instancia por el Consejo Editorial.

El Consejo Editorial asignará el arbitraje del trabajo a uno o más miembros del Consejo de Arbitraje o árbitros especiales designados al efecto. El árbitro o árbitros asignados emitirán su veredicto dentro de los 45 días siguientes a la fecha de recepción del trabajo, pudiendo recomendar o no al Consejo Editorial la inserción del mismo en la Revista. La decisión de los árbitros se orientará con base en los siguientes criterios:

i) Exposición diáfana del tema.

ii) Relevancia y actualidad del mismo.

- iii) Redacción y ortografía.
 - iv) Uso correcto de las fuentes bibliográficas y sus referencias en el texto.
5. Exclusión de responsabilidad: La Revista no responde por la posible fecha de publicación del trabajo, ni asume en modo alguno la defensa o persecución por copias no autorizadas del mismo, ni por la publicación hecha por terceros en otros medios que menoscaben o atenten los derechos de propiedad intelectual.

Esta revista se terminó de imprimir
en Caracas en abril de 2010
en los talleres de
Editorial Texto, C.A.