ISSN 2790|5152

No. 77

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

abediciones DIGITAL

Facultad de Derecho
Escuela de Derecho
UCAB 1953|2023

Caracas
Venezuela
2023-2024

Revista de la Facultad de Derecho

Año 2023-2024. Nº 77

Revista de la Facultad de Derecho

Código de LATINDEX: Folio nº 19150

(http://www.latindex.org)

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO

Facultad de Derecho

Revista de la Facultad de Derecho Nº77.
Año 2023-2024
ISSN: 0255-5328 / ISSN-E: 2790-5152
Fundada en el año 1965

DIRECTOR
JOSE IGNACIO HERNANDEZ
SUB DIRECTOR-EDITOR
JAIBER ALBERTO NÚÑEZ URDANETA
ASISTENTE DE EDICIÓN
VANESSA MARCANO MACHADO, ANSELMO COELHO HERNÁNDEZ

CONSEJO EDITORIAL

Jesús María Casal	Andrés Carrasquero
María Virginia Alarcón	José Valentín González
María Lidia Álvarez Chamosa	Leonardo Veronico
Ninoska Rodríguez	Alejandro Bauza
Aura Yanesky Lehmann	Jeinrrymel Gómez
Carla Serrano	
Benigno Alarcón	
César Augusto Carballo	
Marcos Carrillo	
Aiskel Andrade	

CONSEJO DE REDACCIÓN

Aiskel Andrade	Daniela Urosa	León Henrique Cottin	María Gabriela Cuevas
Alberto Arteaga Sánchez	Enrique Urdaneta Fontiveros	Liliana Fasciani	Mario Bariona
Álvaro Badell	Eugenio Hernández Bretón	Luis Alfonso Herrera	Pedro Berrizbetia
Andrés Carasquero	Freddy Caridad	Luis Ernesto Rodríguez	Pedro Jedlicka
Andrés Méndez Carvallo	Guillermo Gorrín	Luis García Montoya	Pedro Planchart
Antonio Canova	Gustavo Urdaneta	Luis Gerardo Gabaldón	Rafael Badell
Antonio Silva Aranguren	Humberto Romero Muci	Luis Hernández Merlanti	Rafael Bernard
Carla Serrano	Irma Bontes	Luis Pompilio Sánchez	Rafael Tobía
Carlos Ayala	Jesús María Casal	Magaly Vásquez	Ramón Escovar
Carlos García Soto	José Antonio Muci	Manuel Días Mujica	Ramón Guillermo Aveledo
Carlos Trapani	José Valentín González	María Amparo Grau	Ruth Capriles
Cecilia Sosa	Juan García Vara	María Bernardoni	Tulio Álvarez
Corina Yoris	Juan Miguel Matheus	María Elena Toro	

©Universidad Católica Andrés Bello. Apartado Postal 20332.

Caracas 1020-A, Urb. Montalbán. La Vega. Facultad de Derecho.
Teléfonos: 0212 4074238 – 4074237. www.ucab.edu.ve
https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/issue/view/511
Depósito Legal: lf196502DF289 / Depósito Legal Versión Electronica: DC2018000268

Dirección para el envío de correspondencia y canje:

rfderecho@gmail.com

Correos electrónicos para el envío de trabajos:

rfderecho@gmail.com

Diseño y Producción: **ab**ediciones
Diagramación: Isabel Valdivieso
Diseño de portada: Isabel Valdivieso
Venta: **ab**ediciones
Canje y donación: **ab**ediciones

Doctrina

Percepción sobre niñas, niños y adolescentes víctimas de abuso sexual por parte de adolescentes sancionados por delitos sexuales. Carla Serrano……pág. 8

Juridicidad de la imposición a las actividades ilícitas desde la racionalidad tributaria latinoamericana. Pedro Brígido Navas Amparo……pág. 41

La sustitución de patronos: continuidad y cambio en la relación de trabajo. Victorino Márquez Ferrer……...pág. 77

Afectación de la seguridad jurídica en el comercio electrónico. Arelis Falcón Lizarraga……..pág. 114

Los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad: ¿Una diferenciación necesaria? Daniel Caetano Alemparte y Alejandro Ramírez Padrón…….pág. 137

Concurso de investigaciones jurídicas 2023

La fractura de los límites de la ley habilitante. Un estudio a través de la pretendida reforma constitucional de 2007. David Ramírez y Marian Pérez…….pág. 156

Abuso de derecho a la libertad religiosa: organizaciones civiles devotas. Valeria Nieto……pág. 200

Entre el exceso de normas constitucionales y la híper-constitucionalización. Raúl Ruiz…….pág. 232

Investigación e información de fuentes abiertas en procesos de justicia internacional por violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Rosana Lezama Sánchez……pág. 282

El régimen del municipio en Venezuela y la tergiversación de los principios del buen gobierno local. Alejandro Bauza…….pág. 306

Régimen de filiación y sucesión de hijos concebidos por fecundación post mortem en Venezuela. Arantxa Jurado y Sebastián Orta.....pág. 345

Crónica de la Facultad de Derecho……..pág. 391

Normas para Presentación de Artículos para la Revista de la Facultad de Derecho-UCAB……..pág. 457

EDITORIAL

La edición N°77 de la Revista de la Facultad de Derecho está compuesta por una docena de artículos. La mitad de ellos, presentados por destacados profesionales del derecho. Otros seis corresponden a los artículos presentados por los estudiantes participantes del Concurso de Investigaciones Jurídicas, organizado en honor al Dr. Raúl Queremel Castro, del año 2024.

El primer artículo, escrito por la profesora y actual directora del Centro de Derechos Humanos de nuestra Universidad, Carla Serrano Naveda, está titulado *Percepción sobre niñas, niños y adolescentes víctimas de abuso sexual por parte de adolescentes sancionados por delitos sexuales.* En él, la autora expone, a través de un proceso de entrevistas realizadas a adolescentes procesados, sus perspectivas en relación con sus delitos, analizando el impacto de variables como la edad, las ventajas cognitivas y el ejercicio de violencia o coerción.

De seguidas, el abogado Pedro Brígido Navas Amparo titula su artículo *Juridicidad de la imposición a las actividades ilícitas desde la racionalidad tributaria latinoamericana,* en el cual analiza las posiciones teóricas alrededor de la discrecionalidad tributaria y la posibilidad de imposición de actividades ilícitas, argumentando la legalidad de ésta con base en la regulación del Modelo de Código Tributario para América Latina.

En tercer lugar, se encuentra el artículo de autoría del profesor Victorino Márquez Ferrer titulado *La sustitución de patronos: continuidad y cambio en la relación de trabajo.* Allí, el autor analiza las implicaciones de la sustitución de patronos de acuerdo con el derecho venezolano, explorando los supuestos y consecuencias en las que entra en efecto esta institución jurídica laboral, y detallando los criterios jurisprudenciales que han relajado algunas de sus condiciones de procedencia.

En seguida, la abogada Arelis Falcón Lizarraga titula *Afectación de la seguridad jurídica en el comercio electrónico,* un artículo en el que estudia el fenómeno de las transacciones mercantiles ocurridas en el espacio digital, propias del mundo económico globalizado, y como ha pretendido responder a ello el derecho mercantil, globalmente a

través de la Ley Modelo de la CNUDMI, y en Venezuela, por medio de una incipiente legislación que busca brindar validez a los actos realizados por vía electrónica.

Bajo coautoría, los abogados Daniel Caetano Alemparte y Alejandro Ramírez Padrón nos presentan su artículo *Los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad: ¿Una diferenciación necesaria?* en el que examinan las categorías jurídicas de derechos fundamentales y derechos de la personalidad, usualmente estudiados de forma conexa e incluso, como sinónimos. En su argumentación, los autores dejan expuestas sus nociones sobre cada categoría y las relaciones que pueden trabarse entre éstas, resaltando los contrastes que existen entre uno y otro concepto.

Luego, como resultado de la edición anual del Concurso de Investigaciones Jurídicas realizada en 2024 bajo el auspicio del Instituto de Investigaciones Jurídicas, con apoyo de la familia Queremel el jurado compuesto por los profesores Humberto Villasmil Prieto, Gerardo Fernández Villegas y María Lidia Álvarez Chamosa resolvió recomendar para su publicación un total de seis artículos presentados para su evaluación en el Concurso.

Inician David Ramírez y Marian Pérez, quienes presentan su trabajo con el título *La fractura de los límites de la ley habilitante. Un estudio a través de la pretendida reforma constitucional de 2007,* en el cual evalúan la ausencia de límites temporales y materiales en el régimen de legislación delegada de la Constitución venezolana, lo que ha habilitado al poder ejecutivo a dictar normativa sobre materias que forman parte de la reserva legal, y como ello ha debilitado el sistema de frenos y contrapesos propio del Estado de Derecho.

En segundo lugar, Valeria Nieto presenta, bajo el título *Abuso de derecho a la libertad religiosa: organizaciones civiles devotas,* su estudio sobre los límites al ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa, tomando como caso de estudio aquellas organizaciones de carácter civil que, con sus actividades, provocan lo que a juicio de la autora son alteraciones de la convivencia pacífica, configurándose un abuso de derecho que ha de producir las responsabilidades derivadas del ordenamiento jurídico.

Raúl Ruiz, en seguida, hace un análisis titulado *Entre el exceso de normas constitucionales y la híper-constitucionalización,* en el que se pregunta ¿hasta qué punto

puede justificarse una regulación constitucional excesiva? Y presenta su respuesta exponiendo la mutación de los ordenamientos jurídicos modernos, que han tendido a la incorporación de materias cada vez más diversas en los textos constitucionales, y como ello puede ser causa de una conflictividad normativa que tiene efectos perniciosos sobre la operatividad del ordenamiento jurídico.

Habiendo determinado el jurado un empate por el segundo lugar del concurso, la primera de sus receptoras, Rosana Lezama Sánchez titula *Investigación e información de fuentes abiertas en procesos de justicia internacional por violaciones al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario,* artículo en el que recoge el desarrollo jurisprudencial de tribunales internacionales relativo a la admisión y valoración de pruebas recabadas por el uso de herramientas de fuente abierta para alcanzar la verdad sobre los hechos violatorios de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

También receptor del segundo lugar, Alejandro Bauza escribe un artículo bajo el título *El régimen del municipio en Venezuela y la tergiversación de los principios del buen gobierno local*, en el cual evalúa la normativa atinente a los municipios en Venezuela, contrastándola con el desarrollo que ha tenido la institución en democracias desarrolladas como las europeas. En su trabajo, concluye el autor que la legislación contradice abiertamente el imperativo constitucional de municipalización, y presenta propuestas de reforma para superar este problema.

Por último, los autores que merecieron el galardón al primer lugar, Arantxa Jurado y Sebastián Orta, con el título *Régimen de filiación y sucesión de hijos concebidos por fecundación post mortem en Venezuela*, nos presentan un examen del régimen filiatorio y sucesorio de los hijos concebidos a través de este mecanismo, a través de la revisión de jurisprudencia nacional, las bases conceptuales de las instituciones civiles en cuestión y las experiencias comparadas sobre el asunto.

Doctrina

Carla Serrano Naveda

PERCEPCIÓN SOBRE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE ABUSO SEXUAL POR PARTE DE ADOLESCENTES SANCIONADOS POR DELITOS SEXUALES

Carla Serrano Naveda

Socióloga-investigadora. Especialista en Derecho de Familia y del Niño. Directora del Centro de Derechos Humanos - UCAB.

Resumen: Este trabajo de investigación cualitativa busca exponer las perspectivas de jóvenes y adolescentes sentenciados por delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, para comprender las razones y circunstancias de los hechos acaecidos, considerando el impacto de la diferencia etárea, la asimetría de poder, las ventajas cognitivas, físicas y el ejercicio de algún nivel de violencia o coerción, condiciones que favorecen este tipo de abusos, mostrando su visión sobre las víctimas y su responsabilidad en el hecho, lo cual puede servir de insumo para la concepción de estrategias de atención de este tipo de casos. Para este propósito se resumen entrevistas realizadas a diez adolescentes procesados, a través de un proyecto de articulación inter-institucional entre la academia y una entidad de atención pública, que acoge por orden judicial adolescentes en conflicto con la ley penal en Miranda (Venezuela).

Palabras clave: adolescentes, abuso sexual infantil, justicia juvenil, narrativas.

Perception of child and adolescent victims of sexual abuse by criminally sanctioned adolescent perpetrators

Abstract: This qualitative research work seeks to expose the perspectives of young people and adolescents sentenced for sexual crimes against children and adolescents, to understand the reasons and circumstances of the events, considering the impact of age difference, power asymmetry, cognitive and physical advantages, and the exercise of some level of violence or coercion, conditions that favor this type of abuse, showing their vision of the victims and their responsibility in the event, which can serve as input to design care strategies care for this type of cases. For this purpose, we summarized interviews with ten prosecuted adolescents through a project of inter-institutional articulation between academia and a public care entity, which takes in adolescents in conflict with the criminal law in Miranda (Venezuela) by court order.

Keywords: adolescents, child sexual abuse, juvenile justice, narratives.

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) vigente en Venezuela[1], prevé dos sistemas claramente diferenciados, el de Protección para atender aquellos casos o situaciones donde a los niños, niñas y adolescentes (NNA) se le hayan amenazado o vulnerado sus derechos y se encuentran en condición de víctimas, y el Penal de Responsabilidad de los y las Adolescentes, para cuando los adolescentes entre 14 y menos de 18 años de edad hayan amenazado o vulnerado derechos a terceros y esto incluye, obviamente, a otros NNA. El presente artículo tiene por objetivo presentar hallazgos de un estudio cualitativo realizado, en el que se recupera la perspectiva de adolescentes y jóvenes sancionados por delitos sexuales, sobre NNA víctimas de abuso sexual, de modo que, se comparte en sus propias palabras la narración que hacen de los hechos y la problematización de la responsabilidad que asumen en los mismos, de cara a la dinámica previa sostenida con las víctimas, más allá de efectivamente estar cumpliendo con la medida de internamiento impuesta por las autoridades competentes.

En Venezuela no se conoce de una política pública sistemática con enfoque de derechos ni de la implementación sostenida de un plan nacional para la prevención/atención del abuso sexual infantil y se trata de un delito, por el que los adolescentes hallados como responsables pueden ser objeto de una medida de privación de libertad hasta por 10 años, conforme a la reforma hecha a la ley en el 2015[2]. Básicamente, el Ministerio Público, en la figura del Fiscal General, atendiendo a su mandato de la persecución penal del delito, es la autoridad pública que destaca al haber ofrecido algunos datos oficiales sobre abuso sexual infantil en los últimos años. Se ha indicado a través de declaraciones dadas en ruedas de prensa que, entre 2017 y 2020 han atendido 8966 casos de abuso sexual infantil, de los cuales en solo 1340 (15%) hubo condenados, mientras que el resto se distribuye entre imputados y

[1] Asamblea Nacional, *Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.* (Gaceta Oficial N° 5859 Extraordinario, 10 de diciembre de 2007).

[2] Asamblea Nacional, *Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.* (Gaceta Oficial N° 6185 Extraordinario, 8 de junio de 2015).

acusados[3]. Lamentablemente, ninguna desagregación de estas cifras ha sido ofrecida de manera pública y no se manejan detalles demográficos ni sobre las víctimas ni sobre los presuntos responsables de estos delitos. En cualquier caso, salta a la vista la impunidad en estos hechos contra la indemnidad sexual de NNA. En otra oportunidad, el Fiscal General declaró que al Ministerio Público han ingresado un total de 2076 casos por el delito de abuso sexual a NNA desde el mes de enero hasta junio de 2023[4].

Por su parte, algunas organizaciones de la sociedad civil en Venezuela que trabajan estos temas y atienden a esta población, en sus ámbitos de competencia, han identificado como la Fundación Habla que el 80% de las víctimas de abuso sexual infantil que han registrado son del sexo femenino, 46% de los victimarios son del núcleo familiar y 60% de los casos ocurren en el hogar[5]. Para el año 2023, el servicio de atención jurídica de los Centros Comunitarios de Aprendizaje (CECODAP) experimentó un incremento de 46,6% en la atención de casos por abuso sexual respecto al 2022, en donde las niñas se encuentran consistentemente más representadas[6].

La Red por los Derechos Humanos de NNA (REDHNNA), viene realizando desde el 2020 un monitoreo mensual de noticias que involucran a NNA en 22 medios de información y en el período que va de diciembre 2022 a julio 2023, se logró sistematizar 439 casos de NNA víctimas de abuso sexual, 49% con edades entre 12 y 17 años, siendo 73% niñas y adolescentes. En cuanto a los responsables, en su mayoría detenidos por la comisión de estos delitos, se observa que padres, madres, otras personas cuidadoras y familiares representan el 40,3% de los casos totales analizados. Las personas desconocidas aparecen en el segundo lugar como principales agresores, y vecinos en tercer lugar. Mientras que, los adolescentes

[3] Venezolana de Televisión (VTV), "Ministerio Público ha solicitado 8.450 imputaciones por delitos de violencia sexual, 1676 órdenes de aprehensión y 5.309 acusaciones presentadas por este flagelo", acceso el 15 noviembre 2023, https://t.ly/hdDE

[4] Globovisión (GV), "MP registró 2.076 casos por delitos de abuso sexual a niños, niñas y adolescentes hasta junio 2023", acceso el 19 enero 2024, https://t.ly/jXaEp

[5] Julio Romero, *Abuso sexual infantil y adolescente en Venezuela. Una aproximación en cifras. Análisis de fuentes primarias y secundarias* (Caracas: Fundación Habla, 2018), acceso el 31 enero de 2024, https://t.ly/UvmBn

[6] CECODAP, Servicio de Atención Jurídica. *Informe SOMOS NOTICIA Vulneraciones y protección a los derechos de la niñez y adolescencia abril 2022-marzo 2023*, acceso el 20 enero de 2023, https://t.ly/jJ2Sj

masculinos aparecen como perpetradores de agresiones sexuales, según el monitoreo de noticias hecho, en cuarto lugar, con un 7% de los casos sistematizados[7].

Este dato parcial para Venezuela llama la atención porque no se trata de una cifra desdeñable, considerando los numerosos sub-registros en las denuncias de este tipo de casos que terminan reseñados en medios. Más bien alerta sobre un fenómeno a comprender y atender, antes de que siga agravándose, en el que las autoridades competentes no deben actuar solo para sancionar hechos cuando la violación a la integridad personal de NNA ya ha ocurrido, por el contrario, invita a poner el foco en las deudas en cuanto a acciones de prevención y educación integral de la sexualidad que minimicen la concurrencia de NNA como víctimas y victimarios de violencia sexual[8]. Estudios en Brasil[9] y Colombia[10], observan una tendencia como la que se plantea, padres y padrastros eran las figuras apuntadas como principales ofensores sexuales, pero en los últimos años, los adolescentes ofensores sexuales pasaron a ser más estudiados y, dependiendo del contexto, señalados como los principales agresores a otros NNA.

Por ello la relevancia de los resultados que a continuación se plantean, los cuales son un aporte a la discusión, obtenidos a través de un proyecto de articulación inter-institucional entre la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y una entidad de atención pública, el Servicio de Protección Integral de NNA del estado Miranda (SEPINAMI), que acoge por orden judicial adolescentes en conflicto con la ley penal y que ha rendido diversos frutos desde el año 2019. La estructura dada al artículo es la siguiente: 1) Familias y abuso sexual infantil, 2) Sexualidad y adolescentes perpetradores de abuso sexual, 3) Importancia de la madurez en la responsabilidad penal adolescente y el enfoque restaurativo, 4) Proceso llevado a cabo para el levantamiento de la información, 5) Perspectiva de los adolescentes

[7] REDHNNA-CECODAP, *Informe SOMOS NOTICIA Violencia contra niños, niñas y adolescentes diciembre 2022-julio 2023*, p. 26, acceso el 27 febrero de 2023, https://acortar.link/PpdWHE

[8] Angeyeimar Gil, "Las niñas y adolescentes venezolanas: las víctimas más ignoradas de la violencia basada en género en Venezuela", en *Violencia contra la niñez y la juventud en Venezuela*, ed. por Gloria Perdomo y Gustavo Páez (Caracas: Editorial Alfa, 2023), pp. 193-229.

[9] Amanda Pinheiro y Liana Fortunato Costa, "Ofensores sexuales a víctimas de sexo masculino (Distrito Federal, Brasil)", *Acta Psiquiátr Psicol Am Lat*. 65 (1) (2019), pp. 42-53.

[10] Liced Morán Garreta et al., "Abuso sexual en mujeres de 10 a 13 años en el Valle del Cauca, Colombia". *Archivos de Medicina* (Manizales), Volumen 17 N° 1, enero-junio (2017), pp. 121-130.

victimarios: 5.1 Visión de los adolescentes sobre lo ocurrido; 5.2 Perfil y percepción de los adolescentes victimarios sobre las víctimas; 5.3 Reacciones de familiares involucrados y 6) Conclusiones.

I. FAMILIAS Y ABUSO SEXUAL INFANTIL

La familia se constituye para la mayor parte de las personas, en la más importante red de apoyo social para afrontar las diversas transiciones vitales que han de realizar durante su vida, así como, las crisis impredecibles que se presentan[11]. No obstante, la evidencia mundial acumulada apunta a que los NNA no están a salvo en el seno de sus familias y por el contrario son susceptibles de experimentar diversas formas de violencia[12]. En este sentido, resulta relevante dedicar un apartado a examinar las implicaciones que tiene el hecho de que el abuso sexual infantil irrumpa en la dinámica familiar por diversas vertientes, ya sea porque algún miembro directamente lo protagoniza o porque la familia no logró proteger a NNA de amenazas externas.

El abuso sexual en NNA, sea extra-familiar o intra-familiar, implica el establecimiento de una interacción entre la persona agresora y la víctima que atraviesa una serie de fases (seducción, interacción sexual, secreto, descubrimiento, negación) que pueden variar en intensidad, duración y orden, dependiendo de las características de víctima y victimario, lo cual ayuda a entender por qué muy pocos casos son denunciados o reconocidos tempranamente, lo que incide en el momento de la búsqueda de ayuda y de presentación de la denuncia. Muchas veces las víctimas no cuentan con grupos familiares que puedan reconocer la manifestación de la violencia sexual como real y vivida[13].

En cuanto a la estructura, organización y funcionamiento familiar, el abuso sexual infantil suele ocurrir en familias en las que existe confusión de roles y las funciones de los miembros están difusas, sustituidas o ausentes. Así como, en las llamadas familias multi-

[11] Ibeth Villanueva et al., "Funcionamiento familiar en familias víctimas de abuso sexual intrafamiliar-incesto", *Psicogente*, 14 (25) (2011), p. 105.
[12] Paulo Pinheiro, *Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas*, Naciones Unidas, 2006.
[13] Magdymar León, *Ruta de atención institucional del abuso sexual de niños, niñas y adolescentes*, (Caracas: AVESA), 2016.

problemáticas, porque suelen presentar problemas económicos, de violencia, de consumo de sustancias, enfermedades físicas o mentales importantes, etc. También se distinguen mayores riesgos en familias reconstituidas o monoparentales, en NNA que residan con una sola figura parental biológica y donde se empleen estrategias de evitación para enfrentar los problemas (minimizándolos o negándolos), con patrones de comunicación ineficientes, expresión y manejo afectivos inadecuados[14]. De modo que, el abuso sexual es una forma de violencia mediada por la cultura del silencio, sentimientos de vergüenza, negación y rechazo que experimentan la víctima y su familia[15].

En casos de abuso sexual intrafamiliar, la agresión suele presentar características distintivas donde el agresor manipula el vínculo familiar a través de la utilización del poder que le confiere su rol, generalmente es una agresión reiterada en el tiempo, siendo tardía su revelación y es el resultado de múltiples factores que bloquean los mecanismos naturales que regulan la sexualidad al interior de la familia[16]. Más allá del vínculo consanguíneo, se debe tener presente que puede ser cometido por una persona que cumpla la función de cuidado dentro del ámbito intrafamiliar[17], independientemente de su edad y se insiste, esto resulta perturbador, que la persona que le debe dar protección o cuidado al NNA le genere daño.

Al abuso sexual se suele llegar demasiado tarde, cuando ya se consumó, a pesar de la importancia de la prevención, los mayores esfuerzos de intervención se han puesto en los programas de rehabilitación del agresor y de intervención con la víctima. Muchas de las acciones preventivas son de tipo educativo dirigidas principalmente a niños. Sólo en forma secundaria se incluye a los padres para informar sobre la gravedad de los efectos y las alternativas de actuación. Los programas dirigidos a NNA se centran en fortalecerlos,

[14] Yazmín Quintero y Perla Del Carpio, "Diseño y evaluación de una intervención preventiva dirigida a familias con riesgo de presentar abuso sexual infantil". *Revista Intercontinental de Psicología y Educación*, Vol. 20, núm. 1-2, enero-diciembre (2018), pp. 176-180.

[15] Nora Martínez-Bustos et al., "Familia, abuso sexual infantil y proceso de afrontamiento psicosocial". *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, 11(1) (2019), p.15.

[16] Ibeth Villanueva et al., "Funcionamiento familiar en familias víctimas de abuso sexual intrafamiliar-incesto",p.101

[17] Magdymar León, *Ruta de atención institucional del abuso sexual de niños, niñas y adolescentes*, (Caracas: AVESA), 2016.

proveerles de los conocimientos básicos y enseñarles a cuidar de sí mismos, lo que les atribuye casi total responsabilidad sobre su bienestar[18].

Sobre cuándo considerar que la afectación tiene gravedad para los integrantes de las familias, la literatura plantea un debate, en muchos casos se considera que los hechos merecen ser denunciados en la medida que el abuso pueda ser visto en el cuerpo y se palpe el daño físico como evidencia. Los otros actos que no implican contacto son tomados como un daño menor o ausencia de daño desde el sustento de no haber sido "violados, accedidos, dañados o penetrados". Sin embargo, durante el proceso de re-elaboración de la experiencia personal y familiar, los discursos que minimizan los hechos cambian por el reconocimiento de la gravedad del evento, por el deseo por construir una nueva forma de vida y de superar la rabia, el dolor y la frustración que les ha dejado este acto violento[19]. Las experiencias clínicas en terapias de reparación a personas adultas víctimas de abuso sexual infantil sugieren que es un evento que puede ser tan traumático, cuyos efectos no se constituyen en un síndrome único y homogéneo, de modo que hay que estar abiertos a distintas estrategias para transitar el reconocerse como víctima, como sobreviviente y luego, poder seguir celebrando la vida[20].

Entre los factores de protección que evitan la ocurrencia de abuso sexual infantil, se cuentan las intervenciones directas con los miembros de la familia de manera conjunta, en especial padres/cuidadores e hijos, trabajar elementos de la dinámica y funcionamiento familiar para incrementar el acompañamiento permanente, cambiar las formas de relación con sus hijos haciendo énfasis en generar espacios de mayor cercanía, confianza y comunicación, y emprender nuevas formas de cuidado hacia la protección de sus hijas e hijos ante posibles nuevos hechos de vulneración a sus derechos[21].

[18] Yazmín Quintero y Perla Del Carpio, "Diseño y evaluación de una intervención preventiva dirigida a familias con riesgo de presentar abuso sexual infantil", p. 174.
[19] Nora Martínez-Bustos et al., "Familia, abuso sexual infantil y proceso de afrontamiento psicosocial", p. 27.
[20] María Llanos y Caroline Sinclair, "Terapia de reparación en víctimas de abuso sexual. Aspectos fundamentales". *PSYKHE*, Vol. 10 N° 2 (2001), pp. 53-60.
[21] Nora Martínez-Bustos et al., "Familia, abuso sexual infantil y proceso de afrontamiento psicosocial". *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, 11(1) (2019).

Teniendo en cuenta que, familias y escuelas son los principales obligados en brindar información sobre los aspectos cognitivos, emocionales, físicos y sociales de la sexualidad a NNA, así como, promover elecciones sexuales seguras y responsables, libres de coerción y violencia, se considera que la falta de acceso a una educación sexual puede ser catalogada como una barrera para la obligación de los Estados en garantizar a NNA los derechos a la vida, a la salud, a la no discriminación, a la educación y a la protección contra las violencias sexuales[22.]

II. SEXUALIDAD Y ADOLESCENTES PERPETRADORES DE ABUSO SEXUAL

Como punto de partida, se parte de la comprensión del género como una categoría relacional y política articulada en la asimetría de poder hombre/mujer expresada en clave de dominación masculina/subordinación femenina, binarismo que a modo de un cáncer cultural es capaz de engendrar, de manera prácticamente incontenible, polaridades en torno al par masculino/femenino. Razón por la cual, trabajar cuestiones de género implica un permanente esfuerzo por desnaturalizar e historizar los significados culturales asociados a ser hombre y mujer, que muchas veces se erigen como inmutables y a-históricos, vista su conexión con el sexo biológico[23].

Por otro lado, resulta necesario insistir en que el desarrollo sexual de los adolescentes implica cambios biológicos, a la vez que maduración socio-emocional, en el ejercicio de la sexualidad hacia la adultez, se ven influenciados por las normas sociales vigentes, la estimulación mediática sobre la sexualidad juvenil y las exigencias de los propios adolescentes. La consolidación de la identidad con autonomía es tarea central del desarrollo

Yazmín Quintero y Perla Del Carpio, "Diseño y evaluación de una intervención preventiva dirigida a familias con riesgo de presentar abuso sexual infantil". *Revista Intercontinental de Psicología y Educación*, Vol. 20, núm. 1-2, enero-diciembre (2018).

[22] Mariana Pérez, *Estudio descriptivo sobre la Educación Sexual Integral en Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay y Venezuela*, Red de Coaliciones Sur, acceso el 18 de diciembre de 2023, https://acortar.link/AAZzcv

[23] Pablo Zuleta, "Dominación masculina/subordinación femenina: el patriarcado como marco epistemológico del cáncer de los binarismos al juego caleidoscópico", *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol.19/n°42, enero-junio (2014), pp. 235-237.

adolescente, en esta etapa la identidad de género, diferenciada del sexo biológico, se encuentra referida a la percepción que tienen de sí mismos como hombres y mujeres, atravesados por procesos sociales, teniendo muchas veces que procesar mensajes contradictorios entre estereotipos tradicionales de género y relaciones igualitarias entre hombres y mujeres. Todas las personas elaboran significados con respecto a su sexualidad y dimensión reproductiva, en los procesos de socialización de los que participan, mientras forjan su identidad-subjetividad respondiendo a condiciones estructurales de su medio de vida[24].

Sobre masculinidades en la juventud actual, de interés en función de los protagonistas de esta investigación, las discusiones en general apuntan a la tensión acerca de una socialización de tipo no sexista, que cuestione estereotipos y roles de género en función de un proceso de despatriarcalización, donde ya no sea altamente valorada la fuerza física, el coraje, el realizar trabajos peligrosos para ratificar la identidad masculina, ni ser proveedores, competitivos, exitosos, reprimir emociones y mostrar virilidad sexual de forma consecuente; se advierte que más allá de familias, escuelas y medios de comunicación, el espacio social fundamental donde los adolescentes varones construyen su hombría, adoptando la masculinidad hegemónica, es en el grupo de iguales, de compañeros, vecinos contemporáneos[25]. Todo ello precisamente en un contexto de cada vez mayor conciencia, activismo y reglamentación sobre el derecho que tienen las mujeres de cualquier edad, a vivir una vida libre de violencia.

Autores como Pignatiello reflexionan sobre padecer la masculinidad al convertirse en una carga, una armadura que entorpece, visto que, la visión hegemónica de la hombría puede involucrar sufrimiento, represión, trauma, discapacidad, exclusión y hasta muerte, dada la brecha entre los ideales sociales de masculinidad y la realidad de los individuos, la cual suele ser encubierta de las tensiones, desencuentros, conflictos y patologías que de ella se

[24] Leonor Mora, *Desarrollo adolescente y Derechos Humanos*, Red de Apoyo por la Justicia y la Paz con apoyo de UNICEF, (Caracas: Editorial Ignaka, 2011), p. 47.
[25] Luis Delgado, "Masculinidades en la juventud actual: cambios y continuidad", *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol.27/n°59, agosto-diciembre (2022), p. 136.

derivan[26]. Sin obviar, que tales contradicciones sobre el mandato social de la masculinidad, impuesto por el patriarcado y el eterno temor de ser tildados de homosexuales, tienden a ser de difícil cumplimiento para los sectores populares por las limitaciones económicas y la historia de exclusión que aún persisten[27].

Literatura sobre desarrollo humano, propone que entre los factores de riesgo para iniciar actividades sexuales a edades tempranas se hallan vivir en comunidades con desventajas económicas, el consumo de sustancia, el comportamiento antisocial y la asociación con pares que se apartan de las normas, ayudando a reducir estos riesgos la supervisión de los padres antes y durante la adolescencia. La falta de patrones culturales o familiares en los que la experiencia sexual temprana sea común, tampoco ayudan a postergarlo; sumado a la percepción de las normas del grupo de pares, "la idea de que la mayoría de los amigos ya lo han hecho", lo cual se traduce en sentirse bajo presión de realizar actividades para las que aún no están preparados[28]. En cuanto a pautas de crianza sobre ser "hombre", en el paradigma patriarcal, suele estar presente la presión social a ser proactivos sexualmente aún desde muy temprana edad y proclives a tener varias parejas, como una expresión de la masculinidad socialmente apreciada; siendo además socializados para la aquiescencia masculina, sin poner limitaciones, ante un requerimiento sexual u oportunidad de tener relaciones sexuales, visto que, tienen que ser temerarios, atrevidos, justificados bajo la urgencia sexual, como impulso que hay que saciar rápidamente y que puede llevar a actuar de manera irreflexiva, realizando el acto sexual sin precauciones de ningún tipo[29]. Lo que usualmente se asume como "natural en el carácter de los hombres", en realidad se adquiere durante la niñez y la adolescencia por medio de identificaciones[30].

[26] Antonio Pignatiello, "El tejido subjetivo de la violencia en el revés de la masculinidad", *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol.19/n°43 (2014), p. 127.
[27] Cristina Otálora, "La masculinidad y ser hombre en el barrio o los mandatos del patriarcado". *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol.19/n°42, enero-junio (2014), pp. 49-74.
[28] Diane Papalia et al., *Psicología del desarrollo de la infancia a la adolescencia*. Novena edición. (México: McGraw Hill), 2005, p. 496.
[29] Leoncio Barrios, "Hombres y riesgos sexuales", *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol.19/n°43, julio-diciembre (2014), pp. 153-155.
[30] Antonio Pignatiello, "El tejido subjetivo de la violencia en el revés de la masculinidad"…p. 137

La violencia sexual y basada en género, como categoría abarcante, reconoce que aunque la mayoría de las víctimas/sobrevivientes son mujeres y niñas, los hombres y los niños también la padecen, la violencia por motivos de género está dirigida a una personas con base en su género o sexo e incluye actos que causan daño o sufrimiento físico, mental o sexual, la amenaza de tales actos, coerción y otras formas de privación de libertad; por su parte, la violencia sexual incluye la explotación y el abuso, de modo que, la violencia sexual es una forma de violencia por motivos de género[31]. La confluencia de múltiples discriminaciones (por edad, género, pobreza, etnicidad) potencia el efecto devastador en la dignidad humana de las personas que las sufren y provoca una violación de derechos más intensa y diversa que cuando las mismas se configuran respecto de un solo derecho.

Los estereotipos de género han sido particularmente persistentes y difíciles de erradicar de la conciencia social, de modo que, las mujeres están expuestas a estereotipos de género (modelos masculinos y femeninos tradicionales) que comunican la inferioridad, la cosificación y la explotación de las mujeres como una realidad en vez de una construcción social, que tiene de base la matriz patriarcal de la situación de vulneración. Pensar en conjunto las nociones de infancia y género o, más aún, articular la perspectiva de derechos de la infancia con el enfoque de género, resulta un desafío tan complejo como necesario. Si bien existen esfuerzos por avanzar en ese sentido, la intersección se encuentra insuficientemente explorada[32].

Asociado a la manera en que el mundo adulto transmite las construcciones de género a NNA, emerge el progresivo y preocupante interés que despiertan los adolescentes como agresores sexuales, conforme se planteó en la introducción de este artículo, y la tendencia observada, con base en información disponible, sugiere que es mayor la propensión de los que agreden a víctimas conocidas que a desconocidas, ya que cuentan con oportunidades más diversas que los adultos para acceder a víctimas que tratan, por ejemplo, estudian o juegan

[31] Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas. Guía para la prevención y respuesta*, 2003, p. 10, acceso el 10 febrero de 2024, https://acortar.link/S5iV6f.

[32] Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes – OEA, *Infancia y género, un encuentro necesario*, 2019, acceso el 15 de enero de 2024, https://acortar.link/0Crbmu

juntos. Tienen un riesgo limitado de reincidencia de modo que la mayoría de estas agresiones son el resultado de oportunidades que se presentan y por ende, podrían controlarse. Los adolescentes suelen estar implicados en victimizaciones sexuales menos graves, lo que permite hipotetizar que la diversidad y severidad de actos sexuales cometidos podrían estar asociados a la madurez sexual de los delincuentes[33].

La relación de poder entre víctima y persona agresora, viene dada por la diferencia de edad, asociada a la disponibilidad de recursos cognitivos (intelectuales y psicológicos), capacidad física y mayor autoridad entre personas pequeñas. Niños y niñas están en desventaja frente a otros niños y niñas 5 años mayores. Así como los adolescentes están en desventaja de quien les lleva 10 años o más. En el caso de niños y niñas pequeñas no siempre es empleada la fuerza física, ya que la relación de poder, el engaño o la manipulación suelen ser suficientes. La relación de poder entre adolescentes también es factible y debe ser considerada[34].

III. IMPORTANCIA DE LA MADUREZ EN LA RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y EL ENFOQUE RESTAURATIVO

Los adolescentes en conflicto con la ley penal en el paradigma de la Protección Integral están regidos bajo el principio de la especialidad, según la Convención Sobre Derechos del Niño[35] leyes, procedimientos, autoridades e instituciones son específicos para estos adolescentes. De modo que, el adolescente tiene responsabilidad penal (atenuada) y no social, dicha responsabilidad se desprende de la comisión de un hecho punible definido en la ley penal; se juzga dentro de un proceso especializado con garantías procesales y de ejecución; se sanciona con medidas socio-educativas proporcionales a la gravedad del hecho y culpabilidad del autor y la privación de libertad es utilizada como último recurso. Tienen

[33] Julien Chopin y Eric Beauregard, "Understanding the Sexual Victimization of Children by Juveniles: Identifying Criminal Event Patterns". *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice* , Vol. 63, N° 3-4 (2021), doi: 10.3138/cjccj.2021-0016.

[34] Magdymar León, *Ruta de atención institucional del abuso sexual de niños, niñas y adolescentes*, (Caracas: AVESA), 2016.

[35] Asamblea General ONU, *Convención Sobre los Derechos del Niño.* Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

responsabilidad especial adecuada a su condición de sujeto en desarrollo vista su menor capacidad cognitiva para razonar y entender que el adulto, así como, menor capacidad de juicio y auto control[36].

En sintonía con esta particularidad, diversos son los aportes sobre desarrollo moral que han trascendido en el tiempo de autores reputados como Piaget (1932) y Kohlberg (1981), entre otros, y que conectan con la preocupación de la educación moral y ciudadana en la actualidad dirigida a NNA. Precisamente Gibbs[37] (2010) a partir de las contribuciones de Kohlberg y Hoffman, propone que hay un clarísimo riesgo de que el estancamiento del desarrollo moral de pie a comportamientos antisociales o delictivos, ya que los jóvenes con comportamiento antisocial generalmente tienen un patrón de pensamiento distorsionado o moralmente inmaduro. Su distorsión básica o primaria (auto centramiento) es ver al mundo como si los deseos, opiniones, necesidades o derechos de uno fuesen siempre lo más importante, mientras que los deseos, opiniones o derechos de los demás cuentan poco o nada. Todo ello, con una visión inmediatista que les impide valorar adecuadamente no solo el bien común, sino que también les dificulta apreciar qué es lo que más les conviene a ellos largo plazo. Las racionalizaciones protectoras o distorsiones cognitivas secundarias más comunes que le sirven a los transgresores para reducir el estrés o la mala autoimagen que les produce el hacerle daño a otras personas son: *culpar a otros*, a factores externos o a las propias víctimas; *asumir lo peor*, visto que, los jóvenes con comportamiento antisocial suelen pensar que las demás personas tienen intenciones hostiles, y que el peor escenario posible es también el más probable y *minimizar/tergiversar*, manipulando verbalmente los hechos o etiquetarlos de otro modo, para que parezcan menos graves o para desacreditar a la víctima[38].

De modo que, con la posible tendencia de jóvenes moralmente inmaduros, se plantea a su vez el desafío de lograr llevar adelante prácticas de la justicia juvenil restaurativa que se caracterizan por buscar la reconciliación, la reparación de la afección causada y la

[36] Javier Palummo, *Justicia Penal Juvenil. Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe*, (Panamá: UNICEF, 2014).
[37] Postconvencionales, "Gibbs: Inmadurez moral y comportamiento antisocial", *Escuela de Estudios Políticos y Administrativos UCV* N° 2, (2010), pp. 21-56, acceso el 29 febrero de 2024. https://acortar.link/GaISjQ
[38] Ídem.

reintegración del ofensor en la comunidad, en contraste con el enfoque punitivo y de exclusión que prevalece en muchos sistemas de justicia. Uno de los elementos fundamentales es la inclusión de las víctimas, los adolescentes infractores y la comunidad en general. Este enfoque participativo y colaborativo permite que las voces de las partes involucradas sean escuchadas y consideradas en el proceso de resolución de conflictos. A través del diálogo, se busca llegar a un entendimiento común y alcanzar acuerdos que satisfagan las necesidades de todos. La responsabilización personal es un pilar central de la justicia juvenil restaurativa y se busca que los adolescentes infractores tomen medidas concretas para reparar la afectación causada, desde disculpas sinceras, acciones de servicio a la comunidad hasta cualquier otra medida que contribuya a la restauración de las relaciones y del tejido social afectado. Un componente esencial de este enfoque es el diálogo entre los adolescentes, las víctimas y otros miembros de la comunidad afectados por el delito. A través de este proceso, se busca que los adolescentes entiendan el impacto que sus acciones tienen en otras personas y que asuman la responsabilidad de sus actos, para generar un mayor sentido de empatía y comprensión y, a su vez, contribuir a una reparación más significativa de la afectación causada[39].

IV. LEVANTAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

La línea de investigación que se viene desarrollando en alianza institucional con énfasis cualitativo y en la cual se enmarca el presente artículo, ha optado por enfocarse en la narrativa de adolescentes y jóvenes infractores, para conocer sus percepciones sobre los hechos delictivos que han protagonizado o por los cuales han sido procesados penalmente. Previa a esta oportunidad, se trabajó con relatos de adolescentes victimarios sobre homicidios[40] y su percepción sobre la informalidad en las garantías procesales[41], en el mismo

[39] Milton Calle, "Justicia juvenil restaurativa: Tendencias actuales y su impacto en la sociedad", *Andares: Revista de Derechos Humanos y de la Naturaleza,* n.° 4, julio-diciembre (2023), pp. 4-13.
[40] Carla Serrano y Luis Gabaldón "El homicidio a través del relato de victimarios adolescentes", en *Homicidio, riesgo, significado y castigo*, coord. por Luis Gabaldón (Caracas: UCAB, 2020), pp. 247-279.
[41] Luis Gabaldón y Carla Serrano, "Informalidad, coacción y garantías procesales: percepciones de adolescentes condenados por homicidio", *Espacio Abierto,* vol. 30, núm. 4, (2021) pp. 37-57.

Servicio de Protección Integral del estado Miranda (SEPINAMI). Entre junio y diciembre de 2022, se logró levantar siguiendo el protocolo de un muestreo intencional y usando un guión semi-estructurado, diez entrevistas a adolescentes condenados por abuso sexual o actos lascivos, quienes para el momento en que acontecieron los hechos tenían entre 14 y 16 años de edad. Todos pertenecientes a sectores socio-económicos desfavorecidos, próximos a la entidad de atención donde cumplen el internamiento y al circuito judicial especializado correspondiente.

Se exploró durante las entrevistas, entre otros aspectos, la dinámica situacional de lo ocurrido, las relaciones familiares, antecedentes de educación sexual, reflexiones sobre las víctimas y las vivencias surgidas a partir de la detención y condena. Se invitó a participar libremente del proyecto, a todos los adolescentes involucrados en delitos sexuales y que, para la fecha del trabajo de campo, ya tuviesen una sentencia definitiva, descartándose en consecuencia los que se encontraban en prisión preventiva o en espera de pronunciamiento del tribunal. Para dicha época tres entrevistados llevaban más de tres años privados de libertad; otros tres, alrededor de un año de internamiento y cuatro llevaban pocos meses de estar cumpliendo en SEPINAMI la medida dictada por el tribunal. Los efectivamente entrevistados manifestaron su consentimiento y se les ofrecieron garantías de confidencialidad, su identidad ha sido protegida empleando seudónimos. De manera enfática se les aclaró que el proyecto tenía fines académicos y no guarda ninguna relación con instancias judiciales o administrativas, con incidencia alguna en sus casos. Las entrevistas, en promedio de una hora de duración, fueron grabadas en audio y transcritas de manera fidedigna por una asistente de investigación contratada para tal fin. El análisis de los datos fue realizado a través del análisis narrativo, ya que favorece la comprensión de las perspectivas de los propios participantes y aborda historias personales en donde se incorporan dimensiones de temporalidad y subjetividad en diversos temas[42].

[42] Claudia Capella, "Una propuesta para el estudio de la identidad con aportes del análisis narrativo", *Psicoperspectivas*, 12 (2), (2013), pp. 117-128.

En los siguientes apartados, se presentan los principales hallazgos luego de conocer las perspectivas de los participantes, en temáticas previamente definidas, con énfasis en su mirada sobre las víctimas de abuso sexual, pero que ellos fueron desarrollando con espontaneidad, al escuchar sin interrumpir su discurso sobre cuál fue el hecho que llevó a la detención y sentencia en el sistema penal adolescente, como pregunta generadora realizada al inicio del encuentro. Todos los entrevistados se despidieron agradeciendo la oportunidad de haber dado su punto de vista y haber sido escuchadas sus opiniones sobre lo ocurrido, de manera respetuosa y empática. Incluso, varios admitieron que era la primera vez que hablaron de lo que pasó, pues ni con el equipo técnico de la entidad de atención habían logrado verbalizarlo. Sin dudas, no se trató de conversaciones fáciles pues al abuso sexual es un tema que se encuentra altamente estigmatizado, en cualquier edad, en donde cuesta romper el silencio y se calcula siempre el impacto que tiene la revelación en los otros, en este caso, en los investigadores. Por ello, la tendencia esperada a referencias vagas y genéricas de hechos considerados sensibles, las cuales en ocasiones fue posible precisar, notándose dificultades y pausas en la descripción de los eventos. Varios de los adolescentes/jóvenes entrevistados manifestaron ansiedad, frente al estigma de ser considerados como "violadores" luego de cumplir su medida, con todo lo que esto implica a nivel de auto concepto. Por ello la trascendencia de escucharles y permitir recuperar su propia voz, romper el aislamiento que impone el silencio de lo que pasó, de modo que, esta verbalización les sirva a ellos como un ejercicio, para reconstituirse en el camino luego de esta experiencia.

V. PERSPECTIVA DE LOS ADOLESCENTES VICTIMARIOS

Visión de los adolescentes sobre lo ocurrido

Entre las nueve víctimas, presentes en diez casos (dado que hay una víctima común para dos de los entrevistados), se identifican los siguientes patrones: Cuatro de los adolescentes consideran que no incurrieron en abuso sexual u otra forma de violencia sexual porque las relaciones heterosexuales fueron consentidas, afirman que hubo participación de las adolescentes víctimas en los juegos y encuentros sexuales, las edades entre víctimas y victimarios eran muy próximas (rozando el límite de 14 años, edad a partir de la cual se

considera se tiene responsabilidad penal adolescente según la legislación vigente en Venezuela) pero, al percibir una suerte de rechazo de parte de los adolescentes, un cese de lo que pudiera ser la expectativa unilateral de una relación, dichas adolescentes mujeres denuncian a familiares adultos, con posterioridad, la experiencia vivida como un abuso sexual.

En el caso de Botellita jugaba con su hermano y unas primas, un conocido juego en donde quien recibe el turno azarosamente, debe responder a ciertos desafíos y cumplir con penitencias en caso de fallar. Asegura el entrevistado que la propia adolescente sugirió "*hagamos esto que ví en internet*" (p. 3) y reflexionando, aseguró que "*pagó él por ser el mayor del grupo*" (p. 1). En tribunales, la adolescente, supuestamente declaró que lo acusó de abuso sexual porque "*sintió celos*" (p. 12). El entrevistado dijo en algún momento que su hermano menor dudaba de su orientación sexual y este juego puede considerarse parte de rituales, de socialización lúdica a la hombría, precisamente como hermano mayor, pareciera consideró esta era una forma de ayudar a su hermano más pequeño.

El adolescente apodado como Lector narró que querían lincharlo en su comunidad, por el rumor que había esparcido la adolescente sobre un presunto abuso sexual, cuando en realidad, dice que ella lo estuvo acosando sexualmente durante un tiempo, hasta que logró persuadirlo de tener intimidad. En una discusión sostenida por este asunto, el adolescente pierde el control e iracundo intenta ahorcarla. Admitió en la entrevista que se siente responsable del intento de homicidio, más no de la relación sexual, que sostiene fue consensuada.

Una variante de esta percepción de los hechos como encuentros sexuales consentidos es la que exponen Liceístas 1 y 2, quienes identifican lo ocurrido como relaciones sexuales solicitadas por la adolescente víctima (todos con la misma edad de 14 años), y cuestionan la denuncia infundada de la directora del centro educativo quien presentó falsas acusaciones contra ellos. Ambas entrevistas se hicieron por separado y hay consistencia en los relatos recuperados, se sostiene que una adolescente les ofreció hacerles una felación en momentos diferentes fuera de la institución educativa y para ello, sostuvieron una serie de intercambios,

a fin de coordinar la logística de los encuentros, encontrar alguna casa disponible sin supervisión adulta en horarios determinados, etc. La inadecuada actuación de la Directora exacerbó el conflicto, pues de una denuncia de "ciber acoso" por la presunta circulación de un video que exponía a la adolescente, la Directora declaró a las autoridades policiales que llegaron a la institución, que se trataba de un abuso sexual con penetración y que fueron detenidos en "flagrancia", lo cual es negado de manera categórica por los adolescentes entrevistados y que fueron hallados responsables.

En otros tres casos, se hace referencia al hecho de estar mirando contenido pornográfico, lo cual produjo una esperable respuesta de excitación en los adolescentes. Dos de estos casos tienen como víctimas a hermanas menores y en el tercero, se trata de dos adolescentes varones que se tocan mutuamente, pero uno tiene edad para ser procesado penalmente y el otro no. En el caso del adolescente apodado como Fañoso, la niña contó en el colegio a la maestra, a los pocos días de ocurrido, el encuentro sostenido con el hermano. En el caso de Humillado, se trata de dos hermanos separados de su madre (residenciada en Colombia) y cuidados por su abuela materna, dos meses después del hecho, por una discusión entre ellos, la niña cuenta lo que pasó a un tío y allí se activa la denuncia. Aislado, al parecer fungía de cuidador de los hijos de la madrina (3 y 13 años) y el último, asiduo consumidor de pornografía, le sugiere que experimenten tocarse, pero al mes ocurre una pelea entre ellos (por un video juego) y ahí es cuando el adolescente acusa a Aislado de abuso sexual y la propia madrina lo denuncia, al parecer sin averiguar en profundidad.

En los últimos tres casos estudiados, se pudo conocer que a Riochico, lo denunció la madre de un vecino (4 años) ya que supuestamente mientras recogían frutas, tocó al niño, hecho no reconocido por el adolescente. Leal es denunciado por su tía, de supuestamente tener relaciones con su prima, sin haber mayor diferencia de edad entre ellos y el caso, que más podría calzar en el prototipo de abuso empleando fuerza es el de Conversador (16 años versus 3 la niña víctima), pero durante la entrevista insistió que no logra explicarse a sí mismo qué pasó, dice que actuó "*como si no fuera yo*" (p. 6), narró que se encontraba trabajando en un local y la niña llegó a comprar algo, pero cuando estaba a punto de penetrarla la soltó, ya

que logró auto-regularse a sí mismo. A propósito de la posible influencia de pares, este mismo entrevistado aportó:

> *"…de lo que me llevó, es algo que uno se preguntaa diario, porque, las cosas sucedeeen de un momento a otro y, no sé, uno, después que uno lo ha… lo hace, uno es que, empiezaaa a pensar pue´, lo sucedido, este…, es más que todo… digo que la calle pue´, eh…, el trayecto que uno recorree, anda en la calle, que uno no piensa que, si uno ´ta haciendo lo bueno, lo malo, sino que lo hace porque…es lo que…, como quien dice…es tu día a día pues, lo haces, ´tas con, por´tar con los demás por…, por influir en los demás por… paraaa, hacerse ver, es comoooo… estás con un grupo. Si quieres que te ellos te vean tú vas a hacer algo malo, ¿ves?…cometer cosas para que los demás te vean, pa´ poder estar con ellos" (Conversador, pág. 1)*

Perfil y percepción de las víctimas según los adolescentes victimarios

Algunos datos relevantes con base en el muestro intencional efectuado son: en cuanto a distribución por sexo se observa que, de las 9 víctimas presentes en 10 casos, 7 son de género femenino (78%); con base en la edad se cuentan entre las víctimas, 5 adolescentes (entre 12 y 14 años) y 4 niños/as (entre 3 y 10 años); en lo relativo a los vínculos/conexión se identifica que, en el caso de las víctimas adolescentes, se trata de dos llamadas "primas" (en familias ensambladas pareciera que el parentesco se expande), una vecina de la comunidad, una compañera de colegio y el hijo de una madrina, mientras que, en el caso de las víctimas más pequeñas, se trata de dos vecinos de la zona y de dos hermanas menores de un par de entrevistados. Sobre las diferencias de edad entre víctimas y victimarios, dato clave para sopesar las desventajas entre NNA con base a diferencias de recursos cognitivos, físicos y de autoridad, en 6 casos no se alcanza la diferencia de 5 años subrayada como relevante por la literatura[43], incluso en dos de estos casos todos tienen la misma edad y en los 4 casos restantes, si se identifican considerables diferencias de 5, 8, 12 y 13 años entre niños en condición de víctimas y adolescentes como victimarios.

En general, en los casos examinados, se aprecia también como sugiere la información disponible sobre adolescentes como agresores sexuales, mucha proximidad y cercanía de los adolescentes procesados como responsables con las víctimas (primas, hermanas, hijo de una madrina, compañera de clases, vecino con cuya familia hay mucho intercambio). Al afirmar

[43] Magdymar León, *Ruta de atención institucional del abuso sexual de niños, niñas y adolescentes*, (Caracas: AVESA), 2016.

en sus relatos no haber ejercido violencia ni coerción, sino haber contado con consentimiento, incluso su insistente búsqueda para tener intimidad sexual, resulta muy desconcertante para varios entrevistados comprender lo que pasó y asimilar la sanción penal. Esto nos lleva a problematizar, que en 6 de 10 entrevistados (5 encuentros heterosexuales: Botellita, Liceísta 1, Liceísta 2, Leal y Lector y uno homosexual, Aislado,) no se aprecia una considerable diferencia de edad entre los adolescentes y, en consecuencia, no es posible notar una marcada asimetría de poder, más bien se presumen situaciones de exploración sexual propias de la adolescencia, las cuales no están exentas de riesgos y peligros. Desde la perspectiva de los entrevistados que tuvieron relaciones con chicas, varones aparentemente socializados con los códigos de la masculinidad hegemónica, se presentó la oportunidad de tener relaciones sexuales con adolescentes mujeres que por distintas razones o ya tenían experiencia sexual o la estaban buscando, haciéndose presente la aquiescencia masculina de la que habla Barrios[44]. Dos de estas chicas, posiblemente sufrieron abuso sexual siendo niñas, según los relatos de los entrevistados. La declaración de Lector es elocuente al respecto:

> *"…lo que pasa es queee la chama, la niña pues, tenía doce, trece años, no recuerdo bien, ellaaa, se la pasaba acosándome ¿verdad? Teníaa un tiempo seguido, y yo ya le había comentado al papá, se presumía según las personas y según ella misma que el papá abusaba de ella, o sea hasta ahí no llego porque no tengooo pruebas ni nada, solo estoy diciendo lo que…, lo que sé, ellaaa llevaba tiempo acosándome ¿verdad?, y yo le comenté al papá, perooo el papá no hacía nada porque él pensaba que ella y yo éramos novios ¿sabe?, y entonceeee´ un día yo, bueno, vamo´ a ver si así deja su fastidio, pues y tuve relaciones con ella [dice que pasó solo una vez], pero consensuadas. Después ellaaaa…. como yo noo quise más nada con ella, se puso a estar inventando, que yoo había abusado de ella ¿verdad? Que fue cuandoo todo el poco de gente quería así como, discúlpeme la palabra, como ¡joderme pues!, y entonceees ahí fue cuando yo me molesté…" (pp. 1-2)*

El caso de Aislado tiene la particularidad de tratarse de un acercamiento entre varones, lo cual supuso una carga de represión importante durante la entrevista, pareciera se trató de una primera exploración que escaló hasta terminar en un proceso penal y ello lo hace comprensiblemente difícil de asimilar y compartir para el adolescente entrevistado. Lo que hicieron estando juntos en el cuarto fue narrado con mucha dificultad, la literatura sugiere que entre los 13 y los 15 años es esperado en el desarrollo sexual de los adolescentes

[44] Leoncio Barrios, "Hombres y riesgos sexuales", *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol.19/n°43, julio-diciembre (2014), pp. 153-155.

comportamientos que se confunden con la homosexualidad[45]. Dijo que el adolescente considerado víctima se sintió deprimido de pensarlo en la cárcel, y al parecer ese malestar, lo llevó a decir la verdad de lo ocurrido, que no hubo abuso sino consentimiento de parte de ambos. Lo que más perturba a este entrevistado es que, en sus propias palabras, "*así como yo se lo hice a él, él también me lo hizo a mí, y yo prácticamente, ¿sabe? Yo pagué, pagué... ¡pagué yo solo!" (pág. 44)* y por ello experimenta como muy injusto su internamiento, esta declaración fue propicio para que los investigadores explicaran al adolescente, la edad a partir de la cual se tiene responsabilidad penal en Venezuela.

Indagando la percepción que tienen sobre las víctimas, de este grupo de seis en donde hay proximidad etaria y no se ejerció violencia o coerción, a uno de los entrevistados se le preguntó qué le diría a la adolescente si tuviese ocasión de hablarle y de manera abundante aportó:

> *"le preguntaría fue que, este que qué sintió en el momento para que le contara a mi madrastra y…, y qué… qué fue lo que le dijo pa´que llegara a esta magnitud, fue…, sería una de las preguntas primordiales mías. Y de…, qué fue el…, cuál fue el motivo pues, y que…, y preguntarle que si yo alguna vez le hice algo malo que qué fue, que me aclarara lo que hice mal, porque en ningún momento ella me contó algo malo asíii de que, "no, mira, hiciste tal cosa mala" y sin embargo, esperé que en el tribunal me dijera "no hizo, esto malo" y sin embargo no me dijeron qué fue lo que hice mal, see… quisiera que me dijeran eso" (Botellita, pág. 47)*

Según éstos entrevistados, algunas víctimas no denunciaron inmediatamente, sino que transcurrió tiempo (tampoco demasiado) entre los hechos y el momento en que deciden contar lo ocurrido, a ciertas personas adultas. Aparentemente no estaban siendo amenazadas, ni constreñidas a guardar silencio, sino que hubo un detonante, un disparador posterior, asociado a sentirse rechazadas o desplazadas por los adolescentes, quienes ya no querían nada más con ellas, o habían empezado una relación con otra chica, o hubo una discusión por un asunto doméstico, entre otras opciones. Aunque mantener el secreto sobre el abuso sexual, muchas veces funciona como auto protección para las víctimas, una hipótesis a considerar en estos casos es que ha calado la cultura de denuncia sobre la victimización sexual infantil ante instancias competentes, además de que efectivamente, no parecieran haber estado siendo

[45] Leonor Mora, *Desarrollo adolescente y Derechos Humanos*, Red de Apoyo por la Justicia y la Paz con apoyo de UNICEF, (Caracas: Editorial Ignaka, 2011), p. 28.

presionadas por sus agresores para no ser denunciados. Una paradoja detectada, según los discursos recuperados en cinco casos, es que durante el proceso penal las mismas víctimas y/o sus familiares se sintieron mal cuando los adolescentes efectivamente resultaron privados de libertad, ya que no creían la situación se complicaría, ni escalaría tanto, pensaban que "*solo los regañarían*". Reflexionando sobre lo ocurrido, algunos entrevistados consideran que las víctimas por temor a ser regañadas/castigadas/sancionadas, exageraron y distorsionaron su versión de los hechos, pero luego tuvieron conciencia de las consecuencias que ello trajo.

En cuatro entrevistas, no se profirió ningún comentario negativo contra las víctimas, por el contrario, se apreció cautela, cierto pudor y hasta dificultad incluso en nombrarlas, en especial, los dos casos abuso intrafamiliar. A Ríochico le costó mucho verbalizar que la víctima se trataba de un niño de 4 años, *"la víctima era vecina deee…, de nosotros, pero la víctima nunca se presentó, nunca fue pa´llá…ella hizo la denuncia… y más nunca volvió a aparecer… en ese momento era deee… de cuatro años como decían ellos…un varón..." (p. 15).* Conversador siendo el caso de mayor asimetría de edad / poder / fuerza (16 años versus 3 años), incluso afrontó un careo con la víctima, propiciado por la madre de la niña y en ningún momento se planteó huir, por el contrario, aceptó con entereza que la niña lo delatara y tampoco intentó, aprovechándose de sus capacidades, desmentirla o hacer creer que la niña se equivocó o entendió mal lo ocurrido. De su parte, no se aprecia ningún resentimiento hacia la niña ni su madre. Señaló: "*…en la noche me llamó la mamá… me formó el lío, pues, me preguntó y no sabía ni qué responderle, poque no sabía… y…me dijo que me iba a denunciá, bueh, ´¡denuncie!´, al día siguiente denunció, me fueron a buscar" (p. 3).*

En los casos de Fañoso y Humillado, con 14 y 15 años para el momento de los hechos respectivamente, procesados por intentar abusar de sus hermanas de 6 y 10 años, se expresaron con sumo cuidado sobre ellas y durante las entrevistas, no escatimaron en declararse culpables y sentirse muy arrepentidos de lo que intentaron hacerles. Fañoso declaró que estando en SEPINAMI le escribe cartas, le dice que la extraña y quiere pedirle perdón a la hermana otra vez "*frente a frente*", así como, a la mamá y a toda familia. Humillado, repitió muchas veces durante su entrevista, cómo lo embargó una sensación de

miedo y escalofríos cuando ocurrieron los hechos, dijo que no llegó a penetrarla, que lloró y salió huyendo de casa.

> *"…nos vamos pal´cuarto, señorita, y la estoy tocando normal, señorita, y nooo, después me da como una impresión ¡que no!, y no, me dio miedo, señorita...era la primera vez...Y me dio mucho miedo, mucho miedo (...) perooo no la llegué abusar así, queee penetrar, con penetra…, nooo (…) señorita, ella está…, ella me decía…, ella estaba de acueldo pero yo no, y fue quee a mí me dio una broma, pero a mí siempre me da eso, y…y…y, me dio una broma…como que miedo…no sé, escalofrío, y…y…y… y no lo hice, señorita, no hice eso..." (pp. 4-5)*

Los siguientes cuatro entrevistados (Leal, Lector, Liceístas 1 y 2), se sintieron en la confianza de expresarse con total franqueza sobre sus víctimas y fueron los que emitieron los relatos más cuestionadores, en un tono plagado de referencias que calzan con la supremacía del paradigma patriarcal, por tildar a las adolescentes de precoces sexualmente, promiscuas y mentirosas, censurando que como mujeres tengan iniciativas de interés sexual. Leal, sobre su primita entre 10 y 12 años, dijo que su madre le modela y estimula un comportamiento erotizado. Aseguró que tuvo relaciones con otro primo, cuando tenía como 8 o 9 años y que después tuvo un novio, que se viste con aquiescencia de la madre de forma provocativa. Fue elocuente en la expresión de ira contra su tía, madre de la adolescente. Lector, sobre la adolescente que lo acosó para tener relaciones sexuales tiene muy mala imagen, la juzgó de promiscua y problemática en la comunidad, dio a entender que todo el mundo sabía de su reputación y que por ello, en ningún momento la percibió como una relación seria. Liceísta 1 declaró que la adolescente por la que está privado de libertad es mentirosa, prostituta, de la calle y que en el liceo *"todo el mundo le tenía rabia…a esa chamita… porque nos metió presos a nosotros y le quitaba los esposos a…las chamas adultas" (pág. 8).* Dijo con vehemencia y textualmente "*¡las víctimas deberíamos ser nosotros!*" (pág. 4). Agregó que en una de las audiencias "*la chamita*" dijo la verdad, aclaró que no hubo abuso sexual sin consentimiento, que ella les quiso hacer sexo oral y dijo que había perdido la virginidad a los 9 años con un hombre de 20 (de ser cierto, se trataría de un abuso sexual infantil). Sobre este punto, vale la pena insistir que, en tres de las nueve víctimas, se presumen abusos sexuales previos. Con base en esta traumática experiencia de privación de libertad, los estudiantes entrevistados, hicieron varias generalizaciones del tipo:

> *"ahorita las chamitas son ¡demasiado! ¡demasiado! alborotadas, las hormonas…se están alborotando rápido… y quieren un novio a los nueve años, diez años que tienen de edad, y las mamás no están pendientes" (Liceísta 1, pág. 24).*

> *"porqueee la que se quejó con la Directora, quería que el que está preso conmigo, se la… tuviera relaciones, y como él no quiso, entonces ella fue a chismosear… eh… a… a ella no le gusta a nadie, ella lo que quiere ¡es que… y ya! (…) Porque todas son así (…) ella, to… hay…, hay algunas que son así. Hacen ha…, hacen hasta videos pa'ver quién lo hace mejor (…) Y eh… es, es que imagínate Seño… la que hizo la broma con nosotros dos, y perdió la virginidad a los doce años" (Liceísta 2, pág. 7).*

La percepción de los adolescentes sobre las víctimas de violencia sexual, analizadas en esta muestra, a la vez puede ser interpretada en articulación con la vivencia experimentada durante el proceso penal, considerando que técnicamente todos eran primarios en la jurisdicción penal adolescente. Lo narrado por la mayoría de los entrevistados, sirve para reforzar los hallazgos divulgados en un estudio previo en el que se identificaron variados mecanismos informales, como presiones combinadas de agentes independientes dentro del proceso penal y dilaciones indebidas, que contribuyen de forma importante a una decisión que antes de significar el reconocimiento legal y moral de la responsabilidad por el delito cometido, hacen aparecer la menor condena recibida como un aliciente, incluso frente a situaciones en que se niega la propia participación en el delito procesado[46]. De nuevo se observa que, aunque se "admitan hechos" como fórmula anticipada y ello se traduzca racionalmente en una reducción de tiempo de la medida impuesta, para muchos adolescentes no hay reconocimiento cabal de su responsabilidad y en el presente estudio, ello implica la negación de la condición de víctimas a seis adolescentes (cinco mujeres y un hombre). En especial, cuando estos adolescentes recibieron, en total, entre 3 y 10 años de imposición de medidas, empezando por privación de libertad para luego ser sustituidas de manera consecutiva por otras medidas menos gravosas. En contraste, para cuatro adolescentes, aunque explícitamente no usaron la palabra víctima, en sus entrevistas no se aprecia un discurso relativizador ni de equiparación entre pares, dos adolescentes porque les llevaban a los niños víctimas 12 y 13 años de diferencia y los superaban con claridad en desarrollo físico, mental y moral, los otros dos adolescentes, porque las víctimas eran dos hermanas

[46] Luis Gabaldón y Carla Serrano, "Informalidad, coacción y garantías procesales: percepciones de adolescentes condenados por homicidio", *Espacio Abierto,* vol. 30, núm. 4, (2021) p. 48.

menores con diferencias de 5 y 8 años de edad. Desde el punto de vista moral éstos últimos fueron los entrevistados que manifiesta y reiteradamente se expresaron en términos de sentir mucha culpa por lo ocurrido, vista toda la connotación del abuso sexual intrafamiliar, aunque en ningún momento aludieron a la noción de incesto.

Reacciones de familiares y adultos involucrados

Con base en los relatos recuperados, algunas apreciaciones permiten sostener que los padres, las figuras masculinas de estos NNA víctimas de abuso sexual, están ausentes de los discursos sistematizados. Salvo en el caso de Botellita, por la tensión que se presume entre el padre y su pareja, "madrastra" del adolescente sancionado, quien tuvo relaciones sexuales con una sobrina de ella, el padre le dijo "*me desentiendo de ti*". Ambos tenían, efectivamente, pocos meses viviendo juntos, cuando ocurrieron los hechos. En el resto de los casos, no hay referencias a un padre afectado ni presente, precisamente por la tendencia de tratarse de núcleos monoparentales, con riesgo documentado de experimentar abuso sexual infantil. El estudio antropológico de la familia venezolana también en consistente con este dato, visto que, la figura materna se sobredimensiona a costa de la figura paterna[47] y aunque físicamente estuvieren presentes en la familia, se encuentran de diversas formas invisibilizados.

En varios casos, tres de nueve, se perciben a los adolescentes como alcanzados y perjudicados por otros conflictos con repercusión en el proceso por el abuso sexual. En el caso de Botellita, la protagonista de la denuncia fue la madrastra, tía de la víctima, con quien no tenía buenas relaciones y conforme a lo que narró, asumió un rol más activo que la propia madre de la adolescente involucrada en el hecho. Ríochico expresó en su entrevista que de la madre del niño no quiere saber, su padre y esta vecina al parecer sostuvieron un romance y esto era claro motivo de desavenencias entre las familias, y es otro caso en donde supuestamente luego "*querían quitar la denuncia*" (p. 16) y ella también "*quiso visitarlo en el calabozo*" (ídem). Liceístas 1 y 2 refirieron que la Directora del centro educativo tenía antecedentes de problemas con el padre de uno de estos chicos, en la actualidad funcionario

[47] Samuel Hurtado, *Contratiempos entre Cultura y Sociedad en Venezuela* (Ediciones Faces UCV, 2013).

policial, quien quiso intervenir al momento de hacerse la denuncia, pero fue descartado rápidamente.

En el caso de Conversador, la mamá de la niña lo buscó y lo confrontó con la víctima, fue la única en hacerlo antes de denunciarlo. Del caso de Leal se desprenden problemas con las tías, aludió a un problema de "*celos* (…) *porque la niña (…) a pesar de que es mi prima, ella estaba como quien dice gustaba de mí porque ella siempre buscaba de mí, y yo siempre, como quien dice, la despreciaba ¿sabe?*" (p. 18) y las acusó de "*querer echarle el ganso a él*" (p. 2), incluso mencionó que el día que se le acusó de abusar de la prima, hasta videos llamadas se hicieron desde el exterior, en donde algunos familiares se enteraron del asunto y les indicaron que tenían que ir a una casa para esclarecer el asunto. Lector comentó que se decía que el padrastro abusaba de la adolescente, que habló sobre el acoso que ella le hacía justo con él, pero el sujeto lo desestimó pues creía "*eran novios*". Afirmó que quisiera alejarse de su familia "*porque me sentiría incómodo estando ahí*" (p. 36-37). Siente que ya no pertenece al grupo por haberlos defraudado "*quisiera alejarme porque ajá, sí es comoo… como humillante, pues, como vergonzoso y…y no quisiera que me vieran como un criminal*" (p. 42).

Fañoso es un caso *sui generis*, porque sostuvo que los padres y él estuvieron detenidos en una misma celda, ya que la niña contó en el colegio lo ocurrido y supuestamente quiso implicar a los padres, para salvarlo a él, "*ella dijo que papá la tocaba y mi mamá también… y…y no fue así, yo fui el que la toqué… metió a mi papá y a mi mamá (…) eso nunca pasó*" (pág. 3). La madrina de religión (ritual Yoruba) es quien lo juzga en tribunales. La mamá le dijo "*te perdono, pero no lo vuelvas a hacer*" (pág. 4). Siendo un caso, que requiere un abordaje especial, sobre cómo recomponer a familias que han experimentado este tipo de abusos entre sus miembros. Humillado, refleja un cuadro en donde la madre está ausente producto de la migración forzada, la abuela se hace cargo de ambos niños (víctima y victimario del caso) y al parecer recibe maltrato y es abusada por su propio hijo, tío materno del adolescente y la víctima. La relación con el tío no es buena y de modos diferentes se aprovecha de sus sobrinos. La abuela-madre en una posición que se presume difícil de sobrellevar en este caso, pues en el juicio representó tanto a la víctima como al victimario y

no se sabe hasta qué punto encubrió a su hijo. Ya que el adolescente sospecha, que el tío es quien en verdad abusaba de su hermana.

Aislado aseguró que la madrina le quiso quitar la denuncia pero que el fiscal le explicó no era posible "*y me pusieron, entre comillas, poco tiempo*" (p. 6). La mamá no le entrega cartas que la madrina le ha escrito y le manda, mientras está internado en SEPINAMI. La mamá no perdona la "traición" de la comadre, ya que la versión de abuso del adolescente-ahijado no fue confrontada y actuaron precipitadamente. En el caso de los Liceístas, de la mamá de la adolescente dijeron que después de este problema "*la premió, que le celebró fiesta de cumpleaños y demás*" (Liceísta 1, pág. 20). No pareciera que se le haya brindado acompañamiento profesional a la adolescente en caso de ser cierta la versión de los entrevistados. Las madres de los adolescentes privados de libertad, estuvieron acompañándolos en todo el proceso y de la Directora recuerdan con rabia que: "*ella fue pal' pa'calabozo y nos dijo, ¡ay! yo pensaba que este era un susto de dos o tres días que le quería dar*" (Liceísta 1, pág. 29).

Se cierra esta sección, señalando brevemente otra tendencia observada, en cuanto a que es escasa, por no decir nula, la formación en materia de educación sexual que han recibido los adolescentes entrevistados, tanto de parte de sus familias como de las instituciones educativas. No todos los entrevistados habían recibido clases al respecto, porque todavía no les correspondía según el grado escolar en curso para el momento de los hechos, literalmente los dos estudiantes de 14 años entrevistados, primero recibieron una medida de privación de libertad por parte del Sistema Penal Adolescente, que clases de educación sexual. La mayoría de los entrevistados no sabían de delitos sexuales, desconocían los supuestos e implicaciones de los actos lascivos y el abuso sexual y refirieron que en SEPINAMI les están formando al respecto. Merece mayor profundización y estudio, algunos comentarios registrados durante las entrevistas, sobre educación sexual con enfoque dogmático religioso, es decir, en donde algunos adolescentes hasta refirieron que no se deben tener relaciones sexuales antes del matrimonio.

CONCLUSIONES

Entrevistar a diez jóvenes y adolescentes sentenciados por delitos sexuales, fue una experiencia que permitió recuperar sus voces y sus perspectivas de los hechos, para ponerlas al servicio de la reflexión que desde la academia puede propiciarse en temas tan inquietantes como el abuso sexual infantil. El abordaje empleado procuró trascender la tensión de un evento y sus consecuencias penales, que puede ser considerado invasivo, violento, angustiante. No obstante, objetivar y contextualizar lo que pasó, puede contribuir a recuperar la sensación de control de los victimarios sobre sus vidas y la posibilidad de seguirla desarrollando de forma constructiva, analizando los hechos y que la faceta de internamiento no los define de modo definitivo.

En este sentido, llama la atención que en seis de las diez entrevistas realizadas no hay un reconocimiento explícito de los adolescentes afectados como víctimas de abuso sexual, y el razonamiento evidenciado se soporta en que no hay mayor diferencia etárea, ni asimetría de poder, ni ventajas cognitivas o físicas, así como tampoco, reconocieron haber ejercido algún nivel de violencia ni de coerción. La problematización planteada tiene fundamento en el consentimiento que alegan haber recibido para sostener los encuentros íntimos, pero, aunque todos eran adolescentes algunos si tenían edad para ser procesados penalmente, mientras otros no. Se perciben a ellos mismos como "las víctimas" de un sistema penal adolescente, que pareciera no actuó adecuadamente conforme al principio de la especialidad, para esclarecer de manera oportuna el fondo de los asuntos y evidenciar la verdad de lo ocurrido. Las incongruencias de algunos familiares y adultos involucrados contribuyen a reforzar esta mirada, pues en ciertos casos hasta se les dijo que no creían la situación escalaría tanto y lo que se perseguía era darles una suerte de escarmiento, que en pocos días estarían en libertad. Tener acceso a los expedientes judiciales con fines académicos, habría permitido profundizar más el análisis y complementar los relatos sistematizados. Sin embargo, restarles por completo a las víctimas esa condición y mirarlas desprovistas de toda vulnerabilidad, invita a considerar a su vez la hipótesis de un posible pensamiento moral inmaduro, en el que se apele a racionalizaciones protectoras como culpar a los otros, minimizar o tergiversar los hechos.

En las entrevistas restantes, los hallazgos apuntan en otra dirección, pues se trata de cuatro adolescentes versus tres niñas y un niño, donde sí se aprecian notorias desventajas en cuanto a desarrollo físico, mental y moral, pues las brechas de edad oscilaron entre los cinco y los trece años, dos de estos casos con el agravante de tratarse de abuso sexual intrafamiliar, relaciones incestuosas con dos hermanas consanguíneas. De estos cuatro entrevistados, tres verbalizaron arrepentimiento, se acepta la asimetría de poder y se reconoce con mayor claridad el daño causado a las víctimas. En dos de los diez casos estudiados, la orientación sexual del abuso fue contra otros dos varones, uno adolescente y un niño, y la represión para narrar estos hechos fue importante; dato que debe ser interpretado en contexto dados los prejuicios que aún persisten contra la homosexualidad.

Pese a que en el caso de los agresores sexuales adolescentes no es fácil hallar el equilibrio entre negligencia y la responsabilidad, corresponde a la vez ponderar el papel que familias y escuelas están teniendo en materia de educación sexual, visto que, está documentado representan factores de riesgo en el fenómeno del abuso sexual infantil, las familias con confusión de roles y funciones difusas, sustituidas o ausentes, así como, familias con una comunicación ineficiente e inadecuada. Resulta sumamente preocupante que dos adolescentes de catorce años entrevistados, primero fueron objeto de una sanción de tipo penal, antes de recibir contenido de educación sexual en su centro educativo, el embarazo no planificado en la adolescencia y el contagio de enfermedades de transmisión sexual, no deberían ser los únicos énfasis en la formación. Varios entrevistados descubrieron conceptos como actos lascivos y abuso sexual, al momento de ser procesados penalmente y así lo expresaron en sus relatos.

En las narraciones registradas, la experiencia compartida refleja más un enfoque de justicia juvenil punitiva que restaurativa, incluso parece apreciarse una tendencia de judicialización de este tipo de conflictos, en donde no hay cabida para la presunción de inocencia. Varios entrevistados declararon que las víctimas y sus familiares se plantearon conversar con ellos cuando ya estaban en tribunales y ello no fue permitido conforme el protocolo de las audiencias, o manifestaron sentirse afectados, con la materialización de la privación de libertad.

Aunque se comparte la premisa de que las víctimas de abuso sexual, independientemente de lo que hayan hecho o dejado de hacer son víctimas y el responsable sigue siendo el agresor, en el caso de la *jurisdicción especializada para adolescentes* y a la luz de los datos aquí planteados, se considera relevante tanto reforzar el abordaje técnico y pericial para esclarecer la responsabilidad penal en los casos de exploración sexual entre adolescentes, como profundizar en próximas investigaciones en el estudio del estancamiento del desarrollo moral de los mismos.

Ante un conflicto social, sostiene Gibbs[48] la mayoría de los jóvenes transgresores no sabe qué pasos dar, o cómo intentar una solución que no sea ni extremadamente agresiva ni extremadamente sumisa, visto que adolecen de las llamadas "deficiencias en habilidades sociales", por ello la relevancia de ofrecerles oportunidades para desarrollar destrezas interpersonales o de comunicación que les permitan lograr soluciones más equilibradas o constructivas. Como uno de los jóvenes entrevistados dijo:

> "*yo digo que no son necesarios cinco años pa´, o más, para yo aprendé… a darme cuenta de lo que, loo… lo que hice, ´tuvo mal… no me hacían falta los cinco años… y es eso pues, y uno se pone a ve´ y yo ´toy normal yo estoy tranquilo esperando mi día… pero es fuerte pa´ otros, hay muchos que están sentenciados dos años, y tienen un delito peor que el mío, y yo los veo llegá y los veo irse, los veo llegá y los veo irse, yo sigo aquí y bueno…"* (Conversador, p. 42)

[48] Postconvencionales, "Gibbs: Inmadurez moral y comportamiento antisocial", *Escuela de Estudios Políticos y Administrativos UCV* N° 2, (2010), pp. 21-56, acceso el 29 febrero de 2024. https://acortar.link/GaISjQ

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). *Violencia sexual y por motivos de género en contra de personas refugiadas, retornadas y desplazadas internas. Guía para la prevención y respuesta*, 2003. Acceso 10 de febrero de 2024. https://acortar.link/S5iV6f

Asamblea General ONU. *Convención Sobre los Derechos del Niño.* Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

Asamblea Nacional. *Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente.* Caracas: Gaceta Oficial N° 5859 Extraordinario, 10 de diciembre de 2007.

Asamblea Nacional. *Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.* Caracas: Gaceta Oficial N° 6185 Extraordinario, 8 de junio de 2015.

Barrios, Leoncio. "Hombres y riesgos sexuales". *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol.19/n°43, julio-diciembre (2014), pp. 149-160.

Calle, Milton. "Justicia juvenil restaurativa: Tendencias actuales y su impacto en la sociedad". *Andares: Revista de Derechos Humanos y de la Naturaleza,* n.° 4, julio-diciembre (2023), pp. 4-13.

Capella, Claudia. "Una propuesta para el estudio de la identidad con aportes del análisis narrativo". *Psicoperspectivas,* 12 (2), (2013), pp. 117-128.

CECODAP, Servicio de Atención Jurídica. *Informe SOMOS NOTICIA Vulneraciones y protección a los derechos de la niñez y adolescencia abril 2022-marzo 2023*. Acceso el 20 enero de 2023. https://t.ly/jJ2Sj

Chopin, Julien y Eric Beauregard. "Understanding the Sexual Victimization of Children by Juveniles: Identifying Criminal Event Patterns". *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice* Vol. 63, No.3-4 (2021). doi: 10.3138/cjccj.2021-0016.

Delgado, Luis. "Masculinidades en la juventud actual: cambios y continuidad". *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol.27/n°59, agosto-diciembre (2022), pp. 129-139.

Gabaldón, Luis y Carla Serrano. "Informalidad, coacción y garantías procesales: percepciones de adolescentes condenados por homicidio", *Espacio Abierto*, vol. 30, núm. 4, (2021), pp. 37-57.

Gil, Angeyeimar. "Las niñas y adolescentes venezolanas: las víctimas más ignoradas de la violencia basada en género en Venezuela". En *Violencia contra la niñez y la juventud en Venezuela*, editado por Gloria Perdomo y Gustavo Páez, pp. 193-229. Caracas: Editorial Alfa, 2023.

Globovisión (GV) "MP registró 2.076 casos por delitos de abuso sexual a niños, niñas y adolescentes hasta junio 2023". Acceso el 19 enero 2024. https://t.ly/jXaEp

Hurtado, Samuel. *Contratiempos entre Cultura y Sociedad en Venezuela*. Ediciones Faces UCV, 2013.

Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes – OEA. *Infancia y género, un encuentro necesario*, 2019. Acceso el 15 de enero de 2024. https://acortar.link/0Crbmu

León, Magdymar. *Ruta de atención institucional del abuso sexual de niños, niñas y adolescentes*, Caracas: AVESA, 2016.

Llanos, María y Caroline Sinclair. "Terapia de reparación en víctimas de abuso sexual. Aspectos fundamentales". *PSYKHE*, Vol 10 N° 2, (2001), pp. 53-60.

Martínez-Bustos, Nora, Gloria Calvo-Mejía y María Sánchez-Jiménez. "Familia, abuso sexual infantil y proceso de afrontamiento psicosocial". *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, 11(1) (2019), pp.11-29.

Mora Salas, Leonor. *Desarrollo adolescente y Derechos Humanos*. Red de Apoyo por la Justicia y la Paz con apoyo de UNICEF. Caracas: Editorial Ignaka, C. A., 2011.

Morán Garreta, Liced; Elisa Pinzón Gómez; Víctor Muñoz Villa; María Lesmes Duque y María Victoria García. "Abuso sexual en mujeres de 10 a 13 años en el Valle del Cauca, Colombia". *Archivos de Medicina* (Manizales), Volumen 17 N° 1, enero-junio (2017), pp. 121-130.

Otálora, Cristina. "La masculinidad y ser hombre en el barrio o los mandatos del patriarcado". *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol.19/n°42, enero-junio (2014), pp. 49-74.

Palummo, Javier. *Justicia Penal Juvenil. Situación y perspectivas en América Latina y el Caribe*, Panamá: UNICEF, 2014.

Papalia, Diane; Sally Wendkos y Ruth Duskin. *Psicología del desarrollo de la infancia a la adolescencia*. Novena edición. México: McGraw Hill, 2005.

Pérez, Mariana. *Estudio descriptivo sobre la Educación Sexual Integral en Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay y Venezuela*, Red de Coaliciones Sur. Acceso el 18 de diciembre de 2023. https://acortar.link/AAZzcv

Pignatiello, Antonio. "El tejido subjetivo de la violencia en el revés de la masculinidad". *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol.19/n°43 (2014), pp. 123-147.

Pinheiro, Paulo. *Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas*, Naciones Unidas, 2006.

Pinheiro Aaid, Amanda y Liana Fortunato Costa. "Ofensores sexuales a víctimas de sexo masculino (Distrito Federal, Brasil)", *Acta Psiquiátr Psicol Am Lat*. 65 (1) (2019), pp. 42-53.

Postconvencionales, "Gibbs: Inmadurez moral y comportamiento antisocial", *Escuela de Estudios Políticos y Administrativos UCV* N° 2, agosto (2010), pp. 21-56, acceso el 29 febrero de 2024. https://acortar.link/GaISjQ

Quintero, Yazmín y Perla Del Carpio. "Diseño y evaluación de una intervención preventiva dirigida a familias con riesgo de presentar abuso sexual infantil". *Revista Intercontinental de Psicología y Educación*, Vol. 20, núm. 1-2, enero-diciembre (2018), pp. 171-193.

REDHNNA-CECODAP. *Informe SOMOS NOTICIA Violencia contra niños, niñas y adolescentes diciembre 2022-julio 2023*. Acceso el 27 de febrero de 2023. https://acortar.link/PpdWHE

Romero, Julio. *Abuso sexual infantil y adolescente en Venezuela. Una aproximación en cifras. Análisis de fuentes primarias y secundarias*. Caracas: Fundación Habla, 2018. Acceso el 31 enero de 2024. https://t.ly/UvmBn

Serrano, Carla y Luis Gabaldón. "El homicidio a través del relato de victimarios adolescentes", en *Homicidio, riesgo, significado y castigo*, coordinado por Luis Gabaldón, pp. 247-279, Caracas: UCAB, 2020.

Venezolana de Televisión (VTV). "Ministerio Público ha solicitado 8.450 imputaciones por delitos de violencia sexual, 1676 órdenes de aprehensión y 5.309 acusaciones presentadas por este flagelo". Acceso el 15 noviembre 2023. https://t.ly/hdDE_

Villanueva Ibeth; Patricia Guzmán; María Alonso; Feily Beltrán; Yulis Gómez e Inés Pérez. "Funcionamiento familiar en familias víctimas de abuso sexual intrafamiliar-incesto". *Psicogente*, 14 (25) (2011), pp. 100-121.

Zuleta, Pablo. "Dominación masculina/subordinación femenina: el patriarcado como marco epistemológico del cáncer de los binarismos al juego caleidoscópico". *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol.19/n°42, enero-junio (2014), pp. 235-252.

Pedro Brígido Navas Amparo

JURIDICIDAD DE LA IMPOSICIÓN A LAS ACTIVIDADES ILÍCITAS DESDE LA RACIONALIDAD TRIBUTARIA LATINOAMERICANA

Pedro Brígido Navas Amparo

Economista y Abogado. Especialista en Derecho Tributario. Universidad de Carabobo, Universidad Arturo Michelena y Universidad Santa María. Profesor Asociado UC. Doctorando en Ciencia Económicas y Sociales. Miembro de la Comisión Coordinadora de la Especialidad en Gerencia Tributaria. Post Grado FACES.UC. Representante Profesoral Consejo de Escuela FACES. UC

Resumen: El presente artículo es el resultado de un estudio documental fundamentado en un análisis interpretativo, crítico y reflexivo de algunas posiciones teóricas sobre la discrecionalidad tributaria y de la imposición a las actividades ilícitas que registra la doctrina tributaria latinoamericana. El objetivo fue argumentar la legalidad, pensada, no atendida por la doctrina de esta imposición atípica, cuya regulación implícita, creemos, fue codificada en el artículo 20 del Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID-1967). Se trata de una "juridicidad administrativa" que subsana, en nuestro criterio, la antinomia presente en el derecho tributario material o sustantivo cuando se pretende ejercer el gravamen sobre actividades ilícitas en países latinoamericanos que asumieron la racionalidad tributaria prevista en el artículo 20 del modelo codificador.

Palabras claves: discrecionalidad, actividad ilícita, juridicidad administrativa, antinomia.

LEGALITY OF THE TAXATION OF ILLICIT ACTIVITIES FROM LATIN AMERICAN TAX RATIONALITY

Abstract: This article is the result of a documentary study based on an interpretive, critical and reflective analysis of some theoretical positions on tax discretion and the taxation of illicit activities recorded in Latin American tax doctrine. The objective was to argue the legality, not addressed by the doctrine, of this atypical taxation whose implicit regulation we believe, was codified in article 20 of the Model Tax Code for Latin America (OEA/BID-1967). It is an administrative legality that overcomes, in our opinion, the antinomy between material or substantive tax law when it is intended to levy illicit activities in Latin American countries that assumed the tax rationality provided for in article 20 of the codifying model.

Keywords: discretion, illicit activity, administrative legality, antinomy.

INTRODUCCIÓN

La doctrina del Derecho Tributario latinoamericano en opinión del tributarista argentino Jarach (1993) se encuentra "dividida entre dos enfoques" que contrastan y generan "consecuencias en la concepción del derecho tributario". De acuerdo con el primer enfoque, el Derecho Tributario "supone la existencia de una rama de la administración pública"[1] que asume como elemento medular "la actividad del Estado tendiente a la recaudación del tributo", se concibe así, el derecho tributario en "una especie de guía jurídica de la administración"; que actúa "a veces" en forma de "policía tributaria" en la persecución y captura del tributo. En el segundo enfoque, el Derecho Tributario se concibe como un "fenómeno de la vida social", en el que, se aprecia el tributo de manera "sustancial", como "un recurso que el Estado obtiene mediante el poder coercitivo de la ley tributaria. Expresión del poder legislativo y norma jurídica que define exhaustivamente los supuestos objetivos y subjetivos de la pretensión del Estado y de la obligación correlativa del contribuyente". (pp. 363, 364)

Estos "dos enfoques en la concepción del derecho tributario", en palabras del jurista Jarach (1993) revelan el "contraste" entre la noción del derecho tributario desde la perspectiva del derecho administrativo; y la concepción sustantiva y dogmática del derecho tributario como disciplina científica. El autor asume en este punto una posición crítica con respecto al primer enfoque, cuando señala, "la confusión y los errores" en que incurren los legisladores en materia tributaria, al "formular muchas normas jurídicas como facultades concedidas a la administración tributaria". Y no se legislan objetivamente las posibles "consecuencias jurídicas de determinadas situaciones de hechos". Esta "formulación", según los dichos del jurista, son "equivocadas" e inducen a un "extremo" en la conducta de "funcionarios competentes cuando interpretan dichas facultades como libradas a su criterio

[1] Resulta importante hacer referencia al origen de lo que Jarach llamó, "rama supuesta de la administración pública". En nuestro criterio, lo encontramos en las llamadas "administraciones especiales" en las que se encuentra la administración fiscal, o "administración tributaria", intuida la primera, en el pensamiento del "padre de la Ciencia de la Administración Pública, Charles Jean Bonnin" *Vid.,* en Guerrero Orozco, O., Principios de Administración Pública. Compilación y Estudio Introductorio. Fondo de Cultura Económica. México. 2004, Reimpresión 2010, pp.203 y 204.

discrecional y pretendan no solamente ejercerlas según su arbitrio, sino también sustraerlas al control jurisdiccional". (p.364)

En otras palabras, podríamos decir, el catedrático Jarach nos ilustra dos formas de concebirse el derecho tributario latinoamericano. Una primera concepción cuyo enfoque teleológico consideramos, es financista[2], porque del derecho tributario lo que procura son recursos financieros para un Estado que debe satisfacer necesidades públicas[3]. Por tanto, lo que importa, es la persecución y captura del impuesto, sin reparar en la validez e invalidez del hecho o acto que lo genera ni en su naturaleza o efectos que pudiera tener en otras ramas del derecho[4]. Bajo este enfoque el derecho tributario, no es más que, una "guía" para la administración fiscal, pensada y admitida como una "especie de máquina recaudadora de tributos", que "magnífica su actuación" en la persecución y captura del impuesto mediante amplias potestades tributarias, que si bien, debe hacerlo mediante actos reglados[5], esto no

[2] La tesis teleológica financista del primer enfoque del derecho tributario latinoamericano, la fundamentamos en lo que la doctrina ha señalado. Jarach dijo: el impuesto, tienen una "naturaleza objetiva de ser un recurso financiero del Estado que procura los medios pecuniarios necesarios para el desarrollo de sus actividades". Jarach, D., El Hecho Imponible. Tercera Edición. Editorial Abeledo- Perrot. Argentina. 1982, p.9. Héctor Villegas, expresa: "Para alguna doctrina el derecho tributario tiene un fin propio consistente en el hecho de asegurar al Estado los recursos que, provenientes del patrimonio de los habitantes, le son necesarios para cumplir con sus funciones," que los es, "satisfacer las necesidades de la población respetando sus derechos esenciales" Villegas, H., Curso de Finanzas Derecho Financiero y Tributario. Tomo único. Séptima Edición. Ediciones Depalma. 2001, pp. 147 y 148. El catedrático brasileño, Heleno Torres, afirma que en las "intensificación de las relaciones sociales que exigieron al legislador perfeccionar las hipótesis normativa de reglas tributarias para formar obligaciones tributarias, la interpretación económica usada como panacea para combatir practicas elusivas, infiltró en la administración tributaria, el deseo solo de atender los requisitos de eficiencia y practicidad en la recaudación tributaria". Torres Heleno. Derecho Tributario y Derecho Privado. Marcial Pons. Buenos Aires, 2007 p. 13.

[3] Para Dino Jarach, el concepto de necesidades públicas, "es coetáneo y consustancial con la misma existencia del Estado y su desenvolvimiento histórico (…) proviene de los fines que el Estado persigue de acuerdo con las decisiones de quienes representan las fuerzas políticas dominantes." Las necesidades públicas "son aquellas que el Estado como organización humana siente como consecuencia de su existencia y mantenimiento y de los fines que persigue" (…) "son tales porque el Estado las asume como propias y no son asumidas por el Estado por ser públicas." Jarach, D. Finanzas Públicas y Derecho Tributario. Editorial Cangallo. 2ª reimpresión. Argentina, 1993 pp. 41,42 y 48.

[4] *Vid*, Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID-1967) Artículo 20, p.25.

[5] Diríamos que, los actos reglados, llamados también "vinculados y obligatorios," son aquellos en que "el funcionario no puede ejecutarlos sino con sujeción estricta a la ley, so pena de incurrir en incompetencia, exceso de poder o genéricamente, en ilegalidad o violación de la ley". *Vid.* Sentencia de la Antigua Corte Federal de 17 de julio de 1953 en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 1, Caracas 1953, p. 151.

quita, que también podrá hacerlo a través de actos discrecionales[6], con consecuencias inmediatas en la disciplina.

Contrapuesta con esta primera concepción, esta la segunda, cuyo enfoque teleológico personifica la concepción sustantiva del derecho tributario latinoamericano[7] y que solo aspira el cumplimiento de la "voluntad de la ley tributaria." Bajo este enfoque, el impuesto que pretenda perseguir y capturar el Estado, deberá hacerlo conforme a lo previsto en la norma tributaria. En tal sentido, los actos tributarios producidos por esta concepción del derecho tributario, serán siempre reglados o vinculados, lo cual indica, que no admite actos discrecionales, ni en el campo material o sustantivo como en el formal o administrativo[8].

Sin embargo, este segundo enfoque del derecho tributario latinoamericano, nos induce a pensar en una posibilidad, según la cual, la tesis teleológica financista del primer enfoque, pudo en algún momento haberse "filtrado" en una norma sustantiva para perseguir y capturar un impuesto, por actos no reglados, sino a través de actos discrecionales. Apuntamos hacia una racionalidad legislativa codificada en el artículo 20 del emblemático y orientador Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID-1967)[9] en la que, intuimos, quedó regulada de manera implícita, la imposición a "los enriquecimientos

[6] los actos discrecionales, *"*son aquellos en los cuales la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, sin que ello quiera decir que se obra al arbitrio, eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto." *Vid., ibídem*

[7] `Para Dino Jarach, la concepción sustantiva del derecho tributario, es aquella en la que "el tributo es un recurso que el Estado obtiene por medio de la coerción que nace de su poder de imperio. En los Estados modernos de derecho, el poder coercitivo estatal se ejerce a través de la ley, como expresión del poder legislativo y como norma jurídica que define exhaustivamente los supuestos objetivos y subjetivos de la pretensión del Estado y de la obligación correlativa del contribuyente." Jarach. D., Finanzas Públicas y Derecho Tributario. Editorial Cangallo. 2ª reimpresión. Argentina, 1993, p.364

[8] *Vid.*, Jarach, D. 1982 *op. cit.*, p.33. Villegas H. 2001, *op. cit*., p.332. Valdés Costa, R., Curso de Derecho Tributario, Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá, 1996, p. 357.

[9] El Modelo de Código Tributario para América Latina fue preparado para el Programa Conjunto de Tributación OEA/BID. Organización de Estados Americanos. Washington, D.C. 1967. En las Sextas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario se analizó, declarándose un instrumento de alto valor científico a los fines de complementar la codificación en forma sistemática y ordenada de los principios generales del derecho tributario. Para mayor abundamiento, ver Carlos Giuliani Fonrouge. Derecho Financiero, volumen I. Quinta Edición Ediciones Depalma. 1993, p.61

derivados de actividades ilícitas,"[10] inducida por el enfoque teleológico financista, denunciado por Jarach.

La forma jurídica que, creemos, se "filtró" la tesis teleológica financista en la racionalidad legislativa del artículo 20 del modelo señalado, se verifica en nuestro entender, en el momento en que, el codificador otorgó, lo que hemos llamado *inmunidad a la obligación tributaria*[11], frente a todos los efectos que en otras ramas jurídicas pudieran tener los hechos o actos generadores de impuestos. Tal como lo reza, el aludido artículo:

> **Artículo 20**. La obligación tributaria no será afectada por circunstancias relativa a la validez de los actos o a la naturaleza del objeto perseguido por las partes, ni por los efectos que los hechos o actos gravados tengan en otras ramas jurídicas[12].

Por otra parte, y más recientemente, vale destacar, como asunto relacionado, esta forma jurídica de la racionalidad legislativa codificada en el artículo 20 del Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID-1967) fue perfectamente recepcionada en el artículo 12 del Modelo de Código Tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT-2015) A decir:

> **Artículo 12.** La obligación tributaria no será afectada por circunstancias relativa a la validez de los actos o a la naturaleza del objeto perseguido por

[10] Los enriquecimientos derivados de actividades ilícitas, lo conceptualizamos, como los originados de "todo acto o hecho contrario al derecho objetivo, considerado éste en su totalidad, esto es, no en relación a una determinada norma de derecho sino al conjunto de la legislación". Orgaz Alfredo. El Daño Resarcible Ed. Marcos Lerner, 1988., p. 9. Vale destacar, también incluyen el producto de "desviaciones, usos distintos no autorizado o extralimitaciones" que se haga de una actividad comercial, industrial o servicio no subsanables jurídicamente. Vid., Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 38.337 de fecha 16/12/ 2005, Artículo 3. Vid, también Navas, P., La Licitud Presuntiva en el Hecho Imponible del Impuesto Municipal sobre Actividades Económicas en Venezuela. Revista Tributum Nº 9/23 Versión Digital 9-33. Universidad Católica del Táchira, p. 23.

[11] El silogismo que acuñamos de la *inmunidad de la obligación tributaria* se trata del asunto en el cual el derecho tributario no distingue entre la legalidad e ilegalidad de un hecho o acto susceptible de generar obligación tributaria.

[12] *Vid.,* Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID-1967) p.25.

> las partes, ni por los efectos que los hechos o actos gravados tengan en otras ramas jurídicas[13].

Por lo que, pudiéramos decir, también, la tesis teleológica financista de la primera concepción del derecho tributario aludida y sostenida por la *inmunidad de la obligación tributaria* sugerida, fue homologada en el artículo 12 del modelo CIAT-2015 referenciado. Ello en razón, de haberse seguido los lineamientos originales del modelo codificador latinoamericano del año 1967. Entonces, de acuerdo con la racionalidad tributaria codificada en los artículos 20 y 12 de los modelos señalados, parece lógico deducir, que en el caso de flujos financieros generados de actividades valoradas ilícitas por otra disciplina del Derecho, causan impuesto, debido a una indiferencia de la obligación tributaria ante los hechos o actos que la generan.

Por consiguiente, consideramos, cuando el codificador latinoamericano del año 1967, legisló la racionalidad tributaria del artículo 20, dejando entre líneas la posibilidad de gravar las actividades ilícitas, sin duda, creemos, lo hizo por razones teleológicas de financiar erogaciones del Estado[14]. Pero, quizás, no se percató de "las posibles consecuencias jurídicas de la situación de hecho"[15] que se revelaría como objeto de la exacción pretendida. Tratándose así, de una imposición atípica[16] a la luz del principio sustantivo de legalidad tributaria[17]

---

[13] *Vid.,* Modelo de Código Tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT) Un enfoque basado en la experiencia Iberoamericana. Panamá, mayo 2015, p. 43

[14] Según la primera concepción del derecho tributario latinoamericano, señalado por Jarach

[15] Son palabras de Dino Jarach en su crítica a las legislaciones tributarias orientadas por el enfoque teleológico financista que hemos señalado. *Vid., op.cit*. 1993, p. 364.

[16] Decimos, "imposición atípica," porque se trata de una exacción sobre actividades antijurídicas sin ley tributaria que las regule. Escapan al principio ontológico y sustantivo de reserva legal. Su pretensión es gravar flujos financieros ilícitos de "economías ilegales o negras" "reprimidas" por el derecho y la moral e irreversibles jurídicamente. *Vid.,* Estudio de las Economías Ilícitas en Venezuela, capítulo I *ONG* Transparencia Venezuela, p.10. Se incluye, aquella imposición que se ejerce sobre actividades no licenciadas, es decir, sin autorización legal no subsanable. Y que se diferencian de aquellas sujetas en virtud de una licitud presuntiva. *Vid.,* Pedro B. Navas A., La Licitud Presuntiva en el Hecho Imponible del Impuesto Municipal sobre Actividades Económicas en Venezuela / en Revista Tributum N° 9/ 2023. Universidad Católica del Táchira. Venezuela.

[17] Invocamos, el pensamiento de José Luis Pérez de Ayala, respecto al principio de reserva de ley en materia tributaria: "el principio de reserva de ley exige el monopolio de la ley como fuente directa primaria del derecho tributario. Este principio manda que ningún tributo podrá establecerse, sino por norma con rango de tal. (…) Cualquiera que sea la conclusión que se adopte respecto a una reserva relativa o absoluta, no cabe duda dicho

De este modo, la racionalidad legislativa tributaria aludida, nos podría estar informando que todo enriquecimiento derivado de actividades ilícitas, está sujeto a imposición, como lo estarían igualmente los devenidos de actividades licitas. Ello, en razón de que, no hay distinción ni interés en cuanto a la licitud e ilicitud de los "hechos económicos"[18] que pudieran subyacer en ambos procesos de imposición. Suficientes para admitir una "capacidad contributiva" que haría posible la exacción.

Es nuestro, el criterio afirmar, que la tesis teleológica financista de la "primera concepción doctrinaria del derecho tributario latinoamericano,"[19] cuando propugna la "validez" de la imposición a las actividades ilícitas, solo por el "hecho económico,"[20] estaría haciendo nugatoria la "dimensión jurídica"[21] de esta imposición. Situación que la distingue

principio tiene implicaciones claras: supone la proclamación de que no puede existir lagunas en el ordenamiento legal constituido por el derecho escrito, es decir, no hay más impuesto (ni los existentes pueden exigirse sobre hechos, sujetos pasivos y cuantías) que los que resulten de la legislación tributaria positiva." Pérez de Ayala, J. L., (s.f.) Las Fuentes del Derecho Tributario y el Principio de Legalidad, p. 272.

[18] En el derecho tributario, según Giuliani Fonrouge, "predomina el hecho económico y hace factible y válida la imposición a las actividades ilícitas o las inmorales". *op. cit.,* p.464. Dino Jarach, por su parte expresa que "el tributo no atiende a la licitud o ilicitud de las actividades económicas- sociales, sino simplemente se adecua a la capacidad contributiva mediante la apreciación" Jarach D. Curso Superior de Derecho Tributario, 2ª Edición Buenos Aires, 1969 pp. 285 y 286. Amílcar de Araujo Falcão, cuando razona sobre la imposición a las actividades ilícitas afirma "lo importante para el Estado, es el uso que haga de sus tributos y no la circunstancia de que considere ridícula o repugnante la fuente de que procede (…), tratando de afectar igualmente la capacidad económica del contribuyente, sin falsos preconceptos o ingenuos pruritos de sentimentalismo ridículo en cuanto a la licitud de la actividad que constituya el hecho generador del tributo." Falcão A., El Hecho Generador de la Obligación Tributaria, Editorial Depalma. 1964, p. 65.

[19] Ver supra n. 2

[20] Carlos M. Giuliani Fonrouge, afirma que el ius privatismo y la propia doctrina privada rechazan la imposición de actividades ilícitas o inmorales, cuestión que no parece igual cuando se trata del derecho tributario latinoamericano. "En este predomina el hecho económico y hace factible y válida la imposición de actividades ilícitas o inmorales." Giuliani Fonrouge, C., *op. cit.,* p. 464

[21] En su teoría de la "construcción jurídica del impuesto" Sainz de Bujanda, F. señaló: "Mas esta construcción corre también el riesgo de sucumbir o de debilitarse bajo los embates de las corrientes científicas que sitúan preferentemente la imposición en el marco de las disciplinas económicas. ¿Es que por ventura podría tal vez replicarse no tiene el impuesto una realidad económica? ¡Sin duda la tiene! Lo que ocurre sencillamente es que, además, tiene una dimensión jurídica, y si ésta se pierde o se relega a un segundo plano, la esfera de la libertad económica del individuo, amparada por los ordenamientos jurídicos(…) corre el riesgo de transformarse en una pura ilusión" Sainz de Bujanda, F. Estado de Derecho y Hacienda Pública, s.f., p.208.

como contradictoria en el plano sustantivo del derecho tributario; y que parece haber sido eludida por la doctrina tributaria latinoamericana[22].

Pero, esta tesis, también nos hace pensar, respecto del acto de la determinación tributaria[23] que pudiera ser ejercido sobre un enriquecimiento derivado de actividades ilícitas. En el caso de aceptarse de manera pacífica la "validez" propugnada por la doctrina, una duda aún persistiría ¿Cómo ejercer el acto de determinación tributaria?

¿Será reglado? o por defecto insubsanable ¿Será un acto discrecional? Si la doctrina versada y autorizada ha dicho: "la determinación tributaria es un acto reglado y no discrecional que se encuentra abarcado por el principio de legalidad tributaria y con el que, se reafirma en un caso concreto, la voluntad abstracta de la ley"[24], entonces, el acto de determinación del

[22] Así lo dejó entrever Dino Jarach, cuando razona sobre el impuesto que grava la actividad de prostitución: "Es el ejemplo más grueso de un caso de esta naturaleza, de actividades al margen del derecho, apenas toleradas, pero por cierto no reconocidas como relaciones jurídicas que, sin embargo, están sometidas a gravamen". Jarach, D. Curso Superior de Derecho Tributario, 2ª Edición. Liceo Profesional Cima, Buenos Aires, 1969 pp. 283 y ss. En este sentido Giuliani Fonrouge, C., también expresa su preocupación: "No puede ocultarse que existen discrepancias en la doctrina, especialmente en cuanto a la naturaleza o carácter de la ilicitud." *op. cit.*, p. 464

[23] Villegas, H., define la "determinación tributaria" como "el acto o conjunto de actos dirigidos a precisar, en cada caso particular, si existe una deuda tributaria ("an debeatur"); en su caso, quién es el obligado a pagar el tributo al fisco (sujeto pasivo) y cuál es el importe de la deuda ("quantum debeatur"). El catedrático afirma: "el rígido sometimiento de la potestad tributaria al principio de la legalidad, también se extiende a la determinación, el cual es un procedimiento íntegramente reglado, con abstención total de valoraciones discrecionales sobre conveniencia o utilidad a cerca del acto emanado. *op. cit***.,** pp. 329, 331 y 332. Para Jarach, la determinación tributaria, es el acto por medio del cual culmina el procedimiento administrativo de determinación de la obligación tributaria. "Es un acto de la administración fiscal por medio del cual se reafirma en un caso concreto la voluntad abstracta de la ley, reconociendo la existencia de un hecho imponible en sus diferentes aspectos". *op. cit.*, pp.435 y 436. Siguiendo con Giuliani Fonrouge, la determinación de la obligación tributaria, es "una operación posterior a las circunstancias o presupuestos de hecho previstas en la ley de forma objetiva y general de cuya producción deriva la sujeción al tributo, mediante la cual la norma de la ley se particulariza, se adapta a la situación de cada persona que pueda hallarse incluida en los presupuestos fácticos previstos." *op. cit.*, p.491. Por último tenemos a Valdés Costa, para quien el acto de determinación "no crea el derecho, el que ya había nacido con el acaecimiento del hecho previsto en la ley, y tiene efectos jurídicos variables según cada legislación, declarando la existencia y cuantía hasta entonces en estado potencial o de inercia. Es un acto reglado y no discrecional, la administración solo tiene facultad de interpretar y aplicar la ley que impone una obligación." *op. cit.*, pp.356 y 357

[24] *Vid.*, supra, n. 23, los dichos de Villegas, H.

quantum impositivo de actividades ilícitas, en nuestro entender, también configuraría una antinomia[25] en el campo del derecho tributario formal o administrativo latinoamericano[26].

Llegados a este punto, se plantea la necesidad y pertinencia de realizar un estudio documental interpretativo, reflexivo y crítico de algunas posiciones teóricas que registra la doctrina tributaria latinoamericana del asunto de la discrecionalidad tributaria[27] y de la imposición a las actividades ilícitas. El objetivo es, argumentar una juridicidad[28] que legitime

[25] Cuando decimos "antinomia", la razonamos de la siguiente manera: si en virtud del enfoque teleológico financista del derecho tributario de perseguir y capturar de forma frenética y perspicaz el impuesto, sin importar los efectos de los hechos o actos que lo generan, porque lo que interesa es obtener recursos para que el Estado financie sus erogaciones, entonces, lo importante de una actividad ilícita (al igual que la licita) para ser objeto de imposición, es su contenido económico, aun cuando no cumpla con el principio de legalidad tributaria que de manera insoslayable exige el propio derecho tributario material o sustantivo latinoamericano, y que se extiende al procedimiento de determinación tributaria. Esta contradicción fue evidenciada por Dino Jarach, cuando razonó sobre el impuesto que grava la actividad de prostitución, como una de las actividades al margen del derecho, "no reconocidas como relaciones jurídicas" pero "sometidas a gravamen". Jarach, D., *op.cit*, 1969 Pp. 283 y ss. Giuliani Fonrouge, C., la expresa cuando afirma: "No puede ocultarse que existen discrepancias en la doctrina, especialmente en cuanto a la naturaleza o carácter de la ilicitud." *op. cit*., p. 464

[26] Al respecto Valdés Costa dijo: "el derecho tributario formal es un complemento normal y necesario para la correcta aplicación del derecho tributario material". *op.cit.,* p. 355. Villegas H., dijo, el derecho tributario formal "es el complemento indispensable del derecho tributario material por cuanto contiene las normas que la administración fiscal utiliza para comprobar *("accertare")* si corresponde que determinada persona pague determinado tributo, y en su caso, cuál será el importe que por tal concepto le corresponderá percibir. *op.cit*., p.325. El jurista Dino Jarach, afirmó: " Contrapuesto al Derecho Tributario Sustantivo o Material aunque ligado con él por razones teleológicas, se encuentra del *Derecho Tributario Formal o Administrativo* como conjunto de normas y principios que rigen la actividad de la administración pública en lo referente a los tributos". Jarach, D. *op. cit*., 1993, p. 366.

[27] A pesar de que, el estudio está circunscrito a la doctrina tributaria latinoamericana, nos interesa analizar algunas posiciones emblemáticas de la doctrina tributaria española que permiten verificar el estado actual del asunto de la discrecionalidad tributaria, muy controvertido por cierto.

[28] Juridicidad, asumimos este término tomado del derecho administrativo para distinguirlo como un "supraprincipio que desborda o sobrepasa ampliamente la conformidad de las actuaciones administrativas con la ley". Y que en nuestro criterio pudiera suplir eficazmente una inexistencia del "principio de legalidad tributaria", en el caso de la imposición a los enriquecimientos derivados de actividades ilícitas por aquello de hacerse nugatoria su dimensión jurídica, por prevalencia de la dimensión económica. El administrativista Hugo Caldera Delgado en relación a la "juridicidad administrativa", nos dice: "Entre los principios generales de derecho, el de juridicidad administrativa ocupa un lugar preeminente." "Más que un principio de derecho, constituye un supraprincipio, en atención a que es la fuente originaria de una variedad de series de principios de derecho público, los cuales, pese a su validez intrínseca, a su especificidad y cuasiautonomía, no son sino facetas de aquél." Para el profesor de la Universidad de Chile, "todos los principios generales de derecho público se resumen en el supraprincipio de juridicidad," el cual, según sus dichos, "ha sido erróneamente denominado de legalidad". Al respecto vale también destacar lo afirmado por el profesor Hugo Caldera, cuando aclara la diferencia entre juridicidad y legitimidad: "Estos dos conceptos presentan una aparente identidad. Sin embargo, existen diferencias sustanciales entre ellos. La legitimidad se relaciona con el fundamento político que sirve de base a la autoridad llamada a ejercer la potestad pública". Es decir, según sus dichos, será legítima la administración pública en cuanto sus autoridades sean nombradas de acuerdo a los procedimientos políticos y formales que establezca la constitución y las leyes. Pero para que las actuaciones de las autoridades

la imposición y determinación tributaria de enriquecimientos derivados de actividades ilícitas irreversibles, cuya regulación implícita, creemos, se encuentra en la racionalidad legislativa codificada en el artículo 20 del Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID-1967) y artículo 12 del Modelo de Código Tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT-2015) respectivamente.

I. LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL Y EL DERECHO TRIBUTARIO LATINOAMERICANO

Hemos considerado iniciar el estudio con algunas consideraciones teóricas sobre la visión doctrinaria que se ha venido sosteniendo de la discrecionalidad en el derecho tributario. Por ello, nos interesan algunas posiciones emblemáticas de la doctrina tributaria española que permiten ver el "estado de la cuestión" que pudieran coadyuvar al logro del objetivo planteado. En este sentido de acuerdo con las palabras del catedrático de la Universidad de Barcelona, Rosembuj (s.f.), "la actividad discrecional de la Administración Tributaria, constituye uno de los temas más interesantes de la materia". Ello se debe a "las resonancias que ha despertado" el tema en aspecto "sustanciales del derecho tributario", fundamentalmente el que refiere al ámbito de "actuación del principio de legalidad". Sin embargo para este autor, la discrecionalidad tributaria, "no ha recibido el tratamiento pormenorizado que merece por parte de la doctrina clásica" (p.41)

Estas mismas ideas, las encontramos en el pensamiento de Uriol Egido (2002) quien en un emblemático e interesante estudio de la discrecionalidad en la doctrina tributaria española, señala: "El estado de la cuestión entre nuestra doctrina es vacilante. Nos encontramos con posturas que niegan su existencia; otras reconocen la presencia de la misma; y finalmente existen autores que la admiten, dentro de ciertos límites, sin ningún tipo de problemas. No obstante, advertimos ya, son escasos los específicos estudios que sobre la discrecionalidad en el derecho tributaria se han producido" (pp.42 y 43)

administrativas sean "válidas" se requerirá que las mismas sean conforme a las competencias y atribuciones comprendidas en el principio de juridicidad. *Vid.,* Caldera, H. Juridicidad, Legitimidad y Principios Generales de Derecho. Revista de Derecho Público.1992, pp. 127, 129 y 130.

No obstante para la profesora Uriol Egido, la potestad de discrecionalidad administrativa está siempre limitada en un "doble sentido". Primero, por la ley tributaria que regula los elementos esenciales del tributo en cuyo contexto "no cabe discrecionalidad" porque se trata de la vigencia y aplicación de la propia voluntad de la ley. Segundo, por la vía de "la naturaleza de la propia potestad", es decir, partiendo de la premisa de que "toda potestad es siempre una potestad limitada porque viene atribuida por una norma del Derecho Positivo, entonces no es una facultad absoluta y como tal, puede ser controlada por los tribunales". (p.49)

En este hilo de ideas, el jurista Ramallo Massanet (1995), señala que la discrecionalidad "en muchos casos", para quienes la admiten en el derecho tributario, se constituye en un "fenómeno de la misma ley tributaria, cuando no es plena o completa". En esta situación, se "dejan zonas discrecionales y no regladas", se apelan al establecimiento de "conceptos jurídicos indeterminados o normas en blanco", los cuales pueden ser "llenados con distintos contenidos". Se trata de un hecho, en la que, la propia ley tributaria, "nos coloca ante supuestos de hechos o elementos del hecho imponible inciertos", cuyas pruebas de concreción pudieran ser también contradictorias" (p. 79)

Por otro lado, para quienes piensan en una ausencia de discrecionalidad en el derecho tributario sustantivo; y siguiendo con la referencia doctrinaria española, se tiene a Calvo Ortega (1970) quien afirma que tal ausencia estriba en dos "causas fundamentales": Se trata la primera en una "presión normativa o de principios sobre la producción jurídica" y en segundo lugar debido a la "inexistencia en la normativa financiera" concretamente en el campo del derecho tributario de "conceptos jurídicos indeterminados". Para este autor, el principio de reserva de ley "limita la discrecionalidad" porque primero, "supone un límite cuando, exige que sea la ley, la que fije los elementos esenciales del tributo" y segundo, porque el principio de reserva legal, también presupone la "inexistencia de situaciones atípicas en la realidad concreta que regula". En este sentido, el autor en cita, establece que, "en el derecho tributario se da una propensión a la tipicidad que no puede ser predicada de otras actividades administrativas" (pp. 144 y 147)

Frente a este razonamiento de precisión o tipicidad que debe darse en el derecho tributario, tenemos el razonamiento del jurista Endicott (2001) para quien "el derecho es necesariamente vago" y en consecuencia "la precisión no es necesariamente deseable". Este autor expresa, que si bien es cierto, "la precisión ofrece ciertos beneficios que normalmente están asociados al imperio de la ley" por cuanto "reduce la duda y el desacuerdo", también es cierto que, "debido a estos beneficios del imperio de la ley, la precisión va a restringir la discrecionalidad de los funcionarios en la aplicación del Derecho". Es decir, "la precisión de limites disminuye la capacidad del Derecho para dar efecto a los fines que persigue". Sin embargo el jurista citado, no rechaza "los beneficios de las precisiones asociadas al imperio de la ley", las considera "genuinas", salvo que, "conllevan un precio que puede ser o no ser excesivo, razón por la cual la precisión no es generalmente un objetivo de la legislación" (pp. 180-182)

Ahora bien, en este contexto la doctrina tributaria latinoamericana contiene algunos registros a cerca de la discrecionalidad en el derecho tributario material o sustantivo, que se caracterizan por una firmeza en cuanto al rechazo o no admisión del instituto en cuestión. Al respecto tenemos que el catedrático Jarach (1993), quien inspirado en una cita del administrativista italiano, Cino Vittta y adaptándola magistralmente al razonamiento tributario, expresó:

> La administración fiscal no posee poderes discrecionales y la ley determina precisamente cuando, en cuales casos y en cual medida ella puede recaudar un tributo sobre la riqueza privada; por ello, la autoridad fiscal actúa con la finalidad de aplicar las leyes impositivas y erraría quien creyese que aquella está intuida para hallar dinero para el Fisco, conformándose a los preceptos que las leyes han establecido han respecto. (p.364)

Igualmente Jarach (1982) en su obra *El Hecho Imponible*, cuando teoriza sobre el derecho tributario sustantivo frente al derecho administrativo, señaló lo siguiente:

> Precisamente porque la actividad de la administración tributaria es absolutamente reglada, en ella el acto de voluntad en que se concreta la determinación del hecho imponible y del tributo frente a los contribuyentes o responsables es secundaria frente a la actividad lógica de juicio, con que

> se determina si en el caso concreto se ha verificado para los sujetos el hecho previsto en la ley, esto es, con que se establece la existencia de una concreta voluntad de ley. La actividad que se acostumbra llamar administrativa en que la determinación consiste es prevalecientemente actividad de juicio y la voluntad de la administración no es sino la reafirmación de la voluntad de la ley. (p. 33)

El tributarista uruguayo Valdés Costa (1996) quien comulga con la posición doctrinaria de Jarach, en una oportunidad señaló: "La administración solo tiene facultades de interpretar y aplicar la ley que impone una obligación. Por lo tanto es siempre impugnable por el interesado". (p.357).

Otro referente doctrinario del asunto de la discrecionalidad en el derecho tributario sustantivo latinoamericano, se tiene en García Belsunce (1994) quien haciendo un razonamiento sobre su *teoría de la delegación legislativa en materia tributaria*, nos recuerda "un artículo publicado en el Diario la Prensa el día 02 de junio de 1959" en el que hizo una sustancial advertencia que toca en nuestro criterio, la ratio essendi del derecho tributario material o sustantivo latinoamericano[29]. A decir:

> Invocando razones de mayor agilidad del sistema tributario y de mejor y más rápida adecuación de la acción administrativa a las necesidades en el campo económico y financiero, se ha ido paulatinamente subestimando el principio de legalidad tributaria para otorgar al poder administrador facultades normativas dentro del ejercicio del poder fiscal. Pareciera que la rigidez de las normas (…) va ofreciendo con el transcurso del tiempo, la inmutabilidad y permanencia consiguiente de las mismas (…) y la creencia de que el poder administrador, por sus condiciones naturales de funcionamiento y administración, es quien está en las mejores condiciones de apreciar las necesidades financieras del Estado, son todas circunstancias que van influyendo en lo que hemos dado en llamar crisis del principio de legalidad tributaria, frente al auge de las facultades discrecionales de la administración en la materia. (…) (Pp. 4 y 5)

[29] Cuando decimos ratio essendi del derecho tributario sustantivo o material, invocamos la razón de ser (ontológica) de la disciplina, es decir, hacemos referencia a su autonomía dogmática que le otorga autonomía "didáctica y funcional" más no científica e independiente. Ver Villegas H., Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. Tomo único. Séptima Edición, 2001, p. 146.

Por otra parte, el jurista Villegas (2001) cuando razona sobre "la relación del derecho tributario con los conceptos e instituciones del derecho privado", deja entrever una idea a través de la cual advierte sobre la posibilidad en que la discrecionalidad tributaria pudiera también constituirse, como "fenómeno de la misma ley tributaria", cuando dicha ley, "no es completa o carece de plenitud."[30]. En este sentido, afirma:

> (…) Si la ley tributaria cree insuficiente una solución de derecho privado, debe alterarla normativamente, pero de lo contrario debe aplicarla tal cual es, sin creación artificial de argumentos o de supuestas "pautas interpretativas". De no ser así, queda abierta la puerta a interpretaciones "abiertas" que quitan firmeza al derecho y provocan una peligrosa inseguridad (p.152)

Siguiendo con el autor Villegas (2001) diríamos que, en relación con el tema de la "determinación de la obligación tributaria," ha sido muy enfático en rechazar algún tipo de discrecionalidad en razón de que, según sus dichos, la "determinación es un procedimiento íntegramente reglado y no discrecional dado que su desenvolvimiento no depende de ponderaciones de oportunidad o conveniencia". Para el tributarista, la regulación de la determinación de la obligación tributaria, "no da opción o libertad de elección entre varios resultados posibles", sino que por el contrario, "se requiere una solución única, que incluso puede ser objeto de control jurisdiccional". (p.332)

Aparte de los enfoques de no admisión de la discrecionalidad tributaria que propugna la doctrina que pudiéramos llamar "clásica latinoamericana", destaca una posición más reciente "reduccionista"[31] que se estaría aceptando, y que tendría su respaldo fuerte en el jurista Giuliani Fonrouge (1993) cuando afirma: "La doctrina rechaza la idea del proceder discrecional de la administración, admitiendo únicamente cierto margen de error, y en algunas situaciones un margen de discrecionalidad no de arbitrariedad." (p.510).

[30] Criterio de Ramallo Massanet, cuando afirma, "es la misma ley la que, al no ser plena (…) deja zonas discrecionales y no regladas, (…)". Crónica Tributaria, N º 76, 1995, p.79. Criterios que contrastan con el de Cesar García Novoa para quien "el ordenamiento tributario ni tiene ni puede tener pretensión alguna de plenitud, debiendo renunciar a un alto grado de concreción". García Novoa, C. Discrecionalidad en Materia Tributaria. Universidad de Santiago de Compostela- España, p.64

[31] *Vid.,* Rosembuj, T. *op.cit*., p.41

De seguida, referimos una reflexión crítica del investigador Wahn Werner Raphael (s.f.) del Centro de Estudio Tributarios de la Universidad de Chile, quien advierte de "las interpretaciones que amenazan al derecho tributario". En un estudio realizado sobre las distintas metodologías que ha sido objeto la interpretación del derecho tributario, el autor destaca la "interpretación extensiva", que considera ser, un método "grave que amenaza al derecho tributario" porque según sus dichos, "el interprete quedaría en absoluta libertad para decidir ir más allá de la ley", incluso "hasta donde esta no ha llegado, con la única vaga excusa de estar frente a una norma oscura, difusa o defectuosa." Este razonamiento del investigador citado, supone la no admisión de actos discrecionales en la persecución y captura del tributo, aun cuando la ley tributaria se torne "oscura, difusa o defectuosa". Por tanto, afirma el autor, que el "funcionalismo, la finalidad o la razón que deba llenar el tributo como recurso no puede justificar, en aras de su realización, la aplicación de la norma a supuestos de hechos no previstos en la misma". Hacerlo equivaldría a una "modificación del concepto de hecho imponible," (pp. 177,178)

En resumidas ideas, pudiéramos decir, el "estado de la cuestión" de la discrecionalidad en el derecho tributario latinoamericano[32] de acuerdo con los "dimes y diretes" doctrinarios, se desenvuelve entre posiciones teóricas fuertes que la rechazan tanto en el ámbito sustantivo como en el formal o administrativo en razón a la primacía de "la voluntad de la ley tributaria;" y porque "toda potestad discrecional será siempre una potestad limitada" debido a que "es atribuida por alguna norma del derecho positivo" del país de cual se trate. A estas posiciones de rechazo, se unen quienes creen que la ausencia de la discrecionalidad en el derecho tributario, es el resultado de la "presión de principios jurídicos," verbigracia, el "principio de legalidad o reserva legal."

Por otra parte, hay quienes admiten la discrecionalidad tributaria, ya sea de forma "reducida", o porque se trata de un "fenómeno de la propia ley tributaria" cuando "no es

[32] El catedrático Héctor Villegas, define la "discrecionalidad tributaria como "un campo de acción abierto a soluciones diferentes pero legítimas. Soluciones que deben ser elegidas conforme a valoraciones de oportunidad o conveniencia, según los objetivos deseados. Esto es, la facultad de opción entre diversas conductas posibles tanto fáctica como jurídicamente (…) dentro del amplio margen de apreciación del aplicador legal, cualquiera de sus decisiones será válida en tanto no implique desviación o abuso de poder." Villegas, H., *op. cit*. p.332

plena o completa" dejando "zonas abiertas a la discrecionalidad". Estas posiciones de admisión, consideramos, también pudieran constituir una afrenta para aquellas ideas que advierten y denuncian "el peligro que acecha al derecho tributario sustantivo" como por ejemplo una "interpretación extensiva" que podría ocasionar una "crisis del principio de la legalidad tributaria."[33] Ante este desconcierto teórico de la discrecionalidad tributaria en la doctrina latinoamericana, se presenta la problemática de la imposición atípica que hemos señalado; y que se personifica en una sujeción de actividades ilícitas irreversibles jurídicamente.[34] Y respecto de lo cual, consideramos, la doctrina no apreció el acto o el procedimiento mediante el cual se haría efectiva esta variedad de imposición, extraña para el derecho tributario sustantivo latinoamericano.

Siendo así, pensamos, es un desacierto para la doctrina tributaria latinoamericana, admitir y desear una imposición de la que "nada dice" de su legalidad y del acto de determinación del referido impuesto. Si los procesos impositivos de una actividad lícita e ilícita, se asimilan por su contenido económico, jamás y nunca podrán igualarse en virtud del acto que los impone y determina. Si el acto reglado o vinculado de una imposición y determinación tributaria, solo es posible en base a una ley tributaria preexistente que lo regule, entonces, la antinomia que denunciamos, hace imposible que un enriquecimiento derivado de una actividad ilícita pueda ser objeto de aprehensión por medio de un acto reglado o vinculado.

Por ende, no queda otra alternativa que asumir la premisa de que, la imposición a las actividades ilícitas, en la que, el derecho tributario material o sustantivo latinoamericano,

[33] Horacio A. García Belsunce, señala, que las administraciones fiscales contemporáneas en América Latina han venido aumentando su intervencionismo, (…) lo que ha implicado un aumento de sus facultades discrecionales y una subestimación del principio de legalidad tributaria, al punto que hemos llegado a denominar "la crisis del principio de legalidad." García B. Horacio A., La Delegación Legislativa. En Estudios de Derecho Constitucional Tributario. Ediciones Depalma Buenos Aires. 1994, Pp. 4,5. Giuliani Fonrouge, también lo dijo: "es indudable que hay una crisis general del principio, y una prueba de ello está en el desvío de poder de tributar, en forma directa o por medios indirectos mediante la delegación de facultades en el poder ejecutivo (…) *op. cit.,* p.335

[34] Decimos, actividades ilícitas irreversibles jurídicamente, porque se trata de actividades que por causa de su naturaleza, carácter o finalidad, no admiten subsanación formal o legal alguna, por ser apreciadas como delitos, otras como ilegitimas e ilegales por otra(s) disciplina(s) del Derecho distinta (s) al derecho penal.

no admite una "relación jurídica," y repudia todo intento de discrecionalidad, solo sería posible mediante actos discrecionales cuya juridicidad estaría fundada en una "legalidad superior administrativa,"[35] por defecto de legalidad tributaria. Se trataría de una discrecionalidad tributaria en el ámbito de las teorías "reduccionistas" aceptadas por la doctrina y en la fase[36] claramente diferenciada correspondiente al derecho tributario formal o administrativo.[37] Y en la que, se consideran los "aspectos dinámicos y formales" de la tributación, como lo es, el acto de la determinación tributaria.

II. DE LA JURIDICIDAD TRIBUTARIA DEL IMPUESTO A LAS ACTIVIDADES ILÍCITAS

La inmunidad de la obligación tributaria que hemos acuñado y que se estableció, en nuestro criterio, primitivamente en la racionalidad legislativa del artículo 20 del Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID-1967) y homologada más recientemente en el artículo 12 del Modelo de Código Tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT-2015), alegamos, hizo indiferente a la obligación tributaria frente a todo efecto legal o ilícito que se pudiera generar del "hecho económico" susceptible de imposición en virtud de la hipótesis jurídica de una ley tributaria. Pues bien, si se trata de una actividad ilícita, la indemnidad de la obligación tributaria y el criterio doctrinario, solo exige la verificación en el acaecimiento, de la existencia objetiva de un "contenido económico" para que sea válida la imposición. Es decir, nada cambia, es como si se tratara de una imposición a una actividad lícita o apegada a derecho. Pero, a diferencia de una y otra, la obligación tributaria que pudiera haber nacido de una actividad ilícita, debido a su carencia de legalidad tributaria, no podría ser posible su determinación en el contexto del propio derecho tributario Pues, como hemos dicho, se trata de una imposición atípica que configura antinomia en el ámbito del derecho tributario material y sustantivo; y que de admitirse la posición doctrinaria a cerca de la "prolongación del principio de legalidad

[35] *Vid.*, supra, n. 28
[36] Cuando decimos "fase", lo hacemos a manera del análisis didáctico para distinguir dos fases, una que tiene como núcleo central el nacimiento de la obligación tributaria y otra correspondiente a los "aspectos funcionales y dinámicos" de la determinación tributara. Valdés Costa *op.cit.,* p. 355.
[37] Vid., supra n. 26

tributaria a la fase de la determinación,"[38] no hay duda, la determinación de una imposición a las actividades ilícitas, actualizarían también en el derecho tributario formal o administrativo, otra antinomia. Este asunto de las antinomias de la imposición a las actividades ilícitas, nos lleva a la idea de buscar su "dimensión jurídica"[39] para intentar suplir la ausencia de una legalidad aun no resuelta, en nuestro criterio, por la doctrina tributaria latinoamericana[40].

Comenzamos por decir, la imposición a las actividades ilícitas, no fue apreciada explícitamente[41] por la comisión redactora[42] del Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID-1967). Ello a pesar, de haber sido justificada en el razonamiento motivador del artículo 20 que hiciera la ilustre comisión. A decir:

> **Artículo 20**. Este artículo acoge el principio aceptado por la doctrina autonómica del derecho tributario. La obligación nace con la realización del hecho generador, sea cual fuere su naturaleza, sin interesar su validez ni sus efectos en otras ramas jurídicas, ni la calificación moral que merezca, los enriquecimientos derivados de actividades ilícitas están sujetos a imposición; de lo contrario se consagraría desigualdades en perjuicio de las personas honestas que actúan dentro de la legalidad[43]

Esto nos llevó a intuir, que pudo haber quedada regulada de manera implícita en el artículo 20 del modelo e inspirada en la llamada "nueva doctrina del derecho tributario

[38] El catedrático Villegas, H., afirma: "el rígido sometimiento de la potestad tributaria al principio de la legalidad, también se extiende a la determinación, el cual es un procedimiento íntegramente reglado, con abstención total de valoraciones discrecionales sobre conveniencia o utilidad a cerca del acto emanado. *op. cit***.,** pp. 329, 331 y 332

[39] *Vid*., supra n. 21.

[40] En un registro teórico, el tributarista Giuliani Fonrouge, se preguntó lo siguiente: "¿Debe la ley gravar el resultado de operaciones que el Estado prohíbe o reprueba? ¿Es justo que el enriquecimiento con una actividad ilícita o inmoral resulte con mejor tratamiento fiscal que quien realiza actividades lícitas o morales? Luego dijo: "Tal es el dilema que se plantea en esta materia." *Vid., op.cit.,* p.464., *in fine.*

[41] En los 196 artículos que comprende el Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID-1967) distribuidos en cinco títulos, no existe ninguna norma codificada que tenga referencia con la categoría "actividades ilícitas".

[42] La Comisión redactora del Modelo de Código Orgánico Tributario para América Latina (OEA/BID-1967), fue designada en fecha 10 de junio de 1964 por la Dirección Ejecutiva del Programa Conjunto de Tributación de la Organización de Estados Americanos y del Banco Interamericano de Desarrollo (OEA/BID) y estuvo integrada por los juristas Carlos María Giuliani Fonrouge (Argentina) Rubens Gomes de Sousa (Brasil) y Ramón Valdés Costa (Uruguay)

[43] *Vid.,* Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID-1967), p. 24

latinoamericano."[44] Esta implicitud pudiera estar demostrando, la duda razonable que se pudo haber tenido, ante una imposición que no estaría bien argumentada ante la legalidad tributaria. Pues, la motivación de la "imposición de los enriquecimientos derivados de actividades ilícitas", nada dijo, del principio de legalidad tributaria, y se motivó con fundamento en el principio de igualdad tributaria[45].

Esta apreciación que hacemos, también, nos induce a pensar, que "la imposición a los enriquecimientos derivados de actividades ilícitas", fue motivada y justificada doctrinariamente como un acto de justicia e igualdad[46] que se impuso por encima del principio de legalidad tributaria, como una forma de resarcir un agravio a quienes son objeto de imposiciones por causa de enriquecimientos devenidos de actividades lícitas[47]. Así parece haberlo demostrado los razonamientos de los catedráticos Dino Jarach y Araujo Falcão, en la oportunidad que les correspondió razonar sobre la posibilidad de que las actividades ilícitas pudieran ser o no objeto de imposición.

[44] Palabras de Dino Jarach, cuando señaló: "uno de los primeros puntos de vista sostenidos por la nueva doctrina, especialmente en materia de derecho tributario**,** ha sido el siguiente: que el carácter de las actividades sometidas a impuesto no depende de la validez o invalidez jurídica, a los efectos del derecho privado, ni de su licitud o ilicitud." *op. cit.* 1993, p. 404.

[45] Sobre el principio de igualdad, Werner Wahn, dijo: "el principio de equidad radica medularmente en la igualdad ante la misma ley tributaria de todos los sujetos pasivos de un mismo impuesto, quienes en tales condiciones deben recibir un tratamiento idéntico (…) Wahn, P., Werner R., Interpretaciones que amenazan el Derecho Tributario. Universidad de Chile. Legislaciones Tributarias Aplicadas. (s.f.) p. 181. El Tribunal Supremo de Justicia Venezolano. Sala Politico-Adminstrativa y Tributaria en Sentencia Nº 00436 de fecha 15/03/2007, dijo: El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, opera en dos planos diferentes; por una parte, como igualdad 'en' la ley o como prohibición expresa al legislador de distinguir en forma irrazonable o arbitraria, tratando de manera distinta situaciones iguales, o creando sin fundamento fáctico un supuesto diferente. Por otra parte, como igualdad en la 'aplicación' de la ley, prohibiendo, bien sea a los órganos administrativos o a los judiciales, que ante supuestos de hechos iguales apliquen consecuencias jurídicas distintas (…)

[46] Así creemos, razonó la Comisión redactora cuando dijo: "(…) los enriquecimientos derivados de actividades ilícitas están sujetos a imposición; de lo contrario se consagraría desigualdades en perjuicio de las personas honestas que actúan dentro de la legalidad". *Vid.,* supra motivación del artículo 20 del modelo.

[47] Asumimos el concepto de "licitud" para decir que, los enriquecimientos devenidos de actividades lícitas, es el producto de las actividades económicas desarrolladas de "manera legal, permitidas social y moralmente." "La licitud, es un concepto más amplio que el de la legalidad". Ver Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Argentina., p.434.

Al respecto Jarach (1969) señaló que "la doctrina jurídica en materia tributaria" asumió una máxima del emperador Vespasiano[48], quien en una oportunidad dijo: "*el dinero no huele"*. En base a esta máxima, el jurista expresó:

> (…) se puede obtener de actividades limpias o sucias, porque el tributo no atiende a la licitud o ilicitud de las actividades económico-sociales, sino, simplemente, se adecúa a la capacidad contributiva a través de un criterio político de apreciación". Si el criterio político es, por ejemplo, el de gravar el resultado económico de todas las actividades humanas, **resultaría contradictorio que las actividades ilícitas no pagasen tributos y se violarían otros principios constitucionales más importantes, como el principio de igualdad**. Los que cumplen con las leyes pagarían los impuestos, y los que las violan, o actúan al margen del derecho con actividades poco limpias, o simplemente toleradas, o delictuosas, estarían exentos. Los que viven del lenocinio, del robo sistemático y profesional y de otras actividades de la misma naturaleza, como también los que contravienen las leyes del agio y de la especulación, no deben estar exentos del impuesto que grava los resultados de las actividades que son definidas por su contenido económico, y no por su licitud o ilicitud. (Pp. 285 y 286) (Resaltado Nuestro)

En esta misma línea de ideas y bajo la invocación de la misma máxima del aludido emperador, Falcão (1964) dijo:

> De esta manera el emperador romano quiso significar que el dinero no tiene olor, importando esencialmente al Estado el uso que haga de sus tributos y no la circunstancia de que considere ridícula o repugnante la fuente de que procede. Claro está que en su versión actual las expresiones han perdido el contenido cínico de la anécdota, para impregnarse de elevado sentido ético, **cual es el de procurar afectar igualmente la capacidad económica del contribuyente**, sin falsos preconceptos o ingenuos pruritos de sentimentalismo ridículo en cuanto a la licitud de la actividad que constituya el hecho generador del tributo**.** (p.65) (Resaltado Nuestro)

El catedrático Giulianni Fonrouge (1993) cuando razona el asunto de la imposición a las actividades ilícitas, formula la siguiente interrogante: "¿Debe la ley gravar el resultado de operaciones que el Estado prohíbe o reprueba?" Sin embargo, la evidente contradicción que

[48] Tito Flavio Vespasiano, emperador romano (69-96) d.c. Consultar en Página Web Wikipedia.

revela y que coincide con nuestra tesis de la antinomia de esta imposición atípica, el jurista trata de disuadirla mediante otra interrogante, pero en sentido contrapuesto. "¿Es justo que el enriquecimiento con una actividad ilícita o inmoral resulte con mejor tratamiento fiscal que quien ejerce actividades lícitas o morales?" (p. 464) El catedrático, en esta ultima interrogante, creemos, aludió la institución de la justicia, como una forma de reiterarla en la imposición a las actividades ilícitas a través del principio de igualdad tributaria[49].

Conforme a estos razonamientos de los catedráticos en referencia, tres deducciones podemos establecer: 1.- Revelan convicciones doctrinarias acerca del "contenido económico" como causa "válida" de la imposición a las actividades ilícitas 2.- Hay plena coincidencia con la Comisión redactora de haberse motivado la imposición a las actividades ilícitas, en el principio de igualdad para hacer justicia tributaria. 3.- Actitud silente y coincidente con la Comisión redactora en relación al asunto de la legalidad o "dimensión jurídica" del referido impuesto.

Ahora bien, la convicción doctrinaria indicada en la primera deducción señalada, al igual que, la motivación del artículo 20 del Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID-1967), en nuestra opinión, omitieron la sustentación jurídica[50] de esta imposición y como bien se dice, en la deducción tercera. Tal omisión, creemos, vulnera la "validez" que la propia doctrina propugna a la imposición de los enriquecimientos derivados de las actividades ilícitas, ello, en virtud a su "contenido económico" como causa. Si el interés del tributo, no está, en la licitud e ilicitud de la actividad que lo genera, sino en el

[49] La institución de la justicia, de acuerdo con lo que Ronald Dworkin denominó "el aguijón semántico" la categoría "igualdad", es la más cercana al significado de justicia, así lo dejó entrever el filósofo del Derecho, cuando dijo: "(…) la mayoría de los filósofos de la justicia (…) Su principal tarea no consiste en tratar de enunciar el concepto de justicia(…) sino en desarrollar y defender legitimas concepciones de justicia(…) El filósofo liberal se opone al impuesto a las ganancias y el filósofo igualitarista pide una mayor redistribución, porque sus concepciones de justicia difieren." Dworkin, R, El Imperio de la Justicia. Editorial Gedisa, S.A., trad. Claudia Ferrari, 2ª Edición. Barcelona España.2012, p.64. .Gustav Radbruch, dijo: "la esencia de la justicia es la igualdad". Introducción a la Filosofía del Derecho, Breviario 42, Fondo de Cultura Económica, cuarta reimpresión, México, p. 33

[50] Cuando decimos "sustentación jurídica" nos referimos a "legalidad" "dimensión jurídica" y más ampliamente al concepto de "juridicidad".

"hecho económico"[51] o en el "criterio de apreciación de la capacidad contributiva,"[52] porque al fin, lo importante es, "el uso que el Estado haga de sus tributos,"[53] entonces, nos peguntamos: ¿Cómo "apreciar una capacidad contributiva" inmersa en una situación fáctica cuya hipótesis jurídica no existe, porque no hay ley tributaria que la establezca? ¿Cómo ejercer una imposición en la que, el derecho tributario "no admite una relación jurídica"?

Por otra parte, se destaca la deducción segunda con plena coincidencia entre las partes para justificar la motivación de la imposición a las actividades ilícitas, fundada en el principio de igualdad en la búsqueda de justicia tributaria. Una motivación que equiparó dos situaciones distintas y distantes: una ilícita con otra lícita, igualadas, según nuestro criterio, por el principio de justicia inmerso en el llamado "bloque jurídico o de la legalidad,"[54] y del que se "deriva el principio de legalidad administrativa y tributaria."[55].

De igual modo, dentro de este contexto analítico y en línea seguida corresponde revisar los cuatro (4) "comentarios" que hicieran los catedráticos tributarista[56] de la codificación literal de la racionalidad legislativa prevista en el artículo 20 del Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID-1967) en el artículo 12 del Modelo de Código Tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT-2015)

[51] Son palabras de Giuliani Fonrouge. *Vid*., supra, n. 18

[52] Son palabras de Dino Jarach. *Vid.,* supra, la cita.

[53] Son palabras de Araujo Falcão, *Vid.,* supra, la cita. Las mismas demuestran nuestra tesis de la "filtración" del enfoque teleológico financista. *Vid.,* p. 3 de la presente literatura.

54 El bloque jurídico, "es el conjunto de las reglas jurídicas preestablecidas, contenidas en la Constitución, las leyes normativas, los decretos-leyes, los tratados, los reglamentos, las ordenanzas y demás fuentes escritas del derecho, y los principios no escritos que informan el ordenamiento jurídico", al que las autoridades administrativas deben "ceñirse de manera obligatoria." Vid., en Lares Martínez, E., Manual de Derecho Administrativo, 7ª Edición. UCV. Caracas. 1988, p.179. Víctor R, Hernández Mendible, en relación con el principio de legalidad señaló que este principio "entendido" como lo expresó Hauriou Mauricio: "bloque de la legalidad", lo integran las normas expedidas por entes internacionales y supranacionales que válidamente suscritas y ratificadas por la República, las leyes nacionales, los decretos dictados por el Ejecutivo Nacional, la Constitución, los textos jurídicos que definen las atribuciones de los órganos que ejercen el poder público (…)". Vid., Los Principios Jurídicos que justifican el Control por la Justicia Constitucional y Ordinaria. CIJur. Revista Sumario, 24/07/2020, p. 5 Vid., también, Gá de Enterría y Fernández. 1988, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, 4ta ed., 1988, p. 413.

[55] Palabras de Víctor R, Hernández Mendible, *op. cit.,* p.6.

[56] *Vid.,* Modelo de Código Tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT-2015) p.16

El primer "comentario" refiere a la "desvinculación" que se hace de la obligación tributaria, respecto de la "validez, licitud o inmoralidad de los hechos o actos que se encuadran en el presupuesto de hecho del tributo para que surtan efectos tributario"[57]. En otras palabras, la obligación tributaria no tiene ningún vínculo con la invalidez de un acto, la ilicitud o inmoralidad de hechos potenciales generadores de capacidad contributiva, por lo que, la imposición a las actividades ilícita desde esta óptica teórica, es perfectamente susceptible de imposición. En este sentido, "bastaría" verificar el "hecho económico" de una actividad ilícita para que se haga exigible el tributo, sin interesar cualquier calificación del mismo. Todo lo cual permite inferir, la indemnidad que dispensa a la obligación tributaria de todo efecto "ilícito o de invalidez" que pudieran originarse de los hechos o actos que la generan.

El segundo "comentario" trata del objetivo pensado de la racionalidad tributaria homologada, como lo es, el "de impedir que la obligación tributaria se eluda mediante prácticas por defecto de forma o fondo que pudieran acarrear la anulación de la misma"[58]. Para el codificador interamericano, "si un hecho o negocio se ha realizado y tiene efectividad, se entiende que se ha manifestado capacidad económica y por tanto, debe ser objeto de gravamen." No cabe duda que bajo esta premisa, también estarían sujetas a imposición las actividades ilícitas. El "comentario" tercero, es una excepción a la regla general que impone *la inmunidad de la obligación tributaria*. Es decir, solo en caso de "supuestos de anulación, rescisión o resolución de actos jurídicos la obligación tributaria que se genera, no podrá ser exigible"[59].

En otras palabras y en el caso que nos ocupa, la "subsistencia de la consecuencia tributaria" no tendría lugar cuando se anula o se hace inexistente el negocio jurídico. Por tanto, tal premisa no aplicaría a las actividades ilícitas, por cuanto, estas por su propia naturaleza, carácter o finalidad siempre estarán al margen del derecho.

[57] *Ibídem.,* Artículo 12 Numeral 1
[58] *Ibídem,* Artículo 12 Numeral 2
[59] *Ibídem,* Artículo 12 Numeral 3

Por último, tenemos el cuarto "comentario," que destaca por su mayor aporte al asunto de la imposición a las actividades ilícitas. Al respecto, consideramos, el codificador interamericano del año 2015, fue más explícito sobre el asunto, cuestión que no ocurrió con el codificador latinoamericano del año 1967. De manera, de acuerdo con el razonamiento tributario expresado en este "comentario", la imposición a los flujos financieros derivados de actividades ilícitas, "solo será procedente cuando la sanción penal del caso o la responsabilidad civil imputada, no absorba el ilícito fiscal."[60] Es decir, en las actividades ilícitas, no habrá "subsistencia de la consecuencia tributaria" cuando las mismas, al ser objeto del derecho penal o civil, sean estos derechos, quienes también resuelvan en el mismo acto, "la cuestión fiscal" mediante el "comiso o devolución de las ganancias obtenidas".

Por lo contrario, y siguiendo con el cuanto "cometario," si el acto sancionatorio penal o civil, es insuficiente o no es capaz de hacer posible la "devolución de los ingresos ilícitos", entonces "si corresponderá declarar fiscalmente los incrementos patrimoniales producto de las actividades ilícitas, en aplicación del principio de igualdad que prohíbe un tratamiento fiscal más favorables a quien viole el derecho que a quien lo respete." Pues bien, este último razonamiento, nos remite al razonamiento doctrinario y al acto motivador del artículo 20 del modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID-1967) que hiciera la comisión redactora, cuya dupla, como se ha dicho, motivó y justificó la imposición a las actividades ilícitas en el principio de igualdad para hacer justicia tributaria. Sin embargo, dos acotaciones nos corresponden hacer de este "comentario" que junto a los otros tres, coadyuvó a justificar la homologación que se hiciera de la racionalidad tributaria.

1.- El codificador tributario interamericano en el primer supuesto, desiste del procedimiento tributario de imposición y determinación tributaria para que sea el derecho penal o civil, quien aprehenda mediante el "comiso" o el acto de declaración de la responsabilidad civil, los flujos financieros derivados de actividades ilícitas. Bajo este supuesto, el ilícito fiscal se subsume en el delito penal o en la responsabilidad civil a que

[60] *Ibídem.,* Artículo 12 Numeral 4

haya lugar. Por lo que, de ser el caso, se quita una acción de naturaleza tributaria, por otra, que la sustituye y en la que no habrá garantía, de que el ingreso que se perciba sea considerado como un ingreso de naturaleza tributaria.

2.- Cuando en el segundo supuesto, el codificador tributario interamericano, sugiere "la declaración fiscal de los incrementos patrimoniales de los ingresos" producto de una actividad ilícita, implícitamente pudiera estar admitiendo una legalidad de flujos financieros ilícitos. Por cuanto, la exacción se haría sobre un monto consolidado de ingresos que incluye ingresos lícitos e ilícitos, justificándose así la imposición, por intermedio del principio de igualdad para equiparar dos situaciones distintas y distantes. Correlativamente se trataría de un acto de determinación tributaria reglado o conforme a derecho en el que se liquida un ingreso que es contrario a derecho.

Llegados a este punto, pudiéramos colegir de forma parcial y resumida que las actividades ilícitas, conforme a los razonamientos del doctrinante tributario justificador de la racionalidad legislativa tributaria codificada originalmente en el artículo 20 del modelo latinoamericano de 1967 y reproducida de forma literal en el artículo 12 del modelo interamericano del 2015, están sujetas a imposición por una homologación que la doctrina y del pensamiento tributario latinoamericano, han hecho del potencial impuesto sobre actividades ilícitas en virtud del principio de igualdad en la búsqueda de justicia tributaria, entre "contribuyentes-delincuentes o infractores"[61] y contribuyentes honestos y responsables[62].

Ahora, pensamos, esta homologación, no resuelve el asunto de la antinomia de esta imposición atípica explicitada en páginas anteriores. En este sentido, creemos, necesario

[61] Expresión del autor Adelqui David Ariel Lema, quien señala: "(…) en este trabajo se pretende abordar la repercusión y/o incidencia de los beneficios de actividades ilícitas, pero sólo cuando nos encontramos con, valga la expresión, un delincuente-contribuyente, es decir, cuando analizamos si este es sujeto pasivo por la actividad ilícita, por el mismo desarrollada." Ariel L., Adelqui D., Las Actividades Ilícitas No están Sujetas a Tributación, a veces. UNLM-IEFPA, 2011, p. 14.

[62] "El pago del impuesto permite homologar las conductas ilegales de sujetos pasivos deshonestos e irresponsables con las conductas de contribuyentes honesto y responsable". *Vid.*, Navas A., Pedro B., La Licitud Presuntiva en el Hecho Imponible del Impuesto Municipal sobre Actividades Económicas en Venezuela. Revista Tributum N° 9/ 2023 Universidad Católica del Táchira. Venezuela., p. 31

recurrir a la asistencia del derecho administrativo por intermedio del "bloque jurídico o de legalidad," en la búsqueda de una legalidad administrativa para una relación jurídica que el derecho tributario no puede atender. Por consiguiente, y conforme a esta apelación, pensamos, todo acto de la administración fiscal con interés en perseguir y capturar impuestos derivados de actividades ilícitas, será jurídicamente válido por tutela de este "bloque." Allí se encuentra el derecho tributario como disciplina jurídica integrante de la "unidad del Derecho."[63] Esta integración, es lógica y razonable, porque "existe la obligación de las autoridades administrativas de ceñirse a este bloque, cuando sus actos carecen de vida jurídica" debido a que "no tienen un texto legal que los sustenten"[64]. En consecuencia, el principio constitucional de justicia que permea[65] el "bloque jurídico" puede hacer legitima y justa la exacción. En palabras del administrativista Lares Martínez[66], es una legalidad que, a pesar de no estar establecida de manera expresa en el derecho positivo, "se admite por interpretación lógica de la estructura democrática de las Constituciones y leyes de los Estados

[63] Para Héctor Villegas este principio tiene connotación universal. Cuando analiza el "orden jurídico como unidad," afirma: "(…) el derecho es una técnica especifica de organización social compuesta por un conjunto de normas que relacionadas entre sí y unificadas, conforman un sistema del que deriva un cierto orden jurídico (…) Pero es condición indispensable para que este orden cumpla debidamente su misión que él funcione como una unidad y que no encierre contradicciones dentro de sí mismo" (…) Villegas, H. *op. cit.*, p. 151. Carlos M. Giuliani Fonrouge, expresó: "Ahora más que nunca es palpable, la interconexión entre las distintas disciplinas (…) He aquí, pues, el concepto de autonomía: una rama del derecho que disponga de principios generales propios y que actúe coordinadamente, en permanente conexión e interdependencia, con las demás disciplina, como integrante de un todo orgánico (unidad del derecho)". Giuliani Fonrouge, Carlos, M. *op. cit.*, p 35.

[64] Así quedó establecido en una Sentencia de la Corte Federal de Venezuela dictada en fecha 17 de julio de 1953, publicada en la Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 1, p.151, en relación al principio de legalidad de los actos administrativos.

[65] El jurista Gustavo Zagrebelsky, señaló, como los principios constitucionales, podrían permear el ordenamiento jurídico de un país, hasta regular casos concretos. Según sus dichos: "Los principios del derecho desempeñan una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas. Los principios operarían para perfeccionar el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función regaladora que tiene atribuida" (…) Así también para "superar las dudas interpretativas, colmar lagunas y resolver contradicciones de otro modo irresoluble". Zagrebelsky, G. El Derecho Dúctil, Ley, derecho y justicia. Trad. Marina Gascón. Editorial Trotta. Segunda Edición. Madrid. 1997. p. 117. El autor Pedro B. Navas A., en su teoría de la Permeabilidad de Derechos Constitucionales en Venezuela, expresa: ¨La Constitución política de un Estado, no sólo es, su contenido escrito o codificado, fuera del derecho constitucional escrito, hay extensas zonas de la vida política, social, económica y cultural que también son reguladas de manera sobrevenida, en virtud de principios y valores que propugna el orden constitucional". Navas, P. (2019) La Permeabilidad de la Libertad Económica y Propiedad en Venezuela. Editorial Académica Española. OmnisCriptum. Riga, Letonia, p. 76.

[66] Lares Martínez, E. *op. cit.*, p. 179

modernos, en el sentido de que cada una de las actuaciones administrativas requiere vinculación legal."

En esta línea de ideas argumentativas, sería dable entonces pensar, se trata de una juridicidad[67], de la imposición de actividades ilícitas, según la perspectiva teórica del "postulado" de Sainz de Bujanda, F. (s.f.)[68] cuando estableció su tesis de la "construcción jurídica del impuesto," en la que, nos enseña que "el estado de Derecho exige que el impuesto discurra por cauces legales." Esta juridicidad que hemos sugerido, permite en nuestro entender, que la causa económica de la imposición, sea legítima en la fase de la determinación del tributo. Por tanto, el asunto quizás sería como lo dijo el catedrático en cita: "Se trata de una cosa más lógica: construir jurídicamente el impuesto, partiendo de su realidad económica, pero dándole sustantividad jurídica." (Sainz de Bujanda, F. (s.f.) pp. 208 y 209, *in fine*)

De manera que, la administración fiscal en virtud a esta juridicidad, estaría legalmente habilitada para ejercer la determinación tributaria mediante un acto librado a criterios de oportunidad o conveniencia[69] para hacer justicia tributaria por la afrenta ocasionada a contribuyentes legales y honestos. Y como una forma de resarcir a la sociedad los perjuicios ocasionados por infractores y delincuentes que realicen actividades ilícitas irreversibles[70] en

[67] Tomamos también, lo dicho por Adolf Merkl, "El principio de juridicidad de la administración consiste en la relación necesaria que debe existir entre Administración y derecho." Merkl, Adolf: Teoría General del Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Derecho Privado, 1935, p. 2012.

[68] Sainz de Bujanda, F., (s.f.) Estado de Derecho y Hacienda Pública, pp. 208 y 209

[69] Dino Jarach, afirma que el término "oportunidad, es característico para indicar el contenido de las facultades discrecionales". *op. cit*., 1993 p. 370. Cesar García Novoa, señala: "La discrecionalidad supone un margen de libre elección por la Administración entre varias posibilidades igualmente ilícitas." *op. cit.,* p. 66. Para Tulio Rosembuj, la discrecionalidad, "es la ponderación comparativa de diversos intereses secundarios en orden a un interés primario, según juicio de oportunidad". Rosembuj T. (s.f.) Apuntes sobre la Discrecionalidad en el Derecho Tributario. Publicado en Documento Nº 527 del Centro Interamericano de Estudios Tributarios de la Organización de Estados Americanos CIAT- OEA, p.51. Para el constitucionalista venezolano Allan R. Brewer –Carias, "la discrecionalidad administrativa se manifiesta en el ejercicio de aquellas actividades de la Administración en las cuales el legislador le concede al funcionario determinados poderes de apreciación de la oportunidad y conveniencia de su actuación. Brewer –Carias. Algunos Aspectos del Control Judicial de la Discrecionalidad en Venezuela. Panamá, septiembre 2009., p. 107.

[70] Ejemplos de actividades ilícitas irreversibles: el robo, la estafa, juegos clandestinos, el contrabando, tráfico de droga, así como los derivados de "actividades en pugna con la moral," como, la prostitución y el proxenetismo. *Vid.,* Giuliani Fonruoge, F., *op.cit*., p.464. También, se incluyen operaciones comerciales, industriales o de servicios, no licenciadas legalmente para ejercer la actividad. *Vid.*, Navas P., La Licitud

países latinoamericanos[71] que asumieron la racionalidad legislativa tributaria prevista en el artículo 20 del Modelo OEA/BID-1967 y ratificada de manera literal en el artículo 12 del Modelo CIAT-2015.

No obstante, también, consideramos, el acto de oportunidad o conveniencia en el que se subsuma un enriquecimiento derivado de una actividad ilícita como situación fáctica ocurrida en la vida real, sea o no, irreversible, será también un acto vinculado al "bloque jurídico o de la legalidad" en razón de que, "todo poder discrecional debe emanar también del propio ordenamiento jurídico,"[72] cuyo único límite, sería la arbitrariedad e injusticia.[73] Pero, además de ello, existe una razón general y abstracta impregnada en toda ley tributaria, y es que, la autoridad administrativa, no puede desligarse del "interés público" que apremia toda "recaudación de tributos."[74] La razón de fondo, creemos, haberlas demostrado mediante el enfoque teleológico financista del derecho tributario latinoamericano, cuando persigue y captura impuestos en virtud a una *inmunidad de la obligación tributaria* en la que se

Presuntiva en el Hecho Imponible del Impuesto Municipal sobre Actividades Económicas en Venezuela. Revista Tributum N° 9/ 2023 Versión Digital 9-33. Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal. Venezuela.

[71] *Vid.,* Giulianni Fonrouge, *op. cit.,* p.61

[72] *Vid.*, Lares Martínez, *op.cit.,* p.185. Tulio Rosembuj, también lo dijo: "(…) los poderes discrecionales se legitiman por ser conferidos por el ordenamiento jurídico. (…)" *op. cit.,* p.51 Eduardo García de Enterría, señala: "todo poder discrecional debe ser atribuido previamente por un ordenamiento jurídico." En este sentido, "no hay discrecionalidad en ausencia o al margen de la Ley." Ello en virtud a lo que denominó "vinculación positiva de la Administración al principio de legalidad". García de Enterría E., Democracia, Jueces y Control de la Administración. Cuarta Edición Ampliada. Editorial Civitas. pp. 143 y 144.

[73] En una sentencia de la antigua Corte Federal de Venezuela de fecha 24 de febrero de 1956 publicada en la Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 11, 1956, p. 28, se dijo lo siguiente: "la discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la Administración nacional, estadal o municipal, no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su fin"... Para Tulio Rosembuj, los poderes discrecionales, "no son poderes arbitrarios ni al margen de la ley. *op. cit.,* p.51. Para mayor abundamiento y claridad sobre el asunto, Andrea Amatucci, nos dice: "El ejercicio de la potestad tributaria no debe proceder de un albedrío de la autoridad estatal, sino que está sujeto a los principios de la equidad y de la justicia." La Enseñanza del Derecho Tributario en Italia y España. FORO Revista de Derecho Nº 1 UASB-Ecuador/CEN, Quito, 2003, p. 133.

[74] El jurista Tulio Rosembuj, afirmó "en materia tributaria acontecen momentos vinculados y discrecionales que surgen del derecho positivo" (…) "toda potestad de imposición esta disciplinada en todo sus aspectos por la ley tributaria (…)". Pero "se pudiera admitir un margen muy reducido de actividad discrecional a los efectos de poder alcanzar el deseado interés público". *op.cit.,* pp. 41 y 42. Dino Jarach, cuando argumenta la ontología del derecho tributario sustantivo en virtud de su presencia en una ley tributaria, que no es el caso de la imposición a las actividades ilícitas, pero que nos ilustra por interpretación en contrario, expresa: "(,,,) no se niega que las autoridades administrativas en el procedimiento de la determinación *("accertamento")* actúen para el interés público de la recaudación de los tributos; pero su actividad es más actividad de juicio, actividad lógica, que actividad de voluntad". *Vid.,* op. cit. 1982, p. 31.

impregnó solo el interés de obtener recursos para financiar el Estado, por aquello de las llamadas "necesidades públicas." En consecuencia, creemos, que la imposición a las actividades ilícitas, es un claro ejemplo, para que la doctrina más versada y autorizada, deba admitir una teoría de discrecionalidad tributaria que hace posible su determinación en el campo del derecho tributario formal o administrativo latinoamericano, en base a la juridicidad que se ha sugerido y argumentado en el presente estudio.

CONCLUSIONES

Finalmente, nos corresponde expresar algunas ideas concluyentes que resumimos en los siguientes términos:

1. El derecho tributario latinoamericano está concebido bajo el enfoque teleológico financista que propugna de manera exclusiva y excluyente la persecución y captura del impuesto por una indemnidad que "bendice" y protege a la obligación tributaria. En este caso, lo que prioriza es la obtención de recursos financieros para un Estado que debe "satisfacer necesidades públicas." Bajo este enfoque financista, el derecho tributario de la región, se transforma en una "guía" de la administración fiscal, pensada ésta, como "máquina recaudadora de tributos", ya sea por medio de actos tributarios reglados o actos tributarios discrecionales. Esta concepción y orientación de la disciplina tributaria, en nuestra opinión, permeó la racionalidad legislativa tributaria sustantiva del artículo 20 del Modelo OEA/BID, 1967 y el artículo 12 del Modelo CIAT-2015. Y en la que creemos, quedó regulada de manera implícita una imposición atípica patrocinada y admitida por la doctrina para aprehender un impuesto que se presume causado por enriquecimientos derivados de actividades ilícitas, en aquellos países latinoamericanos que recepcionaron la racionalidad legislativa aludida, verbigracia, Venezuela[75]. En consecuencia, esta racionalidad tributaria, indujo, a considerar de las actividades ilícitas, solo su dimensión económica, omitiendo atender, en nuestro criterio, el asunto de la dimensión jurídica del impuesto. Esta conducta silente de la doctrina, hizo par con el silencio también guardado sobre el asunto por parte de

[75] *Vid.,* Código Orgánico Tributario de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.507 Extraordinario de fecha 29/01/2020. Articulo 15

la comisión redactora del modelo OEA/BID, 1967 en el acto motivador del artículo 20. Por lo que, apreciamos, se generó una antinomia en estado subrepticio verificable en el repudio que hace el derecho tributario de la naturaleza jurídica de las actividades ilícitas, al mismo tiempo que, la doctrina más versada y autorizada, admite y propugna su exacción, por causa de hechos económicos que permiten la "subsistencia de la consecuencia tributaria" y son considerados suficientes para validar toda imposición a una actividad ilícita irreversible.

2. La imposición y determinación tributaria de los flujos financieros derivados de las actividades ilícitas de acuerdo con el Modelo de Código Tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT-2015) quedó condicionada a un supuesto del tipo penal o civil, cuya ocurrencia supone la inclusión del ilícito fiscal en el acto del "comiso" o de la declaratoria de la responsabilidad civil para hacer efectivo la acreencia tributaria. Lo cual, en nuestro pensar, tal inclusión, no garantiza la calificación de ingreso tributario. No obstante, si el ilícito fiscal, no fuese considerado en los actos de naturaleza penal o civil señalados, entonces el codificador tributario interamericano, sugiere "la declaración fiscal de los incrementos patrimoniales de los ingresos" producto de actividades ilícitas. Lo cual, en nuestro pensar, pudiera estar demostrando una legalidad de flujos financieros de naturaleza ilícita, que se homologan con flujos financieros lícitos. Se justifica así, la imposición por principio de igualdad para equiparar dos situaciones distintas y distantes, pero no se resuelve la antinomia del acto de determinación tributaria reglado o conforme a derecho en el que se liquida un ingreso que es contrario a derecho.

3. La imposición a los enriquecimientos derivados de actividades ilícitas, por causa de su contenido económico, será siempre igual, como si se tratase de una imposición lícita o apegada a derecho. Sin embargo, intuimos, cuando la posición doctrinaria, así como la propia motivación que se hizo del artículo 20 del Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID, 1967), omitieron o guardaron silencio sobre el asunto de la juridicidad o "dimensión jurídica" de esta imposición atípica, creemos, su motivo pudo haber sido, la apelación que hicieran en sus operaciones mentales a la teoría del derecho por principio[76] y

[76] *Vid.,* Zagrebelsky, G., op. cit., cap. 6, p.109

así tratar de salvar un equívoco particular y reduccionista de la racionalidad tributaria latinoamericana. En este sentido el principio universal de justicia con fundamento en su esencia de equidad, hizo que se igualaran dos situaciones distintas y distantes y así justificar un gravamen a las actividades ejercidas por delincuentes- contribuyentes[77], ante conductas honestas y responsables de sujetos contribuyentes[78].

4. La omisión del asunto de la juridicidad de la imposición a las actividades ilícitas, pensamos, vulneró la "validez" que la doctrina versada y autorizada propugna de la imposición, basada solo en el contenido económico haciendo ilusoria su "dimensión jurídica." Ante esta insuficiencia doctrinaria marcada por una antinomia sustantiva en el derecho tributario latinoamericano, se sugirió recurrir a una legalidad administrativa que ofrece el "bloque jurídico o de legalidad" de cada país latinoamericano receptor de la racionalidad legislativa tributaria contenida en el artículo 20 del modelo codificador latinoamericano. Una legalidad superior que el derecho administrativo a reconocido como "juridicidad administrativa" para distinguirla como "supraprincipio que desborda o sobrepasa ampliamente la conformidad de las actuaciones administrativas con la ley"[79] y que, en nuestro criterio, suple eficazmente, la ausencia revelada de legalidad tributaria en la imposición a los enriquecimientos derivados de actividades ilícitas.

5. La "juridicidad administrativa" sugerida, en nuestra opinión, legitima a la administración fiscal para ejercer la determinación del quantum impositivo de los enriquecimientos o flujos financieros ilícitos en el contexto del derecho tributario formal o administrativo. Acto que se llevará a cabo, mediante una potestad de la autoridad tributaria, librada a criterios de oportunidad y conveniencia para hacer justicia, ante contribuyentes legales, honestos y responsables. En este sentido se trata de acto tributario discrecional y autónomo que aprecie siempre y de forma separada e independiente el ilícito fiscal, ajeno a todo procedimiento civil o penal. Los desagravios que los delincuentes o infractores le deben a la sociedad por causa de sus actividades ilícitas irreversibles, deben ser resarcidos no solo

[77] *Vid., supra n. 61*
[78] *Vid., supra n. 62*
[79] *Vid.,* Caldera, H., Juridicidad, Legitimidad y Principios Generales de Derecho. Revista de Derecho Público.1992, en nota 28.

en virtud de una sanción penal, civil o moral, sino también, por una presión tributaria permanente para cada ilícito fiscal que se actualice y como un principal que guíe lo accesorio en materia tributaria.

6. Finalmente, sugerimos en línea con todas las ideas aquí expresadas y argumentadas, una acción del legislador positivista de cada país que haya asumido en su codificación orgánica tributaria, la racionalidad legislativa prevista en el artículo 20 del Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID, 1967) y en el artículo 12 del Modelo de Código Tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT-2015) para que, en virtud a su espíritu y propósito, construya una regulación especial de la imposición a los flujos financieros derivados de actividades ilícitas irreversibles en el campo del derecho tributario formal o administrativo. Por tal razón rechazamos el criterio expresado en el "comentario" número 4 del artículo 12 del modelo codificador interamericano del año 2015, por cuanto, bajo este supuesto, se trataría de una flagrante homologación de dinero ilícito incorporado a la legalidad mediante una "declaración fiscal" en la que se liquidarían junto a otros ingresos de procedencia licitas o apegadas a derecho. Una racionalidad legislativa tributaria de las actividades ilícitas como integrante de la disciplina tributaria, es hoy una impostergable necesidad para cada país de la región latinoamericana. Vale mencionar, la existencia de organizaciones intergubernamentales e instituciones internacionales especializadas, que se han visto en la urgente necesidad de "prestar mayor atención, a los flujos financieros ilícitos, por ser considerados un obstáculo clave y determinante para el desarrollo económico regional."[80]

[80] *Vid.*, Informe 2021 de Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes. Cap. I Los Flujos Financieros Ilícitos relacionados con el Tráfico de Drogas y sus repercusiones en el Desarrollo y la Seguridad., p. 2. También *Vid.*, Banco Mundial, "Illicit Financial Flows (IFFs)", 7 de julio de 2017; y Fondo Monetario Internacional, folleto informativo, "The IMF and the fight against illicit and tax avoidance related financial flows", 8 de marzo de 2021.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amatucci, A., La Enseñanza del Derecho Tributario en Italia y España. FORO Revista de Derecho Nº 1 UASB-Ecuador/CEN, Quito, 2003.

Ariel Lema, A.D., Las Actividades Ilícitas no están sujetas a la Tributación, a veces. UNLM-IEFPA, 2011.

Becker, A.A., (1998) Teoría geral do Direito Tributário, 3. ª ed., SP, Brasil.

Brewer –Carias. Algunos Aspectos del Control Judicial de la Discrecionalidad en Venezuela. Panamá, septiembre 2009.

Banco Mundial, "Illicit Financial Flows (IFFs) 7 de julio de 2017.

Calvo Ortega, R. Consideraciones sobre los Presupuestos Científicos del Derecho Financiero", Hacienda Pública Española, n. º 1, 1970.

Caldera, Delgado, H., Juridicidad, Legitimidad y Principios Generales de Derecho. Revista de Derecho Público.1992

Código Orgánico Tributario. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.507 Extraordinario de fecha 29/01/2020

Corte Federal de Venezuela (CFV) Sentencia del 17 de julio de 1953 publicada en Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 1, Caracas. 1953.

Corte Federal de Venezuela (CFV) Sentencia del 24 de febrero de 1956 publicada en la Gaceta Forense, 2ª etapa, Nº 11, Caracas, 1956.

Dworkin, R, (2012) El Imperio de la Justicia. Editorial Gedisa, S.A., trad. Claudia Ferrari, 2ª Edición. Barcelona España.

Endicott, T, El Derecho es necesariamente Vago. Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. ISSN: 1133-0937. VIII (12) (Ene-dic. 2003) http://hdl.handle.net/10016/3717

Falcão, A., (1964) El Hecho Generador de la Obligación Tributaria, Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina

Fondo Monetario Internacional, Folleto Informativo, The IMF and the fight against illicit and tax avoidance related financial flows, 8 de marzo de 2021.

Giuliani Fonruoge C. (1993) Derecho Financiero Ediciones Depalma. Buenos Aires. Quinta Edición. Argentina.

García Belsunce, H. A., (1994) Estudios de Derecho Constitucional Tributario. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Argentina.

García Novoa, C. Discrecionalidad en Materia Tributaria. Universidad de Santiago de Compostela- España, (s.f.)

García de Enterría E., (s.f.) Democracia, Jueces y Control de la Administración. Cuarta Edición Ampliada. Editorial Civitas.

García de Enterría y Fernández. (1988) Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, 4ta Edición. Editorial Civitas.

Guerrero Orozco, O. (2010) Principios de Administración Pública. Compilación y Estudio Introductorio. Fondo de Cultura Económica. México. Reimpresión.

Hernández Mendible, V., Los Principios Jurídicos que justifican el Control por la Justicia Constitucional y Ordinaria. Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de Buenos Aires. (Cijur mpba) Sumario, 24/07/2020

Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes. Cap. I Informe. Los Flujos Financieros Ilícitos relacionados con el Tráfico de Drogas y sus repercusiones en el Desarrollo y la Seguridad. 2021.

Jarach, D. (1993), Finanzas Públicas y Derecho Tributario. Argentina Editorial Cangallo. Segunda Edición.

Jarach, D. (1982) El Hecho Imponible. Tercera Edición. Editorial Abeledo- Perrot. Argentina.

Jarach D. (1969) Curso Superior de Derecho Tributario, 2ª Edición. Liceo Profesional Cima, Buenos Aires. Argentina.

Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela Nº 38.337 de fecha 16/12/ 2005.

Lares Martínez, E. (1988) Manual de Derecho Administrativo, 7ª Edición. UCV. Caracas. Venezuela

Modelo de Código Tributario OEA/BID. Unión Panamericana. Secretaría General, Organización de Estados Americanos, Washington, D.C. 1967.

Modelo de Código Tributario del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT) Un enfoque basado en la experiencia Iberoamericana. Panamá, mayo 2015.

Merkl, Adolf (1935) Teoría General del Derecho Administrativo, Madrid, Ed. Derecho Privado.

Navas A, Pedro B., La Licitud Presuntiva en el Hecho Imponible del Impuesto Municipal sobre Actividades Económicas en Venezuela. Revista Tributum Nº 9/23 Versión Digital 9-33. Universidad Católica del Táchira. Venezuela.

Navas A, Pedro B. (2019) La Permeabilidad de la Libertad Económica y Propiedad en Venezuela. Editorial Académica Española. OmnisCriptum. Riga, Letonia, 2019

Osorio, M. (2019) Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. Argentina.

ONG¨S Transparencia Venezuela. Economías Ilícitas en Venezuela. Capítulo I. Año 2021

Orgaz Alfredo. El Daño Resarcible Ed. Marcos Lerner, 1988.

Pérez de Ayala, J. L., (s.f.) Las Fuentes del Derecho Tributario y el Principio de Legalidad, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, nº 122, 1976.

Torres Heleno. (2007) Derecho Tributario y Derecho Privado. Marcial Pons. Buenos Aires, Argentina.

Rosembuj, T. (s.f) Apuntes sobre la Discrecionalidad en materia tributaria. Centro Interamericano de Estudio Tributarios de la Organización de Estados Americanos /CIAT-OEA)

Ramallo Massanet, J. La Eficacia de la Voluntad de las Partes en las Obligaciones Tributarias, Crónica Tributaria, n. º 76, 1995.

Radbruch, G. (s.f.) La justicia proyectada sobre el caso concreto y el hombre concreto, recibe el nombre de equidad. Introducción a la Filosofía del Derecho, Breviario 42, Fondo de Cultura Económica, 4ta reimpresión, México.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Politico-Adminstrativa y Tributaria. Sentencia Nº 00436 de fecha 15/03/2007. Venezuela.

Sainz de Bujanda, F. (s.f.) Estado de Derecho y Hacienda Pública.

Uriol Egido, C. La Discrecionalidad en el Derecho Tributario: Hacia la elaboración de una Teoría del Interés General. Instituto de Estudios Fiscales. Doc. Nº 29/02. Oviedo. España.

Villegas, H. (2001) Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. Tomo Único, Séptima Edición, Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina.

Valdés Costa, R. (1996) Curso de Derecho Tributario, Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá.

Wahn P. Werner, R. Interpretaciones que amenazan al Derecho Tributario. Tendencias Actuales y Análisis Crítico. Centro de Estudios Tributarios (CET) Universidad de Chile. (s.f.)

Zagrebelsky, G. (1997) El Derecho Dúctil, Ley, derecho y justicia. Trad. Marina Gascón. Editorial Trotta. Segunda Edición. Madrid. España.

LA SUSTITUCIÓN DE PATRONOS: CONTINUIDAD Y CAMBIO EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

Victorino Márquez Ferrer

Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) con Maestría en Leyes en la Universidad de Harvard. Ha sido profesor de pre y posgrado en la UCAB, en el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA) y en la Universidad Nacional de la Fuerza Armada. Es árbitro de la Cámara de Comercio de Caracas y de la Cámara Venezolano-Americana de Comercio (VENAMCHAM).

Resumen: Este artículo analiza las implicaciones de la sustitución de patronos bajo el derecho venezolano. La enajenación de la empresa, entre otras operaciones, desencadena el traspaso automático de los trabajadores al comprador o nuevo patrono. El trabajador involucrado en una transferencia de la empresa no tiene el derecho de continuar su empleo con el vendedor o antiguo patrono. Para que se configure la sustitución de patronos es indispensable que haya transferencia de los activos en operación. La mera transferencia o cesión de personal no acarrea la transferencia automática de los trabajadores, requiriéndose en estos casos el consentimiento del trabajador. Si bien el adquiriente de una empresa debe respetar en principio la condición laboral más favorable que arrastran los trabajadores, la jurisprudencia tiende a aceptar una mayor latitud del empleador a la hora de introducir cambios a las condiciones laborales en el marco de un contexto transaccional.

Palabras clave: Sustitución de patrono. Cesión de trabajadores. Transferencia de trabajadores. Transferencia automática. Notificación y derecho de resistencia. Continuidad laboral. Condición laboral más favorable. Cambio en las condiciones laborales. Venta de empresa. Solidaridad laboral.

EMPLOYER SUBSTITUTION: CONTINUITY AND CHANGE IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP

Abstract: This article analyzes the implications of the change of employer under Venezuelan Law. A transfer of business, among other transactions, triggers the automatic transfer of the employees to the new owner. Employees may not challenge the transaction as such but may retire with cause following the transaction. The employee that is involved in a transfer of business may not continue its employment with the seller. Transfer of business requires the effective transfer of a going concern including the assets. The mere transfer of employees from one entity to another does not constitute a change of employer and requires the employee's consent. While the acquirer must abide by the employment terms and conditions granted to the employees by the previous owner, case law acknowledges a wider latitude to the new owner to vary labor conditions in context of a transaction.

Keywords: Transfer of business. Change of employer. Automatic transfer. Sale of assets. Bulk sale of assets. Transfer of employees. Labor continuity. Change of labor terms and conditions. Notice of the change of employer. Right to reject the transfer. Joint and several liability of seller and buyer.

Victorino Márquez Ferrer

I. INTRODUCCIÓN: CONCEPTUALIZACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN DE PATRONOS

La sustitución de patrono es una novación subjetiva del deudor de las obligaciones laborales (patrono) por imperativo de la ley[1].

La sustitución impone la subrogación del nuevo patrono (cesionario o sustituyente) en los derechos y obligaciones derivados de un contrato de trabajo celebrado entre el patrono anterior (cedente o sustituido) para proteger a los trabajadores con ocasión de un negocio mercantil celebrado entre el nuevo patrono y el patrono anterior.

Afirmamos que la sustitución de patronos impone la subrogación del nuevo patrono pues esa subrogación opera *ex lege* en interés de los trabajadores, sin que sea necesario el consentimiento del nuevo patrono. Pero en la medida que los trabajadores tampoco pueden oponerse ni afectar de forma alguna el negocio jurídico subyacente que da origen a la sustitución (por ejemplo, una compraventa de la empresa), limitándose su margen de maniobra a (i) aceptar la sustitución o (ii) dar por extinguida la relación de trabajo en forma justificada, *la sustitución de patronos resulta igualmente impuesta a los trabajadores*. De allí que la ley venezolana, al referirse a la sustitución de patronos, utiliza el imperativo "existirá"[2].

[1] En el presente artículo, nos referimos a la novación, no como la figura típica del derecho común, sino con los matices propios que adquiere esta figura en el derecho laboral. En el derecho común, la novación objetiva supone la extinción de la obligación primitiva y el nacimiento de una nueva obligación; y la novación subjetiva supone un cambio de deudor que tiene por efecto la liberación del deudor anterior. En la sustitución de patronos, en cambio, el deudor anterior o patrono sustituido no queda liberado y es solidariamente responsable por cinco años. Las obligaciones asumidas por el patrono sustituyente no son nuevas sino las mismas asumidas en su momento por el patrono sustituido. Más apropiado sería hablar de una cesión de contratos por mandato de la ley, pero este término puede prestarse a la confusión de dos figuras -la sustitución de patronos y la cesión de trabajadores- que tienen un parentesco, pero, a la vez, sutiles diferencias que las distancian, como veremos en este ensayo. Concurrimos en este sentido con Villasmil quien afirma "que el fundamento de la sustitución de patrono no puede buscarse en los principios o normas del derecho común, pues se trata de una institución propia del Derecho del Trabajo, cuyo fundamento descansa en los principios de continuidad y conservación de la relación de trabajo, que emergen y adquieren sustancia a partir de la naturaleza protectora y de orden público de la normativa laboral, Villasmil Briceño, Fernando: *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo* (Caracas: Librería Europa Costa Verde, 2000), pp. 163.

[2] Artículo 66: Definición de sustitución de patrono o patrona:
"*Existirá* sustitución de patrono o patrona cuando por cualquier causa se transfiera la propiedad, la titularidad de una entidad de trabajo o parte de ella, a través de cualquier título de una persona natural o jurídica a otra, por cualquier causa y continúen realizándose las labores de la entidad de trabajo aun cuando se produzcan modificaciones". (Resaltado añadido)

Como veremos en el curso de este ensayo, el ordenamiento laboral venezolano opta por una solución binaria ("el trabajador o bien presta servicios para el nuevo patrono o se retira") y ello es predicable no sólo en el caso de la venta o transmisión total de la empresa sino también en los casos de ventas parciales de unidades productivas autónomas. En efecto, la permanencia del trabajador al servicio del anterior patrono no es una opción plausible en el ordenamiento legal venezolano.

Es en esta ausencia de capacidad de decisión del patrono sustituto y en la limitada capacidad de decisión del trabajador objeto de la sustitución donde radica la diferencia fundamental entre la sustitución de patrono y la cesión o transferencia de trabajadores contemplada en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 2006[3] ("el Reglamento de 2006").

La cesión de trabajadores se configura como una auténtica cesión de contrato que requiere el consentimiento triangular de las tres partes involucradas en la cesión (el del patrono cedente, el del patrono cesionario y el del trabajador cedido). De particular relevancia resulta el consentimiento del trabajador de prestar servicios, de forma definitiva y por tiempo indeterminado, por cuenta de un nuevo patrono. El consentimiento del trabajador es expresado desde su posición de acreedor de las obligaciones de la relación de trabajo con respecto a su patrono, que puede ver afectada la calidad de su crédito por la aparición de un nuevo deudor (el nuevo patrono), con una ecuación patrimonial distinta al del anterior patrono.

Del contrato sinalagmático de trabajo dimanan una serie de obligaciones recíprocas en las que el empleador y el trabajador alternan su condición de acreedor y deudor. Así, el patrono es acreedor de la prestación de servicio con la obediencia debida del trabajador y de la obligación de exclusividad y no competencia; y el trabajador, a su vez, es el acreedor de la obligación del

[3] Artículo 32 - Transferencia o cesión del trabajador o trabajadora:
"Se verifica la transferencia o cesión del trabajador o trabajadora, cuando el patrono o patrona acordare con él la prestación de servicios con carácter definitivo y a tiempo indeterminado, bajo la dependencia y por cuenta de otro, con el consentimiento de este último.
La transferencia o cesión del trabajador o trabajadora, se someterá al régimen de la sustitución patronal y producirá sus mismos efectos.
La transferencia o cesión del trabajador o trabajadora no procederá cuando los trabajadores y trabajadoras de la empresa estén ejerciendo sus derechos de organización sindical y negociación colectiva".

patrono de pagar los salarios, prestaciones, beneficios e indemnizaciones derivados de la relación de trabajo y de la obligación de proveer un ambiente seguro de trabajo.

La garantía del trabajador-acreedor de que sus acreencias laborales serán satisfechas viene dada por la solvencia patrimonial y niveles de liquidez del patrono-deudor por lo que la entrada en escena de un nuevo patrono puede tener un impacto negativo sobre su acreencia. De allí que la ley requiera el consentimiento del trabajador para que la cesión se perfeccione.

En otras palabras, en una cesión de trabajador, este siempre tendrá la opción de permanecer al servicio del patrono que pretende cederlo, quien continuará realizando la misma actividad empresarial pues en la cesión no existe un negocio jurídico subyacente de transmisión de la empresa en el que el cedente se desprenda de todo o parte de sus activos. Esta capacidad de elección -insisto- que se traduce en conservar el empleo con el anterior empleador o seguir trabajando bajo el nuevo empleador no existe para un trabajador envuelto en una sustitución de patronos, ya que la transferencia ocurre por operación de la ley, quedando clausurada la opción de permanecer trabajando bajo el empleador anterior.

II. FUNDAMENTO DE LA SUSTITUCIÓN DE PATRONOS

La sustitución de patronos es una de las figuras que mejor conjuga la protección del trabajador como principio rector del derecho del trabajo con la libertad económica como principio rector de la economía de mercado.

De un lado, la sustitución de patronos reconoce la libertad de organización del empresario para transmitir los derechos de propiedad sobre todo o parte de su empresa o de combinar su empresa con otras a través de fusiones, todo en desarrollo de su estrategia competitiva.

Esta libertad de empresa de la que goza el empleador se ve reflejada en la sustitución de patronos de varias formas. Primero, los trabajadores transferidos como parte de la empresa no pueden cuestionar la licitud o la conveniencia del negocio jurídico que desencadena la sustitución. En principio, ellos se ven automáticamente “arrastrados” hacia el nuevo titular de la empresa,

dejando a salvo el derecho de resistencia que, como vimos, no entraña la conservación del empleo con el patrono anterior.

Este efecto automático de "arrastre" se erige a la vez como una garantía de los trabajadores de que seguirán a los activos en operación donde estos vayan ("los trabajadores siguen el capital"). Ha querido el legislador evitar que el trabajador pase a ser acreedor de una sociedad cuyos activos han sido transferidos y que puede convertirse en un "cascarón vacío" sin capacidad de afrontar la continuidad del empleo y el cumplimiento de las obligaciones laborales de contenido pecuniario.

La protección del trabajador transferido también se pone de manifiesto en el mantenimiento de los términos y condiciones laborales de los que venía disfrutando el trabajador bajo el patrono sustituido, antes de la sustitución, en aplicación de los principios de estabilidad y respeto a la condición laboral más favorable.

Sin embargo, como veremos al analizar con más detalle el efecto subrogatorio, esa conservación de la condición laboral prevaleciente antes de la transmisión no implica una "petrificación" de las condiciones laborales, teniendo el nuevo patrono cierta latitud para modificar las condiciones de trabajo que no es frecuente encontrar fuera del contexto transaccional.

Cuando una sociedad mercantil adquiere una nueva organización empresarial, lo hace con la expectativa de gestionar en forma más eficiente los activos adquiridos y aumentar la productividad de la fuerza de trabajo, todo ello en el ejercicio de la autonomía empresarial como contenido esencial de la libertad de empresa. Esa nueva gestión, unida a la necesidad de uniformar en el tiempo las condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa adquiriente y la adquirida, debe contar con un cierto margen de libertad a la hora de innovar en la organización del trabajo.

En suma, la sustitución de patrono es un instrumento de protección de la estabilidad laboral (protege la continuidad y la conservación de la relación laboral) compatible con la libertad económica (facilita el cambio y la innovación empresarial).

III. ELEMENTOS DE LA SUSTITUCIÓN DE PATRONOS

La sustitución de patronos exige la concurrencia de dos elementos: uno subjetivo, referido al cambio de la titularidad de la empresa; el otro, objetivo, referido al objeto de la transmisión (la empresa en marcha).

3.1 El cambio de la titularidad de la entidad de trabajo

Este primer elemento no presenta mayores problemas interpretativos. La ley laboral venezolana se centra en que ocurra un cambio en la titularidad de la entidad de trabajo (empresa) sin importar el tipo de negocio jurídico que origine el cambio de titularidad. La ley dispone que la transferencia puede producirse "por cualquier causa" y a través de "cualquier título" lo que incluye la compraventa, el arrendamiento, el usufructo, traspaso, donación, fusión, privatización o concesión, entre otras.

3.2 El objeto de la transferencia: la entidad de trabajo

El segundo presupuesto de la sustitución de patronos es más problemático y nos obliga a hilar fino con ciertos conceptos que provienen del derecho mercantil como el empresario, la empresa y el fondo de comercio[4].

La confusión conceptual se ve acentuada por la introducción de la denominación *entidad de trabajo* por el legislador del 2012 en sustitución del concepto tradicional de *empresa*. Para el momento de la reforma de 2012, las nociones de empresario y empresa causaban alergia en ciertos círculos gubernamentales, altamente ideologizados, quienes consideraban que el trabajo era la fuente de todo valor y el empresario -a través de la empresa como instrumento de dominación- tenía un papel marginal en la producción de bienes y servicios como no fuera el de apropiarse del excedente creado por la mano de obra subordinada (plusvalía). Noción que la historia contemporánea se ha encargado de desacreditar una y otra vez, incluso en Venezuela donde -sin

[4] Para una delimitación de los conceptos de empresario, empresa y fondo de comercio, véase Mármol Marquís, Hugo, *Fundamentos del Derecho Mercantil. Parte General* (Caracas: Ediciones Liber, 1999), pp. 169 y ss. y Morles Hernández, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil, Tomo I*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998), pp. 213 y ss.

haber mediado cambio de gobierno- se puso en marcha, a partir de 2018, una relativa apertura económica que supuso el desmontaje de los controles de cambio y precios, una mayor libertad de comercio con el mundo, el cese de las expropiaciones de empresas y hasta la devolución al sector privado de activos expropiados a través de alianzas estratégicas.

Por tanto, cuando la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de 2012 ("la Ley del Trabajo de 2012") habla de transferencia de una entidad de trabajo no está hablando de otra cosa que de la empresa en sentido económico, entendida esta como un conjunto de factores de producción o activos (recursos naturales, capital y trabajo), materiales e inmateriales (estando dentro de estos últimos los derechos de uso sobre la propiedad intelectual o industrial) susceptibles de ser organizados en forma autónoma y ordenados a la producción e intercambio de bienes y servicios con ánimo de lucro.

Quien capitaliza, organiza y dirige la empresa es el empresario, sujeto de derecho en cuyo patrimonio repercuten las ganancias y pérdidas de la empresa y que en la generalidad de los casos asume la forma de una sociedad mercantil. Es esta sociedad mercantil -y en modo alguno sus accionistas- la titular de la empresa y único patrono de los trabajadores que la conforman y, por tanto, la deudora de las obligaciones laborales. Solo cuando la empresa deja de ser propiedad de una sociedad mercantil y es traspasada a otra sociedad mercantil es que puede hablarse de un nuevo empleador, es decir de un nuevo sujeto jurídico titular de la empresa, y, por tanto, de sustitución de patronos.

Por su parte el fondo de comercio o la hacienda mercantil es el conjunto de bienes *inertes* que el empresario ha destinado a la empresa, pero que solo gracias a la intervención y gestión del empresario produce e intercambia bienes y servicios que generan flujos económicos (*empresa en marcha*). El único titular de esa hacienda mercantil es el empresario, es decir la sociedad mercantil, pues la hacienda no tiene personalidad jurídica ni constituye una universalidad de

bienes[5]. A los efectos del estudio de la sustitución patronal la enajenación del fondo de comercio equivale a la enajenación de la empresa.

Este excurso sobre conceptos mercantiles resulta indispensable para precisar el presupuesto objetivo de la sustitución de patronos. Para que se configure y surta efectos la sustitución es indispensable, en principio, que se transmita la empresa (unidad productiva autónoma) al nuevo empresario. No existe, en principio, sustitución de patronos cuando lo que se transfiere es un grupo de trabajadores ya que esta transferencia debe ir acompañada de los elementos patrimoniales que conforman la infraestructura de producción básica.

En ausencia de la transferencia de un soporte patrimonial, a cambio de un precio que compense el valor de los activos en operación, no opera, en principio, el efecto de la transferencia automática del personal, en el sentido de que los trabajadores conservan su derecho a permanecer trabajando con el patrono anterior, debiendo obtenerse en este caso su consentimiento al estar ante un supuesto de cesión de trabajador previsto en el artículo 32 del Reglamento de 2006. Dicho de otra forma: el incumplimiento del presupuesto objetivo enerva el efecto subrogatorio automático reservado a la sustitución de patronos, ampliando la capacidad de decisión del trabajador.

La doctrina comparada es conteste en que, por regla general, la transmisión de la mera actividad o las operaciones de la empresa, sin entrega de factores de producción, no determina por sí misma la sustitución patronal[6].

Llegados a este punto cabe preguntarse si el presupuesto objetivo de la transferencia de la empresa puede darse por cumplido en los casos de simple transferencia de mano de obra cuando estamos en presencia de sectores donde la actividad depende fuertemente de la mano de obra y

[5] Cada bien o activo que conforma el fondo de comercio debe cumplir con las formalidades propias de su enajenación. Así, por ejemplo, si el fondo de comercio comprende un hangar, unas aeronaves y unas marcas la venta debe registrarse en el registro inmobiliario, en el registro aeronáutico y en el SAPI respectivamente, para cada bien.

[6] Fernández Márquez, Óscar, *El Objeto de la Transmisión, el Concepto de Unidad Económica Productiva Autónoma en: Transmisión de Empresa y Sucesión en el Desarrollo de Actividades Empresariales - Un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, (España: Editorial Aranzadi S.A.U, 2019), pp. 39 y ss.

esta es determinante para la consecución de los fines empresariales. Se trata de sectores "desmaterializados" donde el principal activo es el personal calificado.

Ilustremos con un ejemplo el caso donde la preponderancia de la mano de obra en una actividad puede llevar a considerar que opera una sustitución de patronos, a pesar de no producirse una transmisión de elementos patrimoniales (activos materiales e inmateriales que soportan una organización empresarial autónoma o fondo de comercio).

Una empresa tecnológica embrionaria (*startup*) está desarrollando una aplicación prometedora que aún no ha sido patentada. Tiene 20 trabajadores, pero su principal activo consiste en que cuenta con 7 ingenieros -2 fundadores y 5 trabajadores- doctorados en universidades prestigiosas con un historial de éxitos en el lanzamiento de aplicaciones, mientras trabajaban para empresas tecnológicas grandes. Los 13 trabajadores restantes son administrativos y de soporte sin mayor sofisticación en alta tecnología. La naciente compañía no cuenta con mayor infraestructura productiva más allá de los equipos informáticos y software que permiten a los talentosos programadores avanzar en su plataforma innovadora.

Una de las grandes empresas tecnológicas ha visto la oportunidad de adquirir el *start-up* con el único objetivo de hacerse con el capital humano constituido por los ingenieros. A tal fin, ha celebrado con el *start-up* un convenio mediante el cual, a cambio de un precio, le transfieren a la *big-tech* los 5 trabajadores y los fundadores se incorporan también a las filas de la *big-tech* por un período de tiempo. El *start-up* queda con 13 trabajadores de escasa calificación y una serie de soportes informáticos de escaso valor que eran redundantes e innecesarios para la *big-tech* y por eso no fueron transferidos.

En el ejemplo anterior, es evidente que no concurre uno de los presupuestos de la sustitución de patrono (que en paralelo a la transferencia de los trabajadores se traspase también el fondo de comercio conformado por los activos materiales e inmateriales). Sin embargo, los elementos materiales son de una importancia marginal en esta transacción, pues el único motivo detrás de la *big-tech* al celebrar el contrato es hacerse con el talento humano calificado. Este tipo de operaciones se conocen en el mundo de los negocios tecnológicos como *acquihire* (adquisición para reclutar).

Si se concluye que no existe una sustitución de patronos en esta situación de hecho, los 13 trabajadores no calificados permanecerían trabajando en una sociedad que se desprendió de su mejor activo: el capital humano de los 5 ingenieros estrella. En otras palabras, en lugar de operar el efecto subrogatorio automático propio de la sustitución de patronos, *en virtud del cual los trabajadores siguen al capital*, aquí los 13 trabajadores se quedarían colgando en una compañía despojada de todo valor, imposibilitados de continuar con la actividad que en este caso se identifica con el capital humano.

Lo anterior ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia internacional a considerar que en los sectores desmaterializados *donde la mano de obra es la empresa* no es indispensable la transmisión de elementos patrimoniales para que se configure la sustitución de patronos en protección de los trabajadores que, de otro modo, permanecerían trabajando en una compañía cuyo activo real ha sido transferido[7]. En estos sectores *los trabajadores siguen a los trabajadores calificados que son el verdadero capital*.

IV. LA TERCERIZACIÓN COMO SUPUESTO DE SUSTITUCIÓN DE PATRONOS

Hemos visto como, en la inmensa mayoría de los casos, la transferencia de la simple actividad a un tercero sin que se produzca un traspaso coetáneo del fondo de comercio (unidad productiva autónoma) no da lugar a una sustitución de patronos. A menos, claro está, que la mano de obra transferida tenga una preponderancia tal y un nivel de cualificación y especialización que constituya el activo más relevante de la empresa.

Como es ya conocido, la empresa de nuestros tiempos se concentra en su negocio medular y externaliza las actividades accesorias, aunque la onda expansiva de la descentralización productiva ha llevado también a tercerizar actividades cercanas al negocio principal. Más que una organización vertical y horizontal, la empresa moderna es una "estructura de contratos".

Cuando una empresa nace externalizada, es decir, desde su creación recurre a la externalización de parte de sus actividades, no se presentan dudas sobre la aplicabilidad de la

[7] Fernández, Óscar, pp.72.

sustitución de patronos. Sin embargo, cuando la externalización es sobrevenida, y la empresa cuenta con recursos materiales y humanos propios para cumplir con una determinada actividad (por ejemplo, limpieza, vigilancia, apoyo contable, soporte informático, mantenimiento) puede entrar en juego la figura de la sustitución de patronos, si la empresa decide externalizar estas actividades.

La empresa principal puede optar por negociar la terminación de los contratos de trabajo con los trabajadores destinados a las actividades a ser tercerizadas, en cuyo caso el contratista empieza desde cero con su propio personal la prestación del servicio en beneficio de la empresa contratante.

Pero también cabe la posibilidad de que la empresa principal transfiera al contratista (i) los medios materiales destinados a la actividad y (ii) el personal afecto a ella, en cuyo caso opera la sustitución de patronos por mandato de la ley; o que la empresa principal solo pretenda transferir el personal, en cuyo caso no operaría *ope legis* la sustitución de patronos y sería imprescindible el consentimiento del trabajador objeto de la cesión.

La doctrina comparada se inclina por considerar que "los fenómenos de descentralización productiva -outsourcing- *a priori* no coinciden con el concepto legal de transmisión de empresa (sustitución de patronos)" y solo serán subsumibles en este concepto "cuando son acompañados de elementos productivos suficientes para la continuidad de la actividad correspondiente"[8].

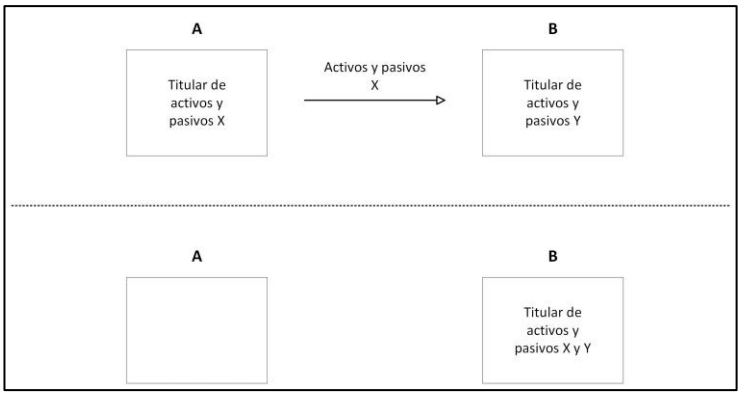
V. APLICABILIDAD DE LA SUSTITUCIÓN DE PATRONOS A LOS SUPUESTOS DE VENTA Y COMBINACIÓN DE EMPRESAS

Partiendo de los presupuestos antes examinados, en esta sección nos proponemos analizar la procedencia de la sustitución de patronos en las operaciones de compraventa de empresas y combinación empresarial más frecuentes en el tráfico jurídico.

5.1 Compra de activos

[8] García Piñeiro, Nuria, *Transmisión de Empresa, Externalización de Actividades y Segregación de Actividades en: Transmisión de Empresa y Sucesión en el Desarrollo de Actividades Empresariales - Un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (España: Editorial Aranzadi S.A.U, 2019), pp. 98.

En esta transacción, la sociedad mercantil A, titular de una empresa en marcha o fondo de comercio X transfiere sus activos (y pasivos relacionados a dichos activos) en favor de una sociedad mercantil B la cual pasa a ser la nueva titular de la empresa X ("entidad de trabajo"), y, por tanto, el nuevo patrono de los trabajadores que siguen a X como empresa traspasada. Bajo esta transacción opera la sustitución de patronos.

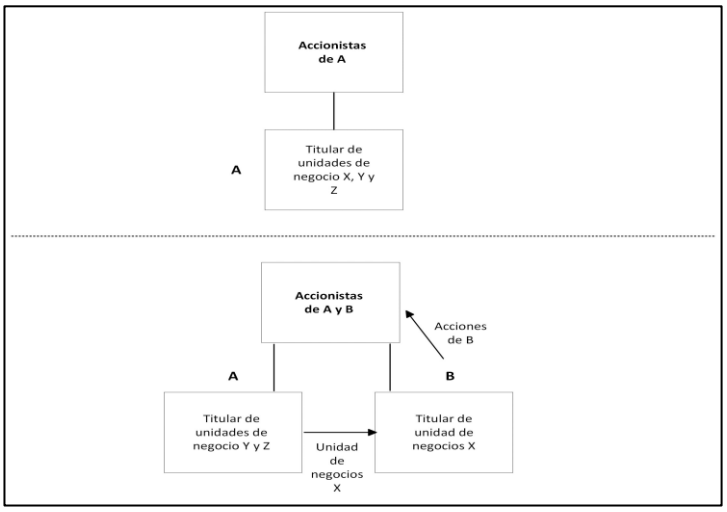


5.2 Escisión empresarial (Spin-off)[9]

La sociedad mercantil A es titular de varias unidades de negocio claramente segmentadas. Por ejemplo, la sociedad A tiene una división de farmacia y otra de productos de higiene personal, susceptibles de operar en forma independiente. En esta transacción, la sociedad A constituye una nueva compañía, la compañía B, le traspasa los activos (y los pasivos relacionados a dichos activos) asociados a la división que se escinde y distribuye a los accionistas de la sociedad A acciones de la recién creada compañía B. Los trabajadores que prestaban servicios para la división

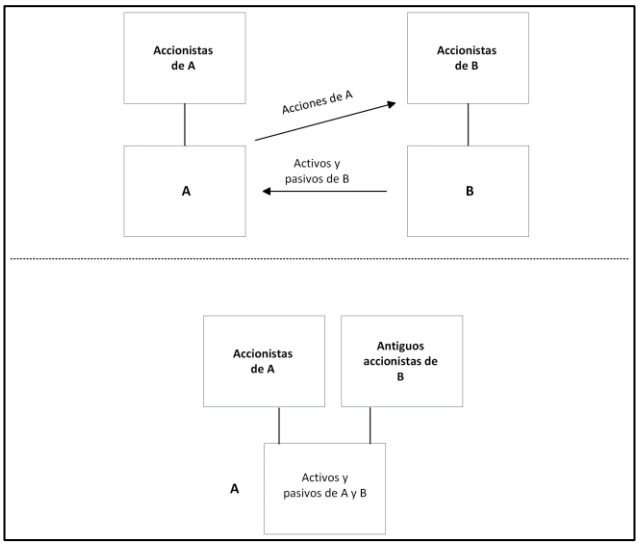
[9] "Una escisión puede ayudar a desbloquear el valor para el accionista separando una unidad de negocio que está infravalorada como parte de una empresa más grande. Esto se debe a que la unidad de negocio puede obtener una valoración más alta como empresa independiente.
La escisión puede ayudar a una empresa a concentrar sus recursos en su actividad principal al separar una unidad de negocio no esencial. Esto puede liberar tiempo de gestión y atención, y también puede permitir a la empresa asignar su capital de manera más eficiente.
La escisión permite a las empresas crear un nuevo motor de crecimiento separando una unidad de negocio que tiene potencial para un crecimiento significativo. Esto puede dar a la unidad de negocio la libertad de operar de forma independiente y perseguir su propia estrategia de crecimiento.
Una escisión puede ayudar a simplificar la estructura corporativa de una empresa eliminando una unidad de negocio que no está estratégicamente alineada con el resto de la empresa. Esto puede facilitar a la empresa la gestión de sus operaciones y la toma de decisiones estratégicas". Bard. «Escisión», acceso el 31 de agosto de 2023, https://www.google.com/bard/

de la sociedad A que se escinde pasan a ser trabajadores de la sociedad B la cual asume a los trabajadores junto con los demás activos en operación que le son traspasados. Para los trabajadores de las unidades de negocio Y y Z que se quedan en A no hay sustitución de patrono pues su patrono continúa siendo la misma sociedad A. Para los trabajadores de la unidad de negocios X transferida de A a B, en contraste, sí hay un cambio de patrono pues la nueva titular de la empresa o entidad de trabajo X pasó a ser la sociedad B.



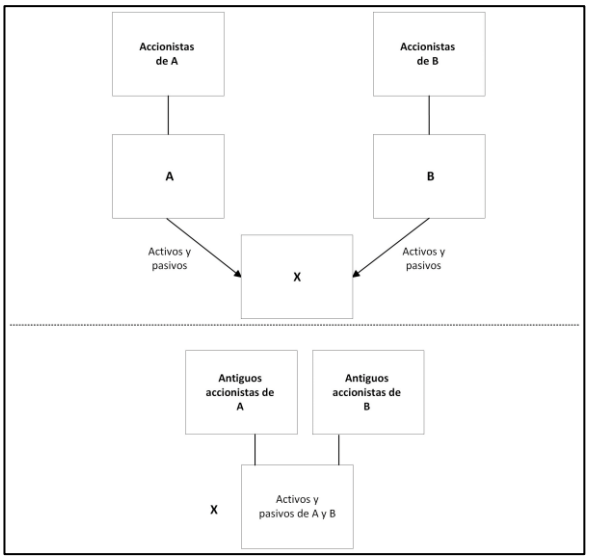
5.3 Fusión por absorción

En esta transacción, las sociedades A y B celebran un acuerdo de fusión en el cual la sociedad B se incorpora a la sociedad A (absorbente), disolviéndose la sociedad B como persona jurídica. Los accionistas de B reciben como contraprestación acciones de la sociedad A. La sociedad A, como entidad sobreviviente en la fusión, asume todos los activos y pasivos de B incluyendo los trabajadores. Para los trabajadores de la sociedad A (sobreviviente de la fusión) no opera la sustitución de patronos. En cambio, los trabajadores de B (sociedad disuelta a raíz de la fusión) pasan a ser trabajadores de la sociedad A, operando, por tanto, la sustitución de patrono con respecto a ellos.



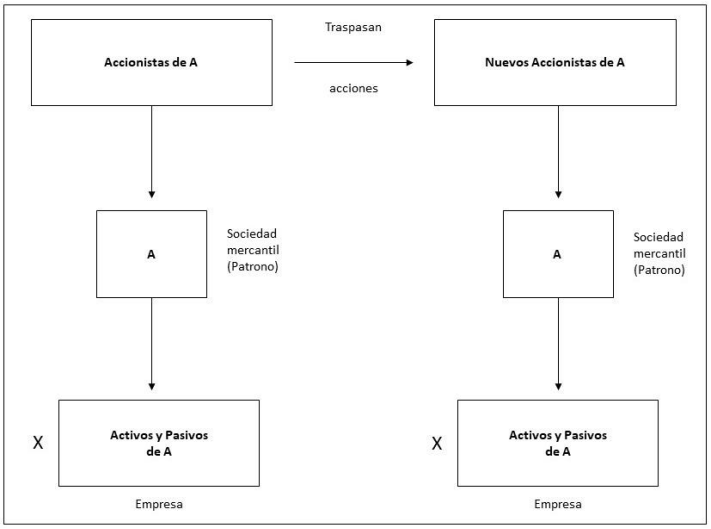
5.4 Fusión por consolidación (donde se disuelven las sociedades preexistentes y se crea una nueva compañía a la cual se le pasan los activos de las preexistentes)

En esta operación, las sociedades A y B que se fusionan constituyen una *nueva sociedad* X que consolida los activos y pasivos (empresas en marcha) de ambas sociedades, las cuales pueden extinguirse o no. Las acciones de la nueva sociedad se emiten a favor de los accionistas de las sociedades preexistentes (si estas sobreviven) o a favor de alguna otra sociedad relacionada con los grupos controladores. Los trabajadores de ambas sociedades pasan a ser trabajadores de la nueva sociedad X resultante de la fusión y, por tanto, hay sustitución de patronos para los trabajadores de A y B.



5.5 Compraventa de acciones

En esta operación, los accionistas de la sociedad mercantil titular de la empresa transfieren sus acciones a una tercera persona natural o sociedad mercantil. La titular de la empresa (entidad de trabajo X) continúa siendo la sociedad mercantil y por tanto *no hay sustitución de patrono*.



A pesar de ser la estructura más simple, la compraventa de acciones de la sociedad es la que más confusión genera en algunos operadores jurídicos. Se piensa, erróneamente, que el

cambio de accionistas de una sociedad acarrea un cambio en la titularidad de la empresa. Lo cierto es que la sociedad mercantil cuyas acciones se traspasan sigue siendo la titular de la empresa y, por tanto, la única empleadora y deudora de las obligaciones patronales.

La doctrina nacional más calificada,[10] al igual que la escasa jurisprudencia que versa sobre la materia, confirman que en casos de venta de acciones no existe sustitución de patronos[11].

Cuando la ley venezolana ha querido otorgar efectos al cambio de la titularidad accionaria o control de las sociedades mercantiles en forma directa o indirecta así lo ha hecho expresamente[12].

VI. EFECTOS DE LA SUSTITUCIÓN DE PATRONOS

[10] Así, Juan García Vara, ha señalado que "si la adquisición no es de la empresa -patrono-, sino de las acciones o cuotas de participación que conforman el capital, no hay sustitución de patrono porque la empresa sigue funcionando como tal, incluso con la misma denominación y seguirá siendo el patrono". *Sustantivo laboral en Venezuela* (Caracas: Ediciones Álvaro Nora, 2015), pp.163. En el mismo sentido, véase Otis Rodner, James, *La Transferencia del Contrato (Unidroit, Art.9)*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, 2014), pp. 244; y Alfonzo Guzmán, Rafael, *Nueva didáctica del Derecho del Trabajo, 16° Edición*, (Caracas, 2016), pp.305.

[11] Las sentencias N°1150 del 20 de octubre de 2010 y N°0451 del 29 de abril de 2011 ambas emanadas de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, han establecido que "los accionistas de una compañía anónima no detentan la cualidad de patrono, en consecuencia, el cambio de accionistas no implica sustitución de patronos alegada, por lo que deviene sin lugar la responsabilidad solidaria de la codemandada Del Sur Banco Universal, C.A., bajo el argumento de sustitución patronal. Así se establece."

[12] Distintas leyes administrativas venezolanas han atribuido consecuencias jurídicas no sólo al cambio de titularidad de la empresa sino también al cambio de la titularidad de las acciones o cambio de accionistas de la sociedad, entre otras:

1. La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en Gaceta Oficial N° 39.610 del 7 de febrero de 2011, establece en la disposición final décimo séptima que "Los accionistas o participantes de personas jurídicas habilitadas para la prestación de servicios de radio y televisión conforme a lo establecido en esta Ley, no podrán efectuar enajenaciones voluntarias o forzosas o constituir gravámenes de sus acciones o cuotas de participación, ni aumentos por encima del veinte por ciento (20%) de su capital, sin la previa autorización del órgano rector."
2. El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, publicado en Gaceta Oficial N° 6.154 del 19 de noviembre de 2014, establece en los artículos 35 y 36 que toda operación de compraventa o promesa de venta de acciones de una institución bancaria deberá ser informada a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN). En caso de no cumplirse esta obligación, será nulo dicho traspaso o gravamen de las acciones.
3. El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora, publicado en Gaceta Oficial N° 6.211 del 30 de diciembre de 2015, establece en el artículo 24, que las ventas de enajenación de acciones de las empresas de seguros, de reaseguros, sociedades de corretaje de seguros, de reaseguros, medicina prepagada, las financiadoras de primas o cuotas, y las administradoras de riesgos, deben contar con la autorización previa de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG). Para el momento de redacción de este escrito (agosto 2023), la Asamblea Nacional ha sancionado una nueva ley en materia de actividad aseguradora, pero aún no ha sido publicada en Gaceta Oficial. Sin embargo, se observa del Proyecto aprobado en primera discusión, que este contenido se mantiene en términos similares.

6.1 El efecto subrogatorio

Es el efecto por antonomasia de la sustitución de patronos. La Ley del Trabajo de 2012 establece que la sustitución "no afectará las relaciones individuales y colectivas de trabajo existentes."[13] y el Reglamento del 2006 agrega que "no afectará las relaciones y condiciones de trabajo, legales o convencionales, así como tampoco afectará a las organizaciones sindicales previamente constituidas."[14]

El nuevo patrono asume a los trabajadores "tal como vienen" con los derechos y obligaciones adquiridos bajo el anterior empleador, derivados de la ley, de los contratos individuales y colectivos de trabajo y de los usos y costumbres laborales.

6.1.a El mantenimiento de las condiciones preexistentes y el ius variandi del nuevo empleador

Hasta aquí la conservación de la condición laboral que arrastran los trabajadores transferidos no parece presentar mayores inconvenientes en la medida en que constituye la expresión de los principios de intangibilidad (Art. 9.a.iii. del Reglamento de 2006), presunción de continuidad de la relación de trabajo (Art. 9.d.i. del Reglamento de 2006) y admisión de la novaciones subjetivas y objetivas del contrato de trabajo (Art. 9.d.iii. del Reglamento de 2006). Si el nuevo patrono pretende modificar el estatuto laboral de los trabajadores transferidos, tendría en principio que recurrir al procedimiento establecido en los artículos 148 de la Ley del Trabajo de 2012 y 46 al 49 del Reglamento de 2006.

---

[13] Artículo 68 - Efectos y solidaridad
"La sustitución de patrono o patrona *no afectará las relaciones individuales y colectivas de trabajo existentes*. El patrono o la patrona sustituido o sustituida será solidariamente responsable con el nuevo patrono o la nueva patrona por las obligaciones derivadas de esta Ley, de los contratos individuales, de las convenciones colectivas, los usos y costumbres, nacidos antes de la sustitución, hasta por el término de cinco años.
Concluido este plazo, subsistirá únicamente la responsabilidad del nuevo patrono o de la nueva patrona, salvo que existan juicios laborales anteriores, caso en el cual las sentencias definitivas podrán ejecutarse indistintamente contra el patrono sustituido o la patrona sustituida o contra el sustituto o la sustituta. La responsabilidad del patrono sustituido o patrona sustituida sólo subsistirá, en este caso, por el término de cinco años contados a partir de la fecha en que la sentencia quede definitivamente firme." (Resaltados añadidos)

[14] Artículo 31.- Obligación de notificar. Efectos:
"La sustitución del patrono o patrona no afectará las relaciones y condiciones de trabajo, legales o convencionales, así como tampoco afectará a las organizaciones sindicales previamente constituidas. En todo caso, deberá ser notificada a los trabajadores y trabajadoras involucrados."

Esta conclusión, sin embargo, debe adoptarse con ciertos matices. El primero deriva de las razones económicas que motivan las operaciones de compraventa empresarial que disparan la sustitución. La principal razón que mueve a un empresario a hacerse con la empresa de otro es la expectativa de que esa empresa se encuentra subvalorada bajo la gestión actual y una nueva gestión podrá introducir cambios organizativos y técnicos para hacer más productivo el capital y la mano de obra. Lo anterior puede suponer ajustes a las condiciones de trabajo, aun en detrimento de condiciones laborales previas más favorables.

El segundo matiz deriva de la imposibilidad material de cumplir con ciertas condiciones pactadas por el anterior empleador, ligadas a la condición particular de ese empleador. Por ejemplo, si una sociedad venezolana adquiere una empresa extranjera con operaciones en el país, es obvio que el nuevo empleador no podrá seguir cumpliendo con ciertos beneficios del grupo multinacional como programas de incentivos basados en el desempeño mundial de la compañía, opciones sobre acciones cotizadas en el exterior o garantía de pagos en moneda extranjera. O cuando una empresa estatal es privatizada, sus trabajadores no podrán seguir disfrutando de ciertos beneficios reservados a los trabajadores públicos, como por ejemplo acceso a clubes sociales y planes de pensiones exclusivos de los trabajadores de empresas estatales.

La jurisprudencia admite la modificación de las condiciones de trabajo en desmedro de los trabajadores cuando tales modificaciones emanen de una situación sobrevenida como la compraventa o fusión de empresas, otorgando al nuevo patrono un mayor margen de flexibilidad para innovar en las condiciones de trabajo en el contexto transaccional[15].

[15] En tal sentido, la Sentencia N°671 del 16 de octubre de 2003, de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Jesús Enrique López Marín vs. Kellogg Pan American, C.A., estableció lo siguiente:
"En efecto, debe la Sala destacar las posibles situaciones que pueden producirse con relación a las modificaciones en las condiciones de trabajo generadas en desmedro a los derechos de los trabajadores, pues, como se desprende del criterio señalado ut supra, *se admiten o son permitidas por la legislación tales modificaciones; siempre y cuando las mismas emanen de situaciones sobrevenidas (fusión de empresas o afectación del objeto jurídico de la misma)* o no previsibles, tales como el hecho fortuito, la fuerza mayor o hecho del príncipe, mas no así como enseña la doctrina patria, cuando se trata de alteraciones arbitrarias del contenido obligacional del contrato de trabajo, específicamente, al constituirse en modificaciones in peius de las condiciones de trabajo, bajo las cuales se presta el servicio, que inclusive, pudieran derivar en la restricción o vulneración de derechos indisponibles." (Resaltados añadidos)
Sentencia disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/RC671-161003-03319.HTM

Cabe recordar que el trabajador afectado por una sustitución de patronos puede dar por terminada la relación de trabajo si considera que la sustitución es contraria a sus intereses. Ahora bien, ¿qué significa que una sustitución es contraria a los intereses del trabajador?

Primero, el trabajador puede tener dudas sobre la solvencia del nuevo empleador, su trayectoria empresarial o la viabilidad de la nueva empresa. Segundo, el trabajador puede tener una antigüedad considerable y prefiere aprovechar la oportunidad del cambio de patrono para retirarse con una indemnización doble, mejor a la que recibiría en caso de renuncia ("*cash out*"). Tercero, el trabajador no está convencido de las nuevas condiciones de trabajo ofrecidas por el empleador, o del régimen de transición, o de las condiciones modificadas de trabajo, las cuales considera regresivas y decide retirarse. Se trata de una decisión altamente subjetiva e individual.

La tercera razón pone de relieve la importancia que tiene el contenido de la notificación de la sustitución de patronos de cara al consentimiento informado del trabajador, aspecto al que la ley no le ha prestado suficiente atención. En efecto, sobre el contenido de la notificación, la ley se limita a exigir la identificación del nuevo empleador, las causas de la sustitución y la fecha en que está tendrá lugar, omitiendo lo que en mi opinión resulta más relevante: las condiciones de trabajo que ofrecerá el nuevo empleador y el plan de transición de las condiciones anteriores a las nuevas.

El trabajador afectado por la sustitución que ha sido debidamente informado sobre los ajustes que, inevitablemente, van a sufrir sus condiciones de trabajo (mejorando algunos beneficios, desmejorando otros, y sustituyendo ciertos beneficios por otros) puede efectuar una libre elección acerca de si la sustitución conviene o no a sus intereses. Por tanto, mal puede el trabajador que aceptó en forma expresa o tácita la sustitución pretender que le sean mantenidas -o restablecidas en un momento ulterior- la totalidad de las condiciones laborales prexistentes a la sustitución, invocando una desmejora.

6.1.b La concurrencia de dos regímenes laborales y su necesaria integración

Sostener que las condiciones laborales de los trabajadores transferidos pueden permanecer incólumes en el contexto de compraventas de empresas y otras operaciones de combinación empresarial resulta ilusorio también por otra razón.

Al lado del personal transferido, está el personal que ya laboraba en la empresa adquiriente el cual disfruta de su propio estatuto laboral, legal y contractual. Esto significa que, tarde o temprano, las condiciones laborales de ambos tendrán que integrarse y converger pues la coexistencia de dos colectivos de trabajadores con un régimen laboral diferenciado es indeseable e incompatible con el principio constitucional de igualdad. Lo natural es que las condiciones de trabajo de ambos colectivos de trabajadores tiendan a converger hacia las condiciones prevalecientes en la empresa adquiriente o receptora.

Si tanto los trabajadores de la empresa adquirida como los de la adquiriente están amparados por una convención colectiva, se presenta un supuesto de concurrencia de convenciones colectivas que debe ser resuelto mediante la negociación colectiva o la ley[16].

Las soluciones legales enfrentan la difícil tarea de armonizar una serie de principios y efectos del derecho del trabajo en pugna. En primer lugar, si se continúa aplicando la convención del patrono anterior a los trabajadores transferidos se habrá resguardado el principio de conservación de la condición laboral prexistente, pero quedaría sin aplicación el efecto expansivo de la convención de la empresa adquiriente, la cual debería aplicarse a todos los trabajadores de la empresa -incluyendo los transferidos- garantizando la igualdad de trato. También queda comprometido el principio de la autonomía colectiva del nuevo patrono quien se vería obligado por una convención que no negoció. Téngase en cuenta, además, que si el convenio colectivo de la empresa adquiriente resulta más beneficioso que el de la adquirida entonces quedaría en entredicho el principio de favor.

[16] Para un análisis a profundidad de los conflictos de concurrencia de convenios colectivos en el derecho español, véase Mella Méndez, Lourdes, *Sucesión de empresa y convenio colectivo aplicable* (España: Editorial Comares, 2000).

En segundo lugar, de imponerse a los trabajadores transferidos la aplicación de la convención colectiva de la empresa receptora se resguarda el efecto expansivo de esta convención y la igualdad de trato, pero en la medida que la convención colectiva de la adquiriente sea menos favorable que la de la empresa adquirida se pone en entredicho el principio de favor.

Ante esta disyuntiva, una primera solución consiste en dirimir la concurrencia de convenciones colectivas como un conflicto de normas laborales (ambas de origen convencional en este caso), aplicando el principio de la norma más favorable (Art. 18.5 de la Ley del Trabajo de 2012 y Art. 6, único aparte, del Reglamento de 2006).

Determinar cuál es la convención colectiva más favorable no resulta una tarea sencilla por la variedad de contenidos y condicionantes que tiene una convención, en especial las que contienen primas por sobretiempo de diversa naturaleza, bonos de productividad y otros conceptos variables. En cualquier caso, la técnica aceptada por la jurisprudencia venezolana para llevar a cabo esa comparación sería la del conglobamiento modular o parcial[17].

Una segunda solución la encontramos en el derecho comparado y consiste en la coexistencia temporal de ambas convenciones colectivas. La convención colectiva del patrono sustituido (empresa adquirida) continuaría aplicándose al personal transferido hasta su vencimiento (sin que opere el efecto de ultraactividad), a menos que antes del vencimiento se

[17] A esta conclusión se llega luego de leer la densa cita doctrinaria contenida en la sentencia N°1209 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 31 de julio de 2006 (Caso Lisandro Antonio García Armas vs. Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (C.A.D.A.F.E.): "No se trata, entonces, ni de una comparación totalizadora ni de una atomización sino de una comparación por institutos o regímenes. No de aplicación en bloque sino por bloques".
Nuestro ordenamiento laboral -concluye la Sala- consagra la teoría del conglobamiento parcial o inescindibilidad. En palabras simples, la comparación entre dos convenciones debe hacerse por secciones de beneficios. Se compara el régimen de utilidades de la convención A con el de la convención B tomando en cuenta no sólo el número de días sino el salario base de cálculo del beneficio e incluso la forma de pago, y se escoge y aplica el que resulte más favorable; o se compara el régimen de disfrute y pago de vacaciones de la convención A con el de la convención B y se escoge y aplica el que resulte más favorable. Esta comparación resulta en la práctica más retadora de lo que parece a simple vista. Por ejemplo, una convención puede establecer 4 meses de utilidades y la otra una participación de hasta el 17.5% en las utilidades líquidas de la empresa, ¿cuál es mejor? Otra convención puede establecer 115 días de utilidades vs. los 120 días de otra convención, pero la primera puede prever un salario paquetizado donde las utilidades se anticipan mensualmente mejorando el flujo de caja del trabajador y protegiéndolo contra la inflación. ¿Cuál es más favorable?.

negocie un nuevo convenio integrador aplicable a todos los trabajadores. Se trata de una solución transicional que como afirma Llano Sánchez (2019):

> Pretende lograr el equilibrio entre el interés del trabajador cedido por mantener su estatuto profesional y el interés objetivo de las empresas, cedente y cesionaria, que pueden requerir un cierto margen de libertad para hacer los ajustes y adaptaciones que sean necesarias para abordar el proceso de reestructuración empresarial[18].

VII. NOTIFICACIÓN DE LA SUSTITUCIÓN DE PATRONOS Y DERECHO DE RESISTENCIA

7.1 La notificación y sus efectos

Aunque parezca un tema adjetivo, la notificación al trabajador de la sustitución cumple un papel esencial en la formación del consentimiento informado que debe emitir el trabajador. Consentimiento que, como hemos señalado, solo puede asumir dos direcciones: aceptar la sustitución y continuar bajo el servicio del nuevo patrono o rechazarla y retirarse justificadamente. La permanencia al servicio del anterior patrono no resulta una opción en casos de sustitución. Además, permanecer al servicio de un patrono que se ha desprendido, así sea de una parte de sus activos, es una opción poco atractiva para el trabajador pues normalmente su especialización está ligada a la unidad de negocios que se transfiere.

Mientras el trabajador no sea notificado, no empieza a correr el lapso de tres meses para que este decida si se acoge a la sustitución o la rechaza. Este -y no otro- es el sentido que debe dársele a la expresión legal del artículo 69 de la Ley del Trabajo de 2012 que establece "la sustitución no surtirá efectos en perjuicio del trabajador"[19]

[18] Llano Sánchez, Mónica: *Subrogación empresarial y modificación de condiciones de trabajo en: Transmisión de Empresa y Sucesión en el Desarrollo de Actividades Empresariales - Un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (España: Editorial Aranzadi, S.A.U, 2019), pp. 326.

[19] Artículo 69: Derecho de los trabajadores y de las trabajadoras
"La sustitución del patrono o de la patrona deberá ser previamente notificada a los trabajadores, trabajadoras y su organización sindical al inspector o inspectora del Trabajo. *La sustitución de patrono o patrona no surtirá efecto en perjuicio del trabajador o trabajadora.*

Transcurrido el lapso de tres meses sin que el trabajador hubiese rechazado la sustitución, se entiende que la ha aceptado tácitamente. Por supuesto, también es posible que el trabajador acepte en forma expresa la sustitución mediante firma de la notificación en el espacio destinado a tal fin.

Si el trabajador rechaza la sustitución, es al patrono sustituido o empleador de origen a quien le corresponde hacerse cargo de la indemnización por extinción del contrato de trabajo por retiro justificado que es equivalente a la que la ley acuerda para los casos de despido injustificado[20]. Por cuanto la decisión extintiva del contrato de trabajo es del trabajador, no resultan aplicables los pagos que suelen acordarse con los trabajadores salientes a cambio de la renuncia a los regímenes de inamovilidad y estabilidad laboral.

La ausencia de notificación a los trabajadores, al sindicato y a la Inspectoría del Trabajo no afecta en modo alguno la validez ni la continuidad del negocio jurídico subyacente que da origen a la sustitución de patronos. El único efecto de la falta de notificación es que no empieza a correr el lapso de caducidad de tres meses para rechazar la sustitución.

7.2 El contenido de la notificación

Un aspecto al que la legislación venezolana presta escasa atención es al del contenido de la notificación de sustitución. El artículo 69 de la Ley del Trabajo de 2012 antes mencionado, habla de que debe hacerse "previamente y con suficiente antelación" y "debe contener una amplia identificación del patrono sustituto, la fecha de la sustitución y sus causas".

Omiten la ley y el reglamento mencionar que la notificación debe contener también la información quizás más relevante para que el trabajador pueda tomar una decisión informada: las condiciones de trabajo a ser ofrecidas por el nuevo empleador o las condiciones de trabajo que

Hecha la notificación, si el trabajador o trabajadora considerase inconveniente la sustitución para sus intereses dentro de los tres meses siguientes, podrá exigir la terminación de la relación de trabajo y el pago de las prestaciones e indemnizaciones conforme a lo establecido en esta Ley". (Resaltados añadidos)

[20] Ver artículo 80 literal "e" de la Ley del Trabajo de 2012 y su único aparte, en concordancia con el artículo 92 ejusdem, así como el artículo 31, tercer aparte del Reglamento de 2006.

serán mantenidas y las que el nuevo empleador aspira a modificar y el régimen de transición, adaptación e integración que tiene pensado llevar a cabo el adquiriente de la empresa.

Esta omisión se debe a la asunción ingenua que hace el legislador en el sentido de que las condiciones de trabajo antes y después de la sustitución se van a mantener incólumes o petrificadas en el tiempo, lo cual es un imposible jurídico y económico por las razones que expusimos en la sección anterior.

Sólo si el trabajador es suficientemente informado de los cambios que pueden sufrir sus condiciones de trabajo (y no necesariamente para desmejorar) puede este decidir si la sustitución resulta conveniente a sus intereses.

En la actualidad, donde las políticas identitarias, la igualdad de género, la responsabilidad social corporativa, la descarbonización y el respeto de los derechos laborales fundamentales en las cadenas de suministro han pasado a ocupar un lugar destacado en la conciencia pública, puede darse el caso de que un trabajador rechace la sustitución por considerar que el nuevo patrono tiene unas políticas contrarias a sus creencias y convicciones. Si el historial empresarial o reputación corporativa del nuevo patrono en estos ámbitos resulta decepcionante para el trabajador es probable que rechace la sustitución por motivos distintos a los pecuniarios.

7.3 El lapso de la notificación

El lapso de 3 meses que la ley le otorga al trabajador para decidir sobre la sustitución parece demasiado largo y puede generar incertidumbre en las partes involucradas en una transacción.

La línea de tiempo de una transacción de compraventa empresarial suele comprender las siguientes etapas o hitos:

(i) El *due diligence* legal y financiero de la sociedad a ser adquirida ("*target*");
(ii) La negociación del precio y demás términos y condiciones de la operación;
(iii) El *signing* o la firma de una promesa de compraventa de activos, la cual contiene una serie de condiciones que las partes deben cumplir entre la firma y el cierre y una serie

de obligaciones de hacer y no hacer, más ciertas declaraciones de certeza sobre la veracidad de ciertos hechos legales, financieros y operativos relevantes;

(iv) El *closing* o cierre de la operación que es cuando se procede al traspaso efectivo de los activos y al pago del precio convenido.

Es con el compromiso de compraventa (iii, *supra*) que nace la obligación de notificar a los trabajadores afectados quienes disponen de hasta 3 meses para ejercitar su opción de continuar con el nuevo empleador o retirarse justificadamente. Cuando por el imperativo del negocio las partes establecen un período menor de tres meses entre la firma y el cierre (30 o 45 días, por ejemplo) para el momento que caduca la opción del trabajador (día 90) la transacción ya se ha consumado y el trabajador en principio se ha desplazado al nuevo patrono siguiendo al capital, sin embargo, el trabajador mantiene vivo su derecho de resistencia hasta que se consume el lapso de 90 días.

Lo anterior introduce un elemento de incertidumbre para el comprador o patrono sustituyente en cuanto a la extensión de la plantilla que recibirá para continuar con la operación de la empresa. Es posible que trabajadores que en principio se asumían como transferidos puedan luego del cierre retirarse. Incluso el nuevo patrono puede tener que responder en principio por la indemnización por retiro posterior al cierre, aunque luego pueda repercutir esa cantidad contra el patrono anterior que en definitiva fue el único patrono que efectivamente tuvo el trabajador.

Frente a esta situación, es posible imaginar dos alternativas para reducir la incertidumbre. La primera es hacer coincidir el lapso que va desde la firma al cierre con el lapso que la ley otorga al trabajador para ejercitar su derecho de resistencia. La segunda, es obtener el consentimiento expreso del trabajador con la sustitución o su rechazo en forma anticipada, antes de que se agote el lapso de los tres meses. Algo que una efectiva política de información y comunicación con los trabajadores acerca de las implicaciones laborales de la sustitución debería facilitar.

VIII. LA SOLIDARIDAD ENTRE EL PATRONO ANTERIOR Y EL NUEVO PATRONO

La solidaridad entre el patrono sustituido y el sustituyente, por las obligaciones nacidas antes de la sustitución, constituye una garantía para el trabajador transferido de sus acreencias laborales.

La responsabilidad solidaria de ambos patronos alcanza todas las obligaciones derivadas de la ley, el contrato de trabajo, las convenciones colectivas y los usos y costumbres laborales. Comprende las obligaciones de dar como el pago de las prestaciones, beneficios e indemnizaciones de la relación del trabajo, las indemnizaciones por infortunios de trabajo, las cotizaciones a la seguridad social y las pensiones producto de planes de pensiones empresariales. También comprende las obligaciones de hacer como reenganchar a un trabajador despedido sin justa causa por el patrono sustituido, amparado por una providencia administrativa emitida con posterioridad a la sustitución.

La responsabilidad solidaria obedece igualmente a una lógica económica. El precio pagado por el adquiriente de una empresa abarca el valor de los activos en operación menos las deudas preexistentes que son asumidas por él. Luego, el nuevo patrono se hace cargo de las deudas que tuvieron un impacto en el precio de la transacción y que le fueron reveladas durante la negociación. De hecho, el *due diligence* laboral que precede a la firma de una compraventa empresarial tiene como objetivo fundamental poner en conocimiento del comprador los pasivos laborales que asume y las contingencias que se pueden presentar en el futuro, insumo que será reflejado en el precio.

Se plantea la interrogante de si la responsabilidad solidaria del nuevo patrono alcanza también las deudas con los trabajadores que no fueron transferidos. Por ejemplo, en algunas transacciones, el adquiriente pone como condición al vendedor que ejecute una reestructuración voluntaria, previa al cierre, con miras a asumir una empresa más ligera. Tanto en este caso como en el de los trabajadores que optan por rechazar la sustitución y retirarse justificadamente, emergen deudas asociadas a trabajadores que no fueron transferidos.

En este sentido, la Ley del Trabajo de 2012 (Art. 68) no distingue entre los trabajadores transferidos y los no transferidos, razón por la cual la responsabilidad solidaria de ambos

empleadores los comprende a ambos, en interés, además, de la mayor protección de los trabajadores que vieron extinguido su vínculo laboral con motivo de la sustitución patronal.

La responsabilidad solidaria se extiende hasta por cinco años a partir de la sustitución, lapso que coincide con el de la prescripción de las obligaciones laborales generales (Art. 68 de la Ley del Trabajo de 2012). Transcurrido este lapso, subsiste sólo la responsabilidad del nuevo empleador, salvo que existan juicios laborales en curso, incoados antes de la sustitución, en cuyo caso la sentencia definitivamente firme puede ejecutarse indistintamente contra el patrono anterior o el nuevo patrono. De allí que uno de los aspectos claves de un *due diligence* laboral sea determinar cuál es la probabilidad de que el nuevo patrono resulte condenado en los juicios pendientes, pues si bien no es una obligación exigible para el momento de la sustitución lo puede ser en el futuro próximo.

Esta prórroga de la responsabilidad solidaria debe interpretarse en sentido estricto y solo comprende la ejecución de sentencias judiciales y en ningún caso de providencias administrativas emanadas de las autoridades laborales o de los órganos de la seguridad social.

IX. PAGO ANTICIPADO DE PASIVOS LABORALES CON MOTIVO DE LA SUSTITUCIÓN

En el caso de que, con motivo de la sustitución, el patrono sustituido pague al trabajador los pasivos laborales acumulados hasta la fecha de la transferencia, este pago se considerará un anticipo de lo que le corresponda al trabajador al finalizar la relación de trabajo con el nuevo patrono (Art. 70 de la Ley del Trabajo de 2012), un indicio más de la continuidad laboral y la no afectación de las relaciones de trabajo con motivo de la sustitución.

Aunque es poco frecuente, se dan casos en que las partes de una transacción acuerden efectuar un corte de cuentas de todas las prestaciones, beneficios y demás conceptos laborales causados hasta la fecha del cierre y procedan a pagarlos o a depositarlos en un fondo de garantía. Si se procede al pago, estaríamos en presencia de una excepción al régimen de disponibilidad restringido de las prestaciones, plenamente justificada en el contexto transaccional.

A los efectos de calcular los pasivos laborales causados, se establece el cierre como fecha hipotética de terminación y se paga a los trabajadores como si la relación hubiese terminado por renuncia simple, sólo que esta continúa a todos los efectos legales. No obstante, debe tenerse en cuenta que, para el momento del cierre, pueden existir una serie de derechos en formación que pueden afectar los pasivos laborales de la compañía adquirida.

Por ejemplo, algunas convenciones colectivas contemplan que aquellos trabajadores con una antigüedad mayor de 15 años tienen derecho a unas primas por antigüedad o a recibir el doble de las prestaciones en caso de retiro. Si la antigüedad promedio de la compañía es de 14 años para el momento del cierre de la transacción habrá una serie de derechos en formación (no exigibles aún) que no estarán incluidos en el pago anticipado de los pasivos laborales -a menos que las partes realicen una estimación actuarial- y que el nuevo patrono estaría asumiendo. Lo propio sucede con los planes de pensiones, donde un grupo importante de trabajadores puede estar cerca de la edad en que esos pasivos se hacen exigibles (edad de retiro). Por otra parte, el adquiriente debe tener en cuenta de que aun cuando los pasivos laborales estén fondeados o sean pagados hasta la fecha del cierre, si se hace necesario llevar a cabo una reducción de personal para evitar redundancias, el nuevo patrono tendrá que ofrecer, además de la indemnización doble, los pagos incentivados a cambio de la renuncia a la inamovilidad vigente, pasivos que son adicionales a los pagos anticipados recibidos por los trabajadores al cierre del patrono anterior.

Desde luego que si el patrono sustituido se hizo cargo de todos los pasivos laborales acumulados hasta el cierre e hizo el pago anticipado a los trabajadores es porque en paralelo celebró un acuerdo con el comprador, liberándolo de toda responsabilidad por los pasivos laborales generados antes del cierre, acuerdo este que no es oponible a los trabajadores toda vez que la responsabilidad solidaria de ambos patronos subsiste por disposición de la ley.

X. LA CESIÓN O TRANSFERENCIA DE TRABAJADORES

El artículo 32 del Reglamento de 2006 contempla la figura de la transferencia o cesión del trabajador y dispone que se someterá al mismo régimen de la sustitución de patronos y producirá sus mismos efectos.

La principal diferencia entre la cesión y la sustitución estriba en que la primera requiere el consentimiento del trabajador mientras que la segunda opera en principio en forma automática por disposición de la ley. En otras palabras, la cesión de trabajadores surte los mismos efectos de la sustitución menos el efecto subrogatorio automático. El trabajador en una cesión tiene la opción -inexistente en la sustitución- de permanecer trabajando a las órdenes del cedente.

Esta ausencia del efecto subrogatorio automático en la cesión de trabajadores se explica porque en la cesión no ocurre una transferencia simultánea de una empresa o entidad de trabajo (unidad productiva susceptible de organizarse autónomamente) sino una mera transferencia de mano de obra.

Es solo cuando el trabajador cedido acepta la cesión que opera el efecto subrogatorio y el empleador cesionario se coloca en el mismo lugar del empleador cedente, asumiendo los derechos y obligaciones derivados de la relación de trabajo. Cedente y cesionario son además responsables solidarios en los mismos términos expuestos para la sustitución de patronos.

Así como en la sustitución de patronos suele transferirse un número importante de trabajadores (todos los afectos a la empresa o unidad de negocios) la cesión de trabajadores suele operar en un plano más individual. Se recurre a esta figura, por ejemplo, cuando un trabajador es transferido, previo su consentimiento, para prestar servicios en otra empresa del mismo grupo económico, cuya titularidad corresponde a otra sociedad mercantil con personalidad jurídica propia y diferenciada. En tal caso, la fuente de solidaridad patronal emanará no sólo de la cesión como tal sino de la existencia de un grupo de empresas[21].

[21] Artículo 46 de la Ley del Trabajo de 2012: "Los patronos o patronas que integraren un grupo de empresas serán solidariamente responsables entre sí respecto de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadoras y trabajadores" (…).

XI. EXCEPCIÓN A LA SUSTITUCIÓN DE PATRONOS EN CASOS DE CIERRES DE EMPRESAS Y ADQUISICIÓN FORZOSA POR EL ESTADO

En una economía de mercado, el cierre de una empresa es parte del contenido esencial de la libertad económica, tanto como lo es abrirla o gestionarla. De hecho, la mayoría de las legislaciones del mundo occidental -Venezuela no es la excepción- contemplan un régimen de bancarrota para liquidar ordenadamente las empresas que no se pueden reorganizar y sanear. Como solía afirmar el Profesor de Economía del IESA, Hugo Faría, en sus clases, "el capitalismo sin quiebra es como religión sin infierno".

A raíz del paro petrolero de 2003, y la onda expansiva que desató sobre el resto de la economía[22], algunas empresas aisladas cesaron sus actividades. Entre ellas, la Constructora Nacional de Válvulas y la Industria Venezolana del Papel. Dichas empresas fueron ocupadas temporalmente y su propiedad luego transferida a una empresa mixta de "propiedad social" bajo control estatal, en sociedad con una cooperativa de trabajadores que detentaba el 49% del capital social, con el objeto de reactivar sus operaciones. El slogan "*empresa cerrada, empresa tomada*" empezó a tomar cuerpo y el enfoque punitivo frente al cierre de empresas tuvo su germen.[23]

Posteriormente, entre 2006 y 2008, en plena bonanza petrolera, el Estado adquirió y pagó la CANTV, ELECAR, SIDOR, el Banco de Venezuela y CEMEX, entre otras. Esta expansión del Estado venía acompañada de un hostigamiento del sector privado a través de controles de cambio y precios, inspecciones constantes y restricciones para la repatriación de dividendos de empresas extranjeras, así como de la incitación de los conflictos laborales en las empresas con motivaciones políticas. La falta de insumos, unida al cerco regulatorio y a las amenazas a la

[22] Según informes de PDVSA, el Producto Interno Bruto (PIB) tuvo una baja de 16% durante el cuarto trimestre de 2002, y de 25%, durante el primer trimestre de 2003, mientras que en el sector petrolero la caída del PIB fue de 26% en el 4° trimestre de 2002 y 39,3% en 1er trimestre de 2003. PDVSA. «Sabotaje petrolero: llamado clasista a la destrucción del país», acceso el 31 de agosto de 2023, http://www.pdvsa.com/index.php?option=com_content&view=article&id=9406:sabotaje-petrolero-llamado-clasista-a-la-destruccion-del-pais&catid=10:noticias&Itemid=5&lang=es

[23] Así, el artículo 539 de la Ley del Trabajo de 2012 establece que los cierres ilegales e injustificados de la fuente de trabajo, acarrean la sanción 6 a 15 meses de la representación patronal. Paralelamente, el artículo 54 de la Ley Orgánica de Precios Justos (G.O N°40.787 del 12 de noviembre de 2015), establece aplicar sanciones en sus límites máximos (10 a 15 años) a aquellos actos de boicot, acaparamiento, especulación, contrabando de extracción, usura, cartelización u otros delitos conexos que pretendan desestabilizar la economía del país.

propiedad privada, se tradujeron en una caída drástica de la inversión y la producción y muchas empresas empezaron a enfrentar severas dificultades operativas.

A finales de la década del 2000, el precio del petróleo comenzaba a debilitarse, las arcas públicas a vaciarse y el clima de negocios se deterioró aún más. Las decisiones macroeconómicas se dilataron en medio de la incertidumbre por la sucesión presidencial en 2013 y la alta conflictividad política del período 2014-2018. Esto llevó a importantes empresas multinacionales con presencia en Venezuela a cesar operaciones en esos años siguientes (Clorox, Kimberly Clark, Smurfit Kappa, Kellogg´s, Owens Illinois, Guardián de Venezuela, entre otras) y al Estado a asumir sus operaciones en un vano intento de reactivarlas. Pero ya para entonces el Estado, hipertrofiado y endeudado, no estaba en capacidad de pagar una justa compensación por las empresas estatizadas, negociada entre las partes o establecida en sede judicial con todas las garantías.

Esto fue lo que llevó a incorporar en la Ley del Trabajo de 2012, -que se dictó mediante Decreto-Ley en el marco de una ley habilitante-, una vía expedita para ocupar indefinidamente las empresas paralizadas sin tener que someterse al procedimiento expropiatorio -engorroso pero garantista- previsto en la ley y pagar su justo precio[24]. Sin embargo, quedaba un fleco suelto por resolver: ¿qué hacer con los trabajadores de las empresas transferidas al estado?

[24] Así, el artículo 149 de la Ley del Trabajo de 2012 establece en materia de protección de las fuentes de trabajo y de los puestos de trabajo lo siguiente:
"En los casos de cierre ilegal, fraudulento de una entidad de trabajo, o debido a una acción de paro patronal, si el patrono o patrona se niega a cumplir con la Providencia Administrativa que ordena el reinicio de las actividades productivas, el Ministro o Ministra del Poder Popular con competencia en materia de Trabajo y Seguridad Social podrá, a solicitud de los trabajadores y de las trabajadoras, y mediante Resolución motivada, ordenar la ocupación de la entidad de trabajo cerrada y el reinicio de las actividades productivas, en protección del proceso social de trabajo, de los trabajadores, las trabajadoras y sus familias.
A tal efecto, convocará al patrono o patrona, trabajadores, trabajadoras y sus organizaciones sociales, para la instalación de una Junta Administradora Especial, que tendrá las facultades y atribuciones necesarias para garantizar el funcionamiento de la entidad de trabajo y la preservación de los puestos de trabajo.
La Junta Administradora Especial estará integrada por dos representantes de los trabajadores y de las trabajadoras, uno o una de los cuales la presidirá, y un o una representante del patrono
o patrona. En caso de que el patrono o patrona decida no incorporarse a la Junta Administradora Especial, será sustituido por otro u otra representante de los trabajadores y de las trabajadoras.
Por intermedio del Ministerio del Poder Popular con competencia en Trabajo y Seguridad Social, los trabajadores y trabajadoras podrán solicitar al Estado la asistencia técnica que sea necesaria para la activación y recuperación de la capacidad productiva. La vigencia de la Junta Administradora Especial
será hasta de un año, pudiendo prorrogarse si las circunstancias lo ameritan.

De aplicarse la figura de la sustitución de patronos, buena parte de los trabajadores de estas empresas hubiesen ejercido su derecho de retirarse justificadamente y reclamar la indemnización doble, pues la reputación del estado como empresario (y deudor de las obligaciones laborales) ya estaba para entonces severamente menoscabada. Esto creaba tres problemas para el estado-patrono: tener que subrogarse en las deudas laborales del antiguo patrono, enfrentarse a la estampida de trabajadores necesarios para intentar reactivar la producción y pagar, además, las indemnizaciones de los trabajadores retirados.

El dilema lo vino a resolver el artículo 67 de la Ley de la Ley del Trabajo de 2012 que constituye un auténtico esperpento jurídico. Esta norma establece que no se considerará que existe sustitución de patronos cuando, después del cierre de una entidad de trabajo, el Estado realiza la adquisición forzosa de los bienes (fondo de comercio) para reactivar la actividad productiva, independientemente de que sea con los mismos trabajadores y las mismas instalaciones.

Las implicaciones de esta norma para el personal de las empresas adquiridas por el estado resultaron devastadoras y discriminatorias. Al no operar el efecto subrogatorio, los trabajadores quedaron en una especie de limbo laboral pues continuaron prestando servicios, pero en beneficio y bajo las órdenes del estado, que no se considera su patrono a fines económicos. En efecto, por virtud de una perniciosa ficción legal los trabajadores de las empresas tomadas continuaron vinculados al patrono de origen, sociedad mercantil que perdió el control sobre los activos que pasaron al estado y en cuya cabeza quedaron, sin embargo, las deudas laborales. En teoría, dichas deudas debieron ser canceladas por el antiguo patrono o "descontadas del precio convenido a pagar por el estado", pago de precio este que en la mayoría de los casos no se produjo, situación que ha conllevado a que Venezuela sea el segundo país con más arbitrajes de inversión en el CIADI[25].

De considerarlo necesario, previa evaluación e informe, y dependiendo de los requerimientos del proceso social de trabajo, se podrá incorporar a la Junta Administradora Especial un o una representante del Ministerio del Poder Popular con competencia en la materia propia de la actividad productiva que desarrolle la entidad de trabajo."

[25] Rengel Núñez, Pedro: «Arbitrajes de Inversión y los Casos Venezolanos», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, *edición N°8* (2022), 47-73. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/8/RVDM_2022_8_47-73.pdf

Al excluir la sustitución de patronos en los casos en que el adquiriente es el Estado, los trabajadores no pueden ejercer su derecho a retirarse justificadamente y cobrar los haberes laborales de toda una vida, a pesar de haber ocurrido un cambio dramático en la titularidad de la empresa al pasar de manos privadas a manos estatales[26].

Tampoco opera en estos casos la responsabilidad solidaria del nuevo patrono (el estado) por las deudas nacidas antes de la sustitución, siendo el patrono sustituido -y expropiado- el único responsable de esas deudas.

A la postre, y como era de esperarse, la mayor parte de las empresas tomadas por el estado terminó cerrando sus puertas o produciendo una ínfima parte de lo que llegaron a producir antes de la estatización.[27] De la mano de la caída en picada de la producción, luego rematada por las sanciones, vino un retroceso sin precedentes de los derechos y beneficios laborales de los trabajadores y un aumento del desempleo, la informalidad y la emigración del que aún seguimos sin recuperarnos como nación.

CONCLUSIONES

La enajenación de una empresa desencadena el traspaso automático de los trabajadores al comprador o nuevo patrono. Los trabajadores no pueden impugnar ni la validez ni la licitud de la transacción de negocios que subyace a la sustitución, aunque tienen el derecho de retirarse justificadamente con ocasión de ella. En ningún caso, el trabajador involucrado en una transferencia de la empresa tiene el derecho de continuar su empleo con el vendedor o antiguo patrono.

Para que se configure la sustitución de patronos es indispensable que haya transferencia de los activos en operación. La mera transferencia o cesión de personal no acarrea la transferencia

[26] Buena parte de las empresas que cerraron sus puertas pagaron a los trabajadores algún tipo de indemnización, aminorando el impacto que esta norma discriminatoria tuvo sobre los infortunados trabajadores al servicio de empresas paralizadas y tomadas.

[27] Señala el diario El Pitazo que para el año 2005, dos años antes de la estatización, SIDOR producía alrededor de 4.200.000 toneladas métricas de acero líquido. En el 2022, la producción de SIDOR fue de 230.000 toneladas métricas de acero líquido, 18 veces menos que en el 2005. «Sidoristas afirman que producción en 2022 alcanzó apenas un 5 % de su capacidad», Acceso el 31 de agosto de 2023, https://elpitazo.net/guayana/sidoristas-afirman-que-produccion-en-2022-alcanzo-apenas-un-5-de-su-capacidad/.

automática de los trabajadores, requiriéndose en estos casos el consentimiento del trabajador. Solo en el caso de empresas desmaterializadas es posible concebir una excepción a esta regla.

Si bien el adquiriente de una empresa debe respetar en principio la condición laboral más favorable que arrastran los trabajadores, la jurisprudencia tiende a aceptar una mayor latitud del empleador a la hora de introducir cambios a las condiciones laborales en el marco de un contexto transaccional. En efecto, las normas en materia de sustitución de patrono establecen un delicado balance entra la protección de los derechos laborales de los trabajadores y la libertad económica del empresario para organizar su empresa como crea conveniente.

La notificación previa a la sustitución de patronos juega un papel esencial en el consentimiento informado del trabajador sobre la sustitución y, por tanto, debe contener información suficiente sobre cómo se van a ver afectados los beneficios laborales bajo el nuevo empleador.

El extenso lapso de tres meses que la ley otorga al trabajador para rechazar la sustitución puede entrar en conflicto con los lapsos para el cierre más comunes de las ventas de empresas.

La sustitución de patronos y la cesión o transferencia de trabajadores están emparentadas, pero guardan sutiles e importantes diferencias que ayudan a entender mejor los contornos propios de la sustitución de patronos como figura clave del derecho laboral transaccional.

La excepción a la sustitución de patronos contenida en la ley cuando el adquiriente es el Estado, resulta contraria al principio constitucional de igualdad, ha tenido un impacto negativo sobre los derechos laborales.

BIBLIOGRAFÍA

Alfonzo Guzmán, Rafael, Nueva didáctica del Derecho del Trabajo, 16° Edición, (Caracas, 2016).

Bard. «Escisión», acceso el 31 de agosto de 2023, https://www.google.com/bard/

El Pitazo. «Sidoristas afirman que producción en 2022 alcanzó apenas un 5 % de su capacidad», acceso el 31 de agosto de 2023, https://elpitazo.net/guayana/sidoristas-afirman-que-produccion-en-2022-alcanzo-apenas-un-5-de-su-capacidad/.

Fernández Márquez, Óscar, *El Objeto de la Transmisión, el Concepto de Unidad Económica Productiva Autónoma en: Transmisión de Empresa y Sucesión en el Desarrollo de Actividades Empresariales - Un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, (España: Editorial Aranzadi S.A.U, 2019).

García Piñeiro, Nuria, *Transmisión de Empresa, Externalización de Actividades y Segregación de Actividades en: Transmisión de Empresa y Sucesión en el Desarrollo de Actividades Empresariales - Un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (España: Editorial Aranzadi S.A.U, 2019).

García Vara, Juan, *Sustantivo laboral en Venezuela* (Caracas: Ediciones Álvaro Nora, 2015).

Llano Sánchez, Mónica: *Subrogación empresarial y modificación de condiciones de trabajo en: Transmisión de Empresa y Sucesión en el Desarrollo de Actividades Empresariales - Un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (España: Editorial Aranzadi, S.A.U, 2019).

Mármol Marquís, Hugo, *Fundamentos del Derecho Mercantil. Parte General* (Caracas: Ediciones Liber, 1999).

Mella Méndez, Lourdes, *Sucesión de empresa y convenio colectivo aplicable* (España: Editorial Comares, 2000).

Morles Hernández, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil, Tomo I*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1998).

Otis Rodner, James, *La Transferencia del Contrato (Unidroit, Art.9)* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, 2014).

PDVSA. «Sabotaje petrolero: llamado clasista a la destrucción del país», acceso el 31 de agosto de 2023, http://www.pdvsa.com/index.php?option=com_content&view=article&id=9406:sabotaje-petrolero-llamado-clasista-a-la-destruccion-del-pais&catid=10:noticias&Itemid=5&lang=es

Rengel Núñez, Pedro: «Arbitrajes de Inversión y los Casos Venezolanos», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil, edición N°8* (2022), 47-73, acceso el 31 de agosto de 2023, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/8/RVDM_2022_8_47-73.pdf

Villasmil Briceño, Fernando, *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo* (Caracas: Librería Europa Costa Verde, 2000).

Jurisprudencia

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. Sentencia N° 671 del 16 de octubre de 2003. *Jesús Enrique López Marín vs. Kellogg Pan American, C.A.* Disponible en: RC671-161003-03319.htm (tsj.gob.ve)

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. Sentencia N° 1209 del 31 de julio de 2006. *Lisandro Antonio García Armas vs. Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (C.A.D.A.F.E.).* Disponible en: 1209-310706-06257.htm (tsj.gob.ve)

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. Sentencia N° 1150 del 20 de octubre de 2010. *Luis Jaime Moreno González y otros contra Servicios Integrales de Tecnología*

Sitec, C.A. y otra. Disponible en: historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/1150-201010-2010-09-867.HTML

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social. Sentencia N° 0451 del 29 de abril de 2011. *Jebel Alcalá Martínez y otros contra Del Sur, Banco Universal, C.A.* Disponible en: 0451-29411-2011-09-992.html (tsj.gob.ve)

Arelis Falcón Lizarraga

AFECTACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Arelis Falcón Lizarraga
Abogada (UJMV) Especialista en Derecho Procesal Civil (USM), estudiante de Maestría de Derecho Constitucional (UCAB), estudiante del Doctorado en Derecho (UCAB). Profesora de pregrado de la (UCSAR). Profesora de la especialidad de Procesal Civil (USM)

Resumen: Las transacciones mercantiles no escapan al proceso de globalización, lo cual produjo la necesidad de establecer nuevas reglas, conductas e instituciones tendentes a unificar las estructuras y mecanismos de organización de la comunidad internacional. De esta forma se ha dado respuesta a los requerimientos de los operadores del comercio en relación con aspectos cruciales para la seguridad jurídica de las transacciones internacionales, ya que la tecnología ha modificado los hábitos de los ciudadanos del mundo, del comercio y de los consumidores. A nivel mundial, la mayoría de las legislaciones admiten la validez y eficacia de la contratación realizada a través de medios electrónicos, ello a partir de la promulgación de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. En Venezuela, es incipiente la regulación del comercio electrónico, ya que si bien se encuentran en vigencia normas jurídicas tanto en la Constitución, así como la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y la Ley sobre Delitos Informáticos, todavía faltan muchas más.

Palabras clave: Seguridad jurídica, comercio electrónico

IMPACT OF LEGAL SECURITY IN ELECTRONIC COMMERCE

Abstract: Commercial transactions do not escape the globalization process, which produced the need to establish new rules, behaviors and institutions aimed at unifying the structures and organizational mechanisms of the international community. In this way, the requirements of commercial operators have been given an answer in relation to crucial aspects for the legal security of international transactions, since technology has modified the habits of world citizens, commerce and consumers. At a global level, most legislation admits the validity and effectiveness of contracts carried out through electronic means, since the promulgation of the Model Law of the United Nations Commission on International Trade Law. In Venezuela, the regulation of electronic commerce is incipient, since although legal norms are in force both in the Constitution, as well as the Law on Data Messages and Electronic Signatures and the Law on Computer Crimes, many more are still missing.

Keywords: Legal security, electronic commerce

INTRODUCCIÓN

La globalización[1] es un fenómeno que impacta todas las operaciones y transacciones a nivel mundial. Emergió ante la necesidad de expansión del sistema comercial global, trayendo consigo la necesidad de establecer mecanismos tecnológicos y jurídicos para regular las relaciones comerciales internacionales[2].

Las transacciones mercantiles no escapan al proceso de globalización que surgió frente a la necesidad de expansión del sistema comercial, que hizo menester establecer una nueva normativa e instituciones tendentes a unificar las estructuras y mecanismos de organización de la comunidad internacional.

El hecho de la integración de mercados y de la globalización de las economías determinó, en su momento, la necesidad para esta área del derecho de responder a los requerimientos de los operadores del comercio internacional en relación con aspectos cruciales para la seguridad jurídica de las transacciones internacionales.

El origen de los contratos electrónicos es la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito empresarial y comercial, los cuales cada vez adquieren mayor relevancia, producto de la implementación de grandes redes de comunicación telemática, como el Internet; que facilita la contratación entre personas de manera remota, al tiempo que ofrece nuevos métodos, productos y servicios de naturaleza informática.

En la actualidad, la mayoría de las legislaciones a nivel mundial, admiten la validez y eficacia de la contratación realizada a través de medios electrónicos, ello planteado formalmente a partir de la promulgación de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en cuyo artículo 11 regula la validez y formación de los

[1] Conviene admitir que en la actualidad hay quienes opinan que la globalización ha desaparecido como fue concebida o está en vías tales; pero ése no es el propósito de este trabajo. Por otra parte, no cabe duda de que la noción de globalización continúa como efecto de la revolución tecnológica y la nueva realidad mundial.

[2] PISARELLO, Gerardo, "Globalización, Constitucionalismo y Derechos: Las Vías Del Cosmopolitismo Jurídico", en CARBONELL, Miguel (Coord.), *Teoría del Neoconstitucionalismo, ensayos escogidos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 159.

contratos electrónicos, estableciendo para ello que: "En la formación del contrato, de no convenir las partes en otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos, no se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos".

En Venezuela, el Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta Oficial Nº 37.148 del 28 de febrero de 2001, configura, según su exposición de motivos, un marco legal para la celebración de negocios y actos jurídicos, empleando para ello los medios electrónicos; así como de los mensajes de datos y firmas electrónicas, con el propósito que dichos mensajes de datos sean trascendentes en el ámbito jurídico; en cuyo artículo 15 establece: "En la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y la aceptación se realicen por medio de un mensaje". Además de ello, resalta el hecho que el Decreto Ley, establece una equivalencia funcional entre la firma autógrafa y la firma electrónica, una vez sean cumplidos ciertos requisitos.

Asimismo, es de resaltar que, si bien el Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles y los actos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes, y que el Código Civil es considerado como norma supletoria para aquellos vacíos que no se cubren en la ley mercantil. En nuestro país es incipiente la regulación del comercio electrónico, ya que si bien se encuentran en vigencia normas jurídicas que reglan de alguna manera las transacciones y los mensajes de datos y firmas electrónicas; dichas disposiciones normativas no contemplan expresamente las formas y condiciones para la celebración de los contratos electrónicos, y así poder cubrir como corresponde su operatividad y regular a cabalidad el comercio electrónico, tomando en consideración las particularidades de este tipo de negocio jurídico, frente a las condiciones establecidas para el comercio tradicional. La nueva realidad reseñada influye en la seguridad jurídica que corresponde a esta nueva manifestación socio jurídica; de manera que hizo falta atenderla, aunque todavía quedan aspectos pendientes que complementen esa seguridad global.

Arelis Falcón Lizarraga

AFECTACIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Las transacciones mercantiles no escapan al proceso de globalización surgido de la necesidad de expansión del sistema comercial, que hizo menester establecer reglas claras para unificar las estructuras y mecanismos de organización de la comunidad internacional que funciona dentro de este esquema funcional. Es parte de la seguridad jurídica.

Para Pisarello[3], desde su gestación, a mediados de la década de los ochenta, y sobre todo con su creciente difusión, el concepto de globalización ha pasado a constituir un elemento omnipresente en toda reflexión teórica que pretende dar cuenta acabada sobre la configuración económica, cultural o jurídica de las sociedades de fin del siglo pasado y comienzos del actual.

Por su parte, Zapatade Arbeláez[4] afirma que el nacimiento y auge de la llamada *red de redes* o internet constituye un acontecimiento de importancia enorme dentro del Derecho Internacional Privado. El hecho de la integración de mercados y de la globalización de las economías determinó en su momento la necesidad para esta área del derecho de responder a los requerimientos de los operadores del comercio internacional en relación con aspectos cruciales para la seguridad jurídica de las transacciones internacionales.

En ese sentido, tratándose de la globalización de un proceso de expansión del sistema comercial, puede colegirse que este fenómeno deviene de los intereses de los productores y comerciantes de los países de mayor desarrollo; aunque debemos resaltar que el comercio internacional se extiende a todos los países.[5] De allí que la internacionalización de las actividades

[3]PISARELLO, Gerardo, "Globalización, Constitucionalismo y Derechos: Las Vías Del Cosmopolitismo Jurídico", en CARBONELL, Miguel (Coord.), *Teoría del Neoconstitucionalismo, ensayos escogidos,* Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 159.

[4] ZAPATA ARBELÁEZ, Adriana, "Ley Aplicable y jurisdicción competente en conflictos surgidos en la contratación comercial electrónica", en *Derecho del Comercio Electrónico,* Biblioteca Jurídica Diké, Primera Edición, Medellín, 2002, p. 213

[5]PADRÓN AMARÉ. Algunas reflexiones sobre los efectos de la internacionalización de las actividades económicas en relación con las formas societarias, la comercialización de bienes y servicios y la tributación. Derecho mercantil, XXIX jornadas "J.M. Domínguez Escovar".Barquisimeto Tribuna Jurídica de Venezuela. Tipografía y Litografía Horizonte C.A. Barquisimeto-Venezuela. 2004.13 - 14.

económicas avanzadas sea un producto directo del desarrollo económico aparejado al desarrollo tecnológico.

Producto de ese avance tecnológico que impacta el mundo, se han creado sistemas de comunicación que se utilizan con múltiples propósitos, uno de los más importantes es el comercio electrónico.

Para Velandia Ponce[6], esa sociedad de información se arraiga cada vez más en las relaciones humanas, específicamente a través del sistema de internet, que además de un nuevo lenguaje universal, ha creado canales ideales de acercamiento que tienden a su masificación internacional, convirtiéndose en un indispensable sistema de comunicación, caracterizado por su bajo costo, por su rapidez y su eficiencia.

Además el autor argumenta que la tecnología ha modificado los hábitos de los ciudadanos del mundo, del comercio y de los consumidores. Las redes computarizadas de interconexión, como es internet, imponen un cambio en las pautas de comportamiento, con incidencia en las relaciones sociales que se involucran de formas distintas. Se está presentando una nueva forma de comprender las relaciones humanas, se ha creado inclusive un nuevo vocabulario. Esa nueva forma de relacionarse y de entenderse ha provocado cambios profundos en las formas de contratación.

El origen de los contratos electrónicos es la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito empresarial y comercial; los cuales cada vez adquieren mayor relevancia, producto de la implementación de grandes redes de comunicación telemática, como internet; que facilita la contratación entre personas de manera remota, al tiempo que ofrece nuevos métodos, productos y servicios de naturaleza informática.

En este orden de ideas, los contratos electrónicos no tienen como punto de referencia el objeto de la prestación, sino la forma en que las partes se obligan, entrando en esta categoría todos

[6]VELANDIA PONCE, P. Los contratos electrónicos: el futuro ha llegado, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la colección de libros homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley n° 14, volumen ii, Caracas-Venezuela. 2004. 730.

aquellos contratos que se realizan mediante la utilización de algún elemento electrónico que intervenga en el proceso de formación de la voluntad de los contratantes[7].

La autora Rico Carrillo, al referirse a la intervención de un medio electrónico para la formación del contrato, mencionó una diversidad de instrumentos que facilitan la contratación entre personas ubicadas en espacios físicos diferentes, tales como: el télex, el teléfono, el fax, la videoconferencia, el uso de redes cerradas de comunicación entre empresas, y, por supuesto, el internet. Y agregó que la esencia del contrato electrónico radica en el medio utilizado en la contratación, independientemente del objeto sobre el cual recae el acuerdo, pudiendo existir contratos informáticos celebrados por medios electrónicos, como sucede en el caso de la venta de un software a través de internet.

En la actualidad, la mayoría de las legislaciones a nivel mundial, admiten la validez y eficacia de la contratación realizada a través de medios electrónicos. Lo que hay que tratar ahora es unificar en lo posible esas legislaciones para conseguir coherencia entre sí, en beneficio de la seguridad jurídica integrada.

A propósito de lo anterior, en diciembre de 1997 se celebró una declaración conjunta dirigida a la creación de otra Ley Modelo relativa a los contratos electrónicos, suscrita por los Estados Unidos y países de la Unión Europea, en la cual, entre otros postulados, se reconoció el avance indetenible de la globalización, que imponía la necesidad de establecer un marco jurídico de regulación internacional de las transacciones y negocios celebrados a través de internet; ello con el fin de trabajar en conjunto, para desarrollar un mercado global, en el cual la competencia y posibilidad de elegir del consumidor marcaran la pauta a nivel económico.

En Venezuela, el Decreto con Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas[8] señala en su exposición de motivos, que se configura el marco legal para la celebración de

[7]RICO CARRILLO, M. (2004). El contrato electrónico como fuentes de obligaciones, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la colección de libros homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley n° 14, volumen II, Caracas-Venezuela, página 388.

[8]Decreto con Fuerza de Ley 1204 sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2001) publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

negocios y actos jurídicos empleando para ello los medios electrónicos, con el propósito que dichos mensajes de datos sean trascendentes en el ámbito jurídico. Éste puede considerarse un punto de partida para darle legalidad al contrato electrónico y por lo tanto, el inicio de la seguridad jurídica a través de su legitimación.

La contratación a través de medios electrónicos es una realidad que invade de forma creciente las diferentes esferas del comercio[9]. Las innovaciones que se producen en esta rama de las nuevas tecnologías son constantes; y es por ello por lo que han surgido normas de regulación jurídica en lo relativo al desarrollo y aplicación de las nuevas tecnologías para la protección de las personas, y así evitar que resulten rebasadas por los efectos que los medios de información modernos traen a menudo consigo. Esas innovaciones traen como consecuencia la necesidad de revisión permanente del texto legal para reforzar la seguridad jurídica del caso.

De acuerdo a lo señalado por Velandia Ponce[10] el cual advirtió que la contratación electrónica ha abierto nuevas fuentes de trabajo, ha facilitado mejorías en la productividad de los individuos y de las empresas, ha reducido costos para todos; en fin, ha producido beneficios que hasta hace poco tiempo podían parecer insospechables. Pero ese mismo desarrollo ha irrumpido tan rápidamente que es muy fácil caer en el descontrol, en un exceso de libertades que puede atentar contra la seguridad jurídica que requieren las relaciones humanas. Es por eso, que la revisión y creación de normas acordes con los cambios tenga que marcar constantemente el comercio electrónico.

El contrato electrónico constituye una nueva modalidad contractual que se desvincula parcialmente de las disposiciones del Código Civil; y ante ello, si bien la libertad contractual sigue vigente, vemos en la práctica cómo la autonomía privada es objeto cada vez demás de

[9]VELANDIA PONCE, P. Los contratos electrónicos: el futuro ha llegado, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la colección de libros homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley n° 14, volumen ii, Caracas-Venezuela.(2004).

[10]VELANDIA PONCE, R. Los Contratos Electrónicos: El Futuro ha llegado, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la Colección de Libros Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley N° 14, volumen II, Caracas-Venezuela. (2004).

limitaciones legales, sea por razones de orden público o por exigencias de la realidad jurídica, lo cual incide en la debida seguridad jurídica para los contratantes.

Ante esta realidad, se ha tornado imprescindible la regulación jurídica de las nuevas formas de contratación electrónica que implican, en la mayoría de los casos, transferencias de fondos en instituciones de naturaleza bancaria; y además, la penalización y prevención de actividades delictivas, de manera tal de aportar seguridad jurídica a las partes inmersas en dichas negociaciones.

El surgimiento de nuevas formas de contratación ha producido además la creación de nuevas disciplinas jurídicas, tales como: el Derecho de Competencia, el Derecho de Consumo, el Derecho de la Propiedad Compartida y la Bioética, entre otros; los cuales tienen repercusiones en el campo jurídico, tanto en el derecho público como en el privado. De ahí que, al compás de las políticas integracionistas que llevan cada día a la instauración de la globalización, el desarrollo de la contratación electrónica puede ser un instrumento para lograr sus fines[11]. Agregaremos el derecho de autor y de invención con su necesidad de innovación propia.

Aunado a ello, en su mayoría, las nuevas figuras contractuales atienden a las contrataciones masivas, típicas en las relaciones de consumo, que se distinguen de los contratos clásicos con su fisonomía mayoritaria como derivadas de negociaciones individuales. De ello puede colegirse que dichos contratos hayan sido denominados en ocasiones como contratos atípicos que devienen de la propia dinámica socio-jurídica, y es por ello por lo que las legislaciones han intervenido en pro de la justicia contractual que defiende, que se traduce en la protección al consumidor, las limitaciones al dominio, la tuición del medio ambiente y de los intereses difusos. Tal fue el criterio sostenido por una sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Justicia Venezolano.

En ese orden de ideas, la contratación electrónica dentro de sus características presenta la naturaleza de ser un contrato masivo, mayoritariamente de adhesión; y, de ahí, la mayoría de los

[11]VELANDIA PONCE, R. Los Contratos Electrónicos: El Futuro ha llegado, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la Colección de Libros Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley N° 14, volumen II, Caracas-Venezuela. (2004).733

contratos masivos responde a condiciones o cláusulas preestablecidas por una de las partes del contrato; en general, la empresa o comerciante oferente le impone sus condiciones a la otra parte, el consumidor o contratante, sin que pueda discutirlas, ni modificarlas. Es de resaltar que este tipo de contratación denominada contratos de adhesión puede conllevar a un desequilibrio, por lo que su contenido y alcance debe estudiarse a fin de verificar que se encuentren en proporción los derechos de los contratantes; o que dichas cláusulas no contraríen el orden público. Como consecuencia, si hay un desbalance entre las partes puede surgir mayor inseguridad para la parte más débil de la relación, que en este caso no es otro que el usuario o consumidor, el contratante por medios electrónicos.

Esta materia atañe el orden público como una figura supeditada al interés colectivo, no susceptible de inobservancia por causa del libre consentimiento de los contratantes, so pena de afectar de nulidad de cualquier actuación o negociación que vaya en contra del ordenamiento jurídico. Por otra parte, puede considerarse parte del debido proceso, en cuanto la formación legítima de todo contrato amerita la protección de los intereses de aquel contratante cuya suerte puede quedar afectada frente a un contrato de adhesión que lo deje en estado de vulnerabilidad social y legal: falta se seguridad jurídica.

Ante este escenario ha surgido entre distintas legislaciones, y producto de la preocupación estatal, una nueva tendencia o disciplina jurídica denominada derecho del consumo o derecho de competencia, tendente a la protección de los usuarios, por medio de la búsqueda de un equilibrio contractual, que es proclive a afectarse en la contratación en masa, para el amparo de consumidores y usuarios, denominado en algunos lugares “tutela del adherente”. Consideramos que este asunto representa una extensión al principio de la tutela legal efectiva; y, por ende, tiene que merecer la debida cobertura constitucional. Orgánicamente, es la propia justificación de la legislación protectora de los consumidores, surgida ante la necesidad de adaptar la legislación a la nueva realidad socioeconómica de todos los países, al menos los del hemisferio occidental.

Seguridad de la información

Como vivimos ahora en la sociedad de la información, es importante extender la revisión de la seguridad jurídica hasta ese campo.

Álvarez Álvarez[12] señala que la seguridad de la información proporciona los medios para controlar que un usuario no exceda las facultades que le competen en un sistema de cómputo o una red. Y enumera como componentes básicos de la seguridad de la información los siguientes:

1.-Autenticación: explicada como la verificación de la identidad de un usuario. Tiene lugar usualmente cuando un usuario se conecta a un sistema y se identifica para utilizarlo, o cuando, en una red, se inicia la transferencia de una información. Puede ser efectuada por medio de contraseñas simples, o por sistemas especiales de contraseñas, o por preguntas que sólo el supuesto usuario está en condiciones de absolver, o por procesos de reconocimiento biométrico. El grado de sofisticación del proceso de autenticación depende del nivel de riesgo asociado con el eventual acceso de un intruso.

2.-Autorización: Que viene a ser el proceso para determinar las facultades que se le otorgan a un usuario para utilizar los distintos recursos de un sistema o de una red. En un sistema de cómputo los recursos incluyen archivos de datos, comandos de operación, transacciones, dispositivos de entrada y salida de información, programas, etc. En una red los recursos incluyen comandos de operación, enrutamiento de comunicaciones, activación o desactivación de terminales, consolas de operación, etc. Por lo general las reglas de autorización obedecen a una política específica de cada empresa y son definidas mediante listas de control de acceso.

3.-Administración: Concebida como el proceso de definir, modificar y retirar usuarios, recursos o privilegios de utilización de recursos.

4.-Auditoria: Se trata del proceso de reunión y análisis de la información de control que le permite a los usuarios del sistema verificar que la actividad de los usuarios y las reglas de autorización se comportan en forma acorde con las políticas de seguridad. Para esto se implanta un proceso de registro y monitoreo que puede ser continuo, ocasional o periódico, que incluye

[12]ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. Trabajo: Transacciones y medios de pago por internet, publicado en el libro: Derecho del comercio electrónico. Biblioteca jurídica Diké, primera edición, Medellín-Colombia.(2002).

además la documentación de las actividades de los administradores y auditores del sistema o de la red para verificar que no abusen de sus privilegios de acceso.

5.-Criptografía: representa el uso de técnicas matemáticas para manipular y cambiar el orden de los datos para que no puedan ser restablecidos en su forma original sin el consentimiento del algoritmo de encriptación y de la clave de desencriptación. También puede ser utilizada para calcular valores de autoverificación que permitan detectar modificaciones accidentales o intencionales de los datos originales. Puede ser usada además para transmitir la identificación autenticada de los usuarios, para proteger la confidencialidad y la integridad de los datos, y para verificar la fuente de los datos. Mediante el uso de la firma digital, la criptografía puede mejorar el proceso de autenticación y darle mayor certificación.

Seguridad jurídica y firmas electrónicas

Jurídicamente, el mejor apoyo para crear seguridad jurídica a los mensajes de datos que circulan por las redes de internet es el de las llamadas Firmas Electrónicas, instauradas ya internacionalmente por todos los países.

Los sistemas de información de redes, tanto abiertas como cerradas, están expuestos a innumerables riesgos y amenazas, y por consiguiente, también los atributos de la información: su integridad, autenticidad y su confidencialidad, se encuentran amenazados por actividades ilícitas tales como el espionaje y el sabotaje informático, ataques de virus, entre otros.

En tal razón, a fin de minimizar tales riesgos y amenazas, y procurar la protección de la información, se han implementado mecanismos tales como cortafuego, sistemas antivirus y sistemas de autenticación de firmas electrónicas, cuyo funcionamiento y demás atributos son objeto de regulación normativa.

Dicho lo anterior, es de resaltar que diariamente se utiliza la firma electrónica para la contratación privada o pública por vía electrónica, entre comerciante/empresa y consumidor, y entre empresas entre sí, o incluso entre los mismos consumidores finales; y funciona mediante un sistema de cifrado o encriptación, para lo cual se utiliza una clave para tener acceso a la

información. En sí funcionan dos claves: una privada y una pública, la primera de ellas es de uso exclusivo del emisor o titular de la firma electrónica, y la clave pública es para que el receptor de la información pueda tener acceso a la misma. De eso se trata la Firma Electrónica.

El Decreto con Fuerza de Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2001) regula en forma genérica la celebración de negocios y actos jurídicos empleando para ello los medios electrónicos con el propósito de que dichos mensajes de datos sean veraces o validables en el ámbito jurídico. Además de ello, resalta el hecho que el Decreto Ley establece una equivalencia funcional entre la firma autógrafa y la firma electrónica, claro que una vez sean cumplidos ciertos requisitos.

Respecto a la firma electrónica, la Sala Constitucional[13] dejó sentado que constituye una herramienta tecnológica que forma parte de las llamadas tecnologías de la información, que están aludidas en el artículo 8 dela ley antes mencionada, en lo concerniente al área de tecnologías de información, comprende, además, el establecimiento de políticas sobre la generación de contenido en la red.

La firma manuscrita ha sido tradicionalmente la expresión de consentimiento más frecuente y habitual, por lo que puede afirmarse que la firma en entornos físicos garantiza fundamentalmente el atributo de autenticidad de la información. No obstante, en la medida que el uso y circulación de la información digital se ha generalizado, han surgido en las relaciones jurídicas las firmas electrónicas, que también constituyen herramientas confiables, pero con características diferentes porque se utilizan en redes de comunicación cerradas o abiertas, como por ejemplo el internet y las redes utilizadas para transferencias bancarias de manera interna.

En líneas generales, la manifestación de voluntad (consentimiento) crea vínculos y produce obligaciones; no obstante, para ello es menester conocer a quién concierne dicha manifestación de voluntad, y si dicho consentimiento se corresponde con lo efectivamente

[13] Sentencia Nº 1248 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 15 de diciembre de 2022. Tomada de la página web http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/322165-1248-151222-2022-20-0396.HTML. Consulta realizada el 19 de julio de 2023

expresado por el pactante. De ello surgen las cuestiones relativas a la identidad de las partes y el contenido del mensaje. Es un elemento indispensable para la seguridad jurídica, que en el caso de la contratación electrónica opera diferente.

Así, en los documentos escritos es menos complicado establecer su autoría con la firma autógrafa de quien suscribe, y vincular así el respectivo contenido con la manifestación de voluntad allí plasmada. Caso distinto ocurre con los documentos electrónicos, en virtud de que, para darle validez al consentimiento manifestado, debe existir un soporte informático basado en técnicas de control que permitan garantizar la integridad del mensaje, esto es, la coincidencia entre el emisor, la manifestación emitida y la comunicación recibida.[14]

Respecto de ello, el Decreto con Fuerza de Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2001)[15], en el artículo 16 dispone:

> La Firma Electrónica que permita vincular al Signatario con el Mensaje de Datos y atribuir la autoría de éste, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa. A tal efecto, salvo que las partes dispongan otra cosa, la Firma Electrónica deberá llenar los siguientes aspectos: 1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente, su confidencialidad. 2. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento. 3. No alterar la integridad del Mensaje de Datos. A los efectos de este artículo, la Firma Electrónica podrá formar parte integrante del Mensaje de Datos, o estar inequívocamente asociada a éste; enviarse o no en un mismo acto.

Dicha norma se complementa con las disposiciones del artículo 17 del mismo Decreto Ley, que dispone: La Firma Electrónica que no cumpla con los requisitos señalados en el artículo anterior no tendrá los efectos jurídicos que se le atribuyen en el presente Capítulo, sin embargo, podrá constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica.

La firma electrónica avanzada siempre está basada en un certificado reconocido, y una vez que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma tendrá, respecto de

[14]MADRID PARRA, A. Trabajo: El negocio jurídico electrónico. Derecho del comercio electrónico. Biblioteca Jurídica Diké, primera edición, Medellín-Colombia.2002.

[15]Decreto con Fuerza de Ley 1204 sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2001) publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales[16]. De ello se colige que luego de probar en el proceso que la firma electrónica cumple con tales requisitos, equivaldrá a la firma autógrafa.

Incluso, cuando el certificado fuere emitido por un proveedor de servicios de certificación extranjero, tendrán la misma validez y eficacia jurídica reconocida a los certificados nacionales, siempre que tales certificados sean garantizados por un Proveedor de Servicios de Certificación, acreditado en el país; no obstante, los certificados electrónicos extranjeros, no garantizados por un Proveedor de Servicios de Certificación acreditados para actuar en el país, podrán constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica, según el artículo 4 del citado Decreto Ley.

Según Velandia Ponce[17], la norma en comento enumera los aspectos que debe cumplir la firma electrónica:

1. Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente su confiabilidad.
2. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento.
3. No alterar la integridad del mensaje de datos.
4. La firma debe estar debidamente certificada.

Aunado a ello, la firma electrónica dice el citado autor que requiere de una participación tripartita:

[16] MADRID PARRA, A. Trabajo: El negocio jurídico electrónico. Derecho del comercio electrónico. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín-Colombia. (2002).
[17]VELANDIA PONCE, R. Los Contratos Electrónicos: El Futuro ha llegado, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la Colección de Libros Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley N° 14, volumen II, Caracas-Venezuela. (2004).

a) El firmante**:** Que según el artículo 2 de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas[18], alude a tres formas:

1. Persona como sujeto jurídicamente hábil susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, 2.Emisor: persona que origina el mensaje de datos por sí mismo o a través de terceros autorizados, 3.Signatario es la persona titular de una firma electrónica o certificado electrónico, es el autor o persona que crea una firma electrónica a través de un dispositivo de creación de firma, que son códigos datos o claves privadas de confirmación única.

b) El certificador: Persona física o jurídica, un tercero en la relación, suficientemente acreditado que brinda confiabilidad suficiente de su servicio y que se traduce en seguridad jurídica de las comunicaciones por medios informáticos y telemáticos, cuya actividad debe ser regulada legalmente para que se produzca tal confiabilidad. En la Ley se le denomina prestador de servicios de certificación y lo define como persona dedicada a proporcionar certificados electrónicos y demás actividades previstas en dicho decreto ley.

El certificado se reconoce como una constancia o clave pública, y viene a ser un documento electrónico emitido por una autoridad certificadora que permite la identificación segura del proveedor de la firma, evitando su suplantación identificativa por terceros.

La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, contempla esta actividad a través de los proveedores de servicios de certificación que pueden ser personas naturales o jurídicas, y cuya acreditación depende de una superintendencia de servicios de certificación electrónica. El artículo 38, establece que:

El certificado electrónico garantiza la autoría de la firma electrónica y la integridad del mensaje de datos, pero no le confiere autenticidad o fe pública como la que le otorgan los funcionarios públicos a los actos y documentos que ellos suscriben.

[18] Decreto con Fuerza de Ley 1204 sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2001) publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

Es preciso acotar, que la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia[19], en sentencia número RC 000369, con respecto a los artículos 4 y 38, estableció que la valoración de las impresiones de documentos electrónicos debe efectuarse conforme a lo previsto en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, y como consecuencia, deben estimarse como prueba y además, resaltó que lo ideal es que se tenga registrada la firma electrónica del correo para que quede constancia del remitente a través de los mecanismos pautados por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE), que es un servicio desconcentrado sin personalidad jurídica, creado mediante el Decreto- Ley N° 1.204 de fecha 10 de febrero de 2001, sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

c) El tercero o el destinatario: Con base a criterios de confianza acepta el contenido de la información que equivale al tercero de buena fe; no tiene que ser, necesariamente, una contraparte en la relación contractual, sino aquel que cree en el certificado que determina la identidad entre el autor de una firma electrónica y la información que se presenta.

Para Oberto Vélez[20], el problema de la autoría en el documento electrónico se resolvió a través de la firma electrónica, considerando para ello que se va más allá al mantener los mismos elementos de la firma manuscrita, y además expresarse la integridad, fecha, hora y los datos de la recepción mediante técnicas de sellamiento electrónicos.

Además de ello, es importante mencionar que para Urdaneta Benítez[21], la firma electrónica otorgada en las formas y condiciones previstas en las leyes que la regulan ofrece grandes beneficios para los usuarios, tanto desde el punto de vista tecnológico como jurídico, al garantizar

[19] Sentencia Nº RC000369 dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 15 de junio de 2016. Tomada de la página web http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/188346-RC.000369-15616-15-909.HTML. Consulta realizada el 15 de marzo de 2023.

[20]OBERTO VÉLEZ, C. Derecho Procesal e Informática, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la Colección de Libros Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona N° 5, volumen I, Caracas-Venezuela. (2002).

[21]URDANETA BENÍTEZ, J. Los Mensajes de Datos y la Firma Electrónica (Seguridad Jurídica que ofrecen y Valor Probatorio). Serie Tesis 5, Academia de Ciencias políticas y Sociales. Caracas-Venezuela. (2010).

la seguridad y la confidencialidad de que gozarán los documentos electrónicos, así como las transacciones firmadas que se realicen a través de medios telemáticos.

Legislación nacional respecto de los contratos electrónicos

El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles y los actos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes, y en su artículo 3 reconoce como actos de comercio a cualquier contrato y obligación de los comerciantes, si no resulta contrario al acto de que se trate, y si dichas transacciones no son de naturaleza eminentemente civil. Según el artículo 9 *ejusdem*, las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo.

Por otro lado, el Código Civil es considerado como norma supletoria para aquellos vacíos que no se cubren en la ley mercantil; y en cuyo artículo 1.159, prevé en materia contractual el principio de autonomía de la voluntad de las partes, sin más limitaciones que las derivadas de las leyes.

No obstante, es menester señalar que, en nuestro país es incipiente la regulación del comercio electrónico, ya que si bien se encuentran en vigor normas jurídicas que reglan de alguna manera las transacciones y los mensajes de datos y firmas electrónicas, dichas disposiciones normativas no contemplan expresamente las formas y condiciones para la celebración de los contratos electrónicos en su respectiva aplicación al comercio electrónico, tomando en consideración las particularidades de este tipo de negocio jurídico frente a las condiciones establecidas para el comercio tradicional.

A tal efecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 110 reconoce 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 de la nación; y además dispone que las formas y condiciones para el cumplimiento de dicha garantía

deberán ser previstas en la Ley. Y respecto de ello, la Sala Constitucional[22] reafirmó el carácter de interés público que revisten las actividades científicas, tecnológicas, de innovación y sus aplicaciones para el ejercicio nacional en todos los ámbitos de la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Por su parte, el artículo 112 de la Carta Magna contempla como un derecho la libertad económica, y como consecuencia, todas las personas podrán dedicarse a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las Leyes, sin que sean permitidos los monopolios (artículo 113), dejando la posibilidad de intervención del Estado en la actividad comercial.

La exposición de motivos de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas LMDFE, como se dijo, configura el marco legal para la celebración de negocios y actos jurídicos, empleando para ello los medios electrónicos, con el propósito que dichos mensajes de datos sean trascendentes en el ámbito jurídico, sin embargo, no regula expresamente los supuestos de hecho para el desarrollo de dichas actividades.

Finalmente, la Ley sobre Delitos Informáticos, cuya finalidad es la protección integral de los sistemas que hagan uso de tecnologías de información, así como la prevención y sanción de las conductas o acciones contrarias a derecho que se realizan en el entorno digital contra tales sistemas o cualquiera de sus componentes; o de los delitos cometidos implementando dichas tecnologías.

Ante ello es de resaltar, que si bien las disposiciones normativas antes mencionadas no contemplan de forma expresa el comercio electrónico y sus actividades conexas, le sirven de marco regulador de los negocios jurídicos celebrados por medios telemáticos, así como las consecuencias que de ellos se derivan.

[22] Sentencia Nº 1248 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 15 de diciembre de 2022. Tomada de la página web http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/322165-1248-151222-2022-20-0396.HTML. Consulta realizada el 19 de julio de 2023.

CONCLUSIONES

Se puede concluir que las transacciones mercantiles no escapan al proceso de globalización que apareció junto con la necesidad de expansión del comercio internacional, que hizo menester establecer reglas, conductas e instituciones tendentes a unificar las estructuras y mecanismos de organización de la comunidad internacional.

El hecho de la integración de mercados y de la globalización de las economías determinó en su momento la necesidad para esta área del derecho para responder a los requerimientos de los operadores del comercio internacional, en relación con aspectos cruciales, para la seguridad jurídica de las transacciones internacionales, ya que la tecnología ha modificado los hábitos de los ciudadanos del mundo, del comercio y de los consumidores.

Las redes computarizadas de interconexión, como es internet, imponen un cambio en las pautas de comportamiento, con incidencia en las relaciones sociales que se involucran de formas distintas. Se está presentando una nueva forma de comprender las relaciones humanas, hasta se ha creado un nuevo vocabulario. Esa nueva forma de relacionarse y de entenderse ha provocado cambios profundos en las formas de contratación.

El origen de los contratos electrónicos es la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito empresarial y comercial; los cuales cada vez adquieren mayor relevancia, producto de la implementación de grandes redes de comunicación telemática, como el Internet; que facilita la contratación entre personas de manera remota, al tiempo que ofrece nuevos métodos, productos y servicios de naturaleza informática.

Han sido todos factores concomitantes para requerir una nueva visión en el abordaje de la seguridad jurídica que corresponde ser aplicada.

En la actualidad, la mayoría de las legislaciones admiten la validez y eficacia de la contratación realizada a través de medios electrónicos. A partir de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que reguló la validez y formación de los contratos electrónicos, aunque no precediera el convenio expreso de las partes

siguieron nuevos textos legales. Luego se celebró una declaración conjunta dirigida a la creación de otra Ley Modelo relativa a los contratos electrónicos, suscrita por los Estados Unidos y países de la Unión Europea, la cual reconoció el avance indetenible de la globalización, que imponía la necesidad de establecer un marco jurídico de regulación internacional de las transacciones y negocios celebrados a través de internet; ello con el fin de trabajar en conjunto, para desarrollar un mercado global, en el cual la competencia y posibilidad de elegir del consumidor marcaran la pauta a nivel económico (diciembre 1997). Y así sucesivamente siguieron nuevas creaciones legales internacionalmente. En Venezuela, la materia quedó a cargo de la LMDFE. Algunos vacíos han tenido que ser cubiertos por la jurisprudencia.

La contratación a través de medios electrónicos es una realidad que invade de forma creciente las diferentes esferas del comercio. Las innovaciones que se producen en esta rama de las nuevas tecnologías son constantes; y es por ello, que continuarán surgiendo normas de regulación jurídica que apliquen al desarrollo y aplicación de las nuevas tecnologías, teniendo particular cuidado con la protección de las personas, y así evita. Luego resulta necesaria la penalización y prevención de actividades delictivas, de manera tal de aportar seguridad jurídica a las partes involucradas en negociaciones ilícitas de naturaleza delictual. Son todos apuntamientos hacia la mayor seguridad jurídica que tiene que imperar dentro del mundo tecnológico.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. (2002) Trabajo: Transacciones y medios de pago por internet, publicado en el libro: derecho del comercio electrónico. Biblioteca Jurídica Diké, primera edición, Medellín-Colombia.

CÓDIGO CIVIL, publicado en la Gaceta Oficial Nº 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, publicado en la Gaceta Oficial Nº 3.970 del 13 de marzo de 1987 y en la Gaceta Oficial Nº 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

CÓDIGO DE COMERCIO, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 472 de fecha 17 de octubre de 1955.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpresa por errores materiales del ente emisor en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.453 del 24 de marzo de 2000, con Enmienda número 1, publicada en la Gaceta Oficial número 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

LEY DE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS, publicada en la Gaceta Oficial Nº 37.148 del 28 de febrero de 2001.

LEY ORGÁNICA DE REFORMA PARCIAL DEL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.575 del 16 de diciembre de 2010.

LEY ESPECIAL CONTRA LOS DELITOS INFORMÁTICOS, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.313 del 30 de octubre de 2001.

MADRID PARRA, A. (2002) Trabajo: El negocio jurídico electrónico, publicado en el libro: Derecho del comercio electrónico. Biblioteca Jurídica Diké, primera edición, Medellín-Colombia.

OBERTO VELEZ, C. (2002). Derecho procesal e informática, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la Colección de Libros Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona N° 5, volumen I, Caracas-Venezuela.

PADRÓN AMARÉ, O. (2004) Algunas reflexiones sobre los efectos de la internacionalización de las actividades económicas en relación con las formas societarias, la comercialización de bienes y servicios y la tributación, publicado en el libro: Derecho Mercantil, XXIX Jornadas "J.M. Domínguez Escovar". (2004). Barquisimeto Tribuna Jurídica de Venezuela. Tipografía y Litografía Horizonte C.A. Barquisimeto-Venezuela.

PISARELLO, G. (2007). Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico**.** Teoría del Neoconstitucionalismo, ensayos escogidos. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Editorial Trotta. Madrid, España.

RICO CARRILLO, M. (2004). El contrato electrónico como fuentes de obligaciones, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la Colección de Libros Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley N° 14, volumen II, Caracas-Venezuela.

Sentencia Nº 1248 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 15 de diciembre de 2022. Tomada de la página web http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/322165-1248-151222-2022-20-0396.HTML. Consulta realizada el 19 de julio de 2023.

Sentencia Nº RC000369 dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 15 de junio de 2016. Tomada de la página web http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/188346-RC.000369-15616-15-909.HTML. Consulta realizada el 15 de marzo de 2023.

URDANETA BENÍTEZ, J (2010). Los mensajes de datos y la firma electrónica (seguridad jurídica que ofrecen y valor probatorio). Serie Tesis 5, Academia de Ciencias políticas y Sociales. Caracas-Venezuela.

VELANDIA PONCE, R. (2004). Los contratos electrónicos: el futuro ha llegado, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en la Colección de Libros Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley N° 14, volumen II, Caracas-Venezuela.

ZAPATA ARBELÁEZ, A. (2002) Trabajo: Ley aplicable y jurisdicción competente en conflictos surgidos en la contratación comercial electrónica, publicado en el Libro: Derecho del comercio electrónico. Biblioteca Jurídica Diké, primera edición, Medellín-Colombia.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: ¿UNA DIFERENCIACIÓN NECESARIA?

Alejandro Ramírez Padrón
Daniel Caetano Alemparte

Abogado (UCAB, 2022). Cursando el Programa de Estudios Avanzados en Derecho Privado Patrimonial (UMA). Director Editorial del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila.

Abogado (USM, 2014). Cursando Especialización en Derecho Procesal (UCV). Cursando Programa de Estudios Avanzados en Derecho Privado Patrimonial (UMA). Abogado, libre ejercicio de la profesión.

Resumen: Los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad son categorías jurídicas que, debido a sus similitudes y estrecha relación, suelen estudiarse en forma conexa y muchas veces confundirse. No obstante, presentan ciertos contrastes en su conceptualización y modos jurídicos de protección. Estas distinciones resultan importantes estudiarlas, tanto desde un punto de vista teórico como práctico. En el presente artículo se pretende brindar una aproximación a las nociones de estas categorías y así analizar las formas en que se relacionan entre sí.

Palabras clave: derechos de la personalidad; derechos fundamentales; persona; dignidad.

FUNDAMENTAL RIGHTS AND PERSONALITY RIGHTS: A NECESSARY DIFFERENTIATION?

Abstract: Fundamental rights and personality rights are legal categories that, due to their similarities and close relationship, are usually studied in a related manner and often confused. However, their conceptualization and legal modes of protection present certain contrasts. These distinctions are important to study, both from a theoretical and a practical point of view. The purpose of this article is to provide an approach to the notions of these categories and thus analyze the ways in which they relate to each other.

Keywords: personality rights; fundamental rights; person; dignity.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objetivo realizar un análisis breve, pero a la vez específico y didáctico, sobre la noción de derechos fundamentales, los derechos de la personalidad, así como la posible interrelación y diferencia existente entre dichos conceptos jurídicos, sus características, clasificación y diversas formas en las que el ordenamiento jurídico prevé su protección o reparación en caso de lesión. De igual modo, es menester señalar que abordaremos la temática propuesta, en tres grandes bloques divididos así: I. Aproximación a la noción de derechos fundamentales, II. Aproximación a la noción de los derechos de la personalidad; y finalmente, III. Interrelación y sentido de las categorías jurídicas; con lo cual, pretendemos determinar el contenido y alcance de tales categorías de derechos, así como acercarnos a una conclusión definitiva sobre sus similitudes, con especial énfasis en sus posibles diferencias teóricas y prácticas.

Es la persona, así como la protección a sus derechos y su dignidad, lo más relevante y esencial para el derecho, dicho de otro modo, todo el espíritu y estructura del ordenamiento jurídico gira en torno al concepto de persona y su protección, en ese sentido, estas categorías y la diferenciación entre derechos de la personalidad y derechos fundamentales, nos dan cuenta, cada una desde su perspectiva y ámbito de aplicación teórico-práctico, de que el derecho es el mecanismo creado por el ser humano, para proteger a la persona jurídica *lato sensu*, tanto de sus iguales, el Estado, sus órganos o cualquier ente lesivo.

Pues bien, en el quehacer jurídico resulta transcendental identificar cada categoría de estos derechos fundamentales y de la personalidad, sus diferencias, mecanismos de tutela, así como el modo de resarcir los daños ocasionados por su lesión, pues además de que ambos cuentan, en ciertos casos, con una previsión y protección formal en nuestra Constitución, el espíritu de estos derechos proteger a la persona, tanto en su aspecto físico, como en su aspecto moral, o más allá.

Sin bien la protección de los derechos de la persona en un sentido amplio, es usualmente estudiado en el ámbito del derecho público, también el derecho privado, especialmente el derecho civil, ha emprendido el estudio de los derechos de la personalidad, pues al considerar

que la persona y el respeto a su dignidad es el centro y pilar fundamental de todo el orden jurídico, existe la posibilidad de que los daños o lesiones a estos derechos no sean causados por el Estado, quien es el usual agresor o al menos se facilita por su rol de poder, sino que provengan de un igual, o dicho de otro modo, sean ocasionados en una relación entre iguales, con lo cual la protección y resarcimiento del daño tendrá consideraciones especiales a tomar en cuenta.

I. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE "*DERECHOS FUNDAMENTALES*"

Sin lugar a dudas, la noción de "*derechos fundamentales*" es compleja. Iniciando con que generalmente el ordenamiento jurídico positivo se tienda a usar la expresión derecho fundamental, incluso a enlistar derechos bajo esta categoría, pero no ofrece concepto al respecto. Es entonces donde cobra un rol protagónico la doctrina como fuente esclarecedora de esta carencia del legislador.

Se ha entendido a los derechos fundamentales como una categoría que enmarca aquellos valores esenciales que un Estado de Derecho debe proteger de cara a sus individuos.

De aquí, se han construido dos formas de comprender este concepto. Una primera denominada formal, la cual parte de la idea de que con el mero hecho de encontrarse dentro de la Constitución –atendiendo a su naturaleza de norma suprema- ya hace que podamos catalogar a dicho derecho como fundamental.

En paralelo, existe una postura denominada material, lo cual predica que lo relevante no es dónde esté recogido, sino que dicho derecho persiga proteger valores esenciales del ordenamiento jurídico.

Partiendo de esta noción, es apreciable lo extensa de la misma. Y como podremos observar más adelante, tan extensa resulta que abarca a otras categorías como a derechos de la personalidad, no obstante, no es una relación inversa puesto a que no todo derecho fundamental será un derecho de la personalidad.

Asimismo, esto deriva de la premisa de que existen derechos que no están adheridos al sujeto, sino que se desprenden de él. Hablar de derecho fundamental, es referirse a una categoría que

va más allá de protección de la integridad física y moral. Por ejemplo, encontramos derechos como el de asociarse o de formar sindicatos, los cuales no se puede afirmar que estén adheridos al sujeto, no obstante, sí puede aseverarse que dichos derechos persigan proteger valores fundamentales del ordenamiento jurídico.

Cabe destacar que estos valores fundamentales se expresan en un plano de igualdad en cuanto a su relevancia. En algunas ocasiones se ha formulado darle a la vida una importancia superior, pero es importante distinguir entre que, por un lado, la vida sea necesaria para materializar el resto de derechos, de la relevancia estrictamente. Puesto a que no tendría sentido garantizar la vida en detrimento de otros valores, como, por ejemplo, la libertad. En definitiva, es un conjunto de derechos, que protege valores esenciales para el ordenamiento jurídico, y que responden a una interrelación eficiente en la consecución de resguardar y exaltar la dignidad del hombre como centro del derecho.

Ahora bien, es prudente comentar que los derechos fundamentales poseen múltiples maneras de protegerse, siendo una de ellas a través del derecho civil en su forma de derechos de la personalidad que abordaremos en el siguiente capítulo. Aunque dicha forma no es la única, ya que a través de otras ramas del derecho como a penal, administrativo, entre otras, igualmente se puede proteger valores fundamentales del ordenamiento jurídico.

Es en este punto donde resulta menester diferenciar entre derechos fundamentales y los derechos de la personalidad que como bien señala José de Verda:

> Una de los problemas dogmáticos recurrentes en el ámbito del Derecho de la Persona es explicar de modo adecuado la relación entre la categoría de los "derechos fundamentales" y la de los "derechos de la personalidad". Las dificultades nacen por el diverso origen de ambas: los derechos fundamentales se conciben inicialmente como reductos de inmunidad frente a las injerencias de los poderes públicos; los derechos de la personalidad como una técnica del Derecho Civil para hacer frente a las intromisiones ilegítimas de sujetos de Derecho Privado en ámbitos de la propia esfera personal[1].

[1] José Ramón Deverda y Beamonte, «Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria». *Revista Boliv. de Derecho* Nº 23 (2017): 56.

Un elemento destacable es que cuando se habla de derechos fundamentales, estos inciden en las relaciones de los particulares tanto en casos que se involucre los poderes públicos, como en algunos casos en que no se involucren, cuestión que no aplica a todas las categorías de derechos.

II. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE "*DERECHOS DE LA PERSONALIDAD*"

En sus orígenes, el derecho fue ideado por el hombre para regular y ordenar las relaciones que inevitablemente surgían y se desarrollaban entre semejantes, con la intención e interés de evitar o, en todo caso, solucionar, las controversias que se suscitaban con ocasión a estas relaciones, pues bien, sobre este punto, debemos decir que, al referirnos a personas, queremos subrayar que en un estado inicial y primitivo del derecho, persona no era sinónimo de ser humano o visto de otro modo, como aquella entidad viva, capaz de ser obligarse o ser titular de derechos.

La acepción inicial de persona, de cierta forma limitada y desde la óptica actual estricta, fue posteriormente superada, cuando con ocasión del intercambio comercial y cultural, la economía, la inevitable asociación y agrupación entre varios hombres con diversos fines, así como la formación del concepto de Estado y sus órganos, hizo necesaria la creación de ficciones jurídicas denominadas bajo un todo como personas morales, es decir, aquellos entes que, sin ser hombres o seres humanos vivos, son construcciones ficticias, que a pesar de ser incorporales y no tener vida biológica son capaces de ser sujetos de derechos y de obligaciones, o dicho de otro modo, sujetos de derecho.

En el estado actual de los diversos sistemas y ordenamientos jurídicos, así como en la más reputada doctrina, existe acuerdo unánime en reconocer como sujetos de derechos a las personas, dígase, personas naturales y personas jurídicas, siendo también contestes en otorgarles personalidad jurídica, pues entendiendo que "la personalidad va ligada inseparablemente a la noción de persona: quien es persona tiene personalidad, quien tiene personalidad es persona"[2]

[2] Parra Trujillo E. de la. *Derechos de la personalidad y daño moral: Revista De Derecho Privado, 1* 2014. https://doi.org/10.22201/iij.24487902e.2014.5.9044. p. 3.

Considerando que "el derecho existe por la persona y para ella"[3] resulta indiscutible y difícil de controvertir, que es justamente esa definición de persona, el concepto cardinal y de mayor importancia para todo el derecho y el ordenamiento jurídico, el cual, en su función principal, se desarrolla como un sistema o estructura dirigida a proteger y salvaguardar a la persona, sus derechos y consecuentemente su integridad física o moral., según su naturaleza permita o no la existencia de ciertos derechos.

Tomando como punto de partida la afirmación de que la persona es el centro del ordenamiento jurídico y que toda persona intrínsecamente tiene personalidad y por ende es susceptible de derechos y obligaciones, la doctrina ha dedicado grandes esfuerzos a definir, caracterizar y clasificar esos derechos inherentes a la persona, los cuales, como referimos anteriormente, tienen una estrecha relación con la integridad y dignidad de ésta como premisa esencial.

Pues bien, dentro del universo de los derechos de la persona, con respecto a la cual, reiteramos, nos referimos a ella en un sentido amplio, encontramos diversas distinciones o clasificaciones, que siempre van a definirse y diferenciarse según los derechos que protegen, su alcance y especialmente según sus mecanismos de protección o la forma en que las normas de derecho prevén el resarcimiento de los daños causados por su transgresión, de ese modo, existen categorías tan específicas como lo son los derechos fundamentales, los derechos humanos y desde un punto de vista civil, derechos de la personalidad, entre otros.

En este capítulo haremos una necesaria aproximación a los derechos de la personalidad, los cuales analizaremos en contraste con los derechos fundamentales a los fines de detectar y explicar sus diferencias, antes debemos señalar que ambas categorías de derechos son conexas, pues las dos tienen por finalidad, como ya se ha dicho, proteger aquellos derechos inherentes e intrínsecos a la persona, o, dicho de otro modo, al sujeto de derecho.

[3] Domínguez Guillén, María Candelaria. *Sobre los derechos de la personalidad*". Revista de Actualidad Jurídica, 2003, Año 17, N° 12, Colombia, Universidad de la Sabana, p. 2.

Los llamados derecho de la personalidad "son aquellos que protegen civilmente la esencia física y moral de la persona"[4], dicho sea de paso, toda persona es titular de ellos simplemente por ser persona, pues no dependen de ningún requisito especial para serles atribuidos o gozar de tales derechos, sino que por el contrario, toda persona es sujeto de esta categoría de derechos porque los mismos existen justamente para la protección de su esencia moral y física.

Puntualizando, los derechos de la personalidad protegen la esencia y dignidad de la persona, y esa garantía abarca el goce y respeto de su esencia y de todos los elementos que son inherentes a su dignidad e integridad, consideradas tanto en su acepción física como moral e inclusive espiritual. El fundamento último de la existencia de esta categoría de derechos es, como ya se dijo, la protección de la persona y su dignidad, por ello, en Venezuela y en general en los ordenamientos jurídicos occidentales, estos derechos se han previsto en reconocimiento a la importancia de la persona y sus atributos esenciales.

La categoría de derechos de la personalidad es de reciente desarrollo en el derecho civil, sin embargo, a pesar de ser una materia novedosa, es indudable su importancia, dado que su protección abarca, como se dijo, la dignidad e integridad física y moral de la persona, en consecuencia, en esta categoría de derechos poco interesa el patrimonio u otros factores económicos del titular, simplemente su protección y titularidad existe por y para la persona.

En cuanto a esta categoría de derechos, es importante mencionar que su estudio y desarrollo teórico cobró especial auge en tiempos recientes. "Con todo, como anticipamos en el párrafo precedente, el mayor hito que propendería a la formación de la noción de "derecho de la personalidad" lo encontraremos con posterioridad a un acontecimiento histórico determinado, la segunda guerra mundial" [5].

[4] García Amado, Manuel. *Instituciones de Derecho Civil.* Madrid. Editoriales de Derechos Reunidas S.A. p.297

[5] Arancibia Obrador, Maria José. (2016). *Reflexionando sobre los derechos de la personalidad desde la perspectiva del derecho a la propia imagen*. Revista De Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, (9), 55–80. file:///C:/Users/Daniel/Downloads/Dialnet-ReflexionandoSobreLosDerechosDeLaPersonalidadDesde-6119825%20(1).pdf. p. 58.

Como se infiere, debido a las trágicas violaciones cometidas en contra de los derechos humanos en ese acontecimiento bélico, la doctrina y las diversas legislaciones nacionales e internacionales, emprendieron con especial interés el estudio de todos los derechos inherentes a la persona, siendo que, mientras por un lado se desarrollaron los derechos humanos y fundamentales, cuya protección tiene diversos mecanismos constitucionales y legales, también los doctrinarios civilistas se encontraron ante la necesidad de identificar y proteger los derechos inherentes a la persona pero en el marco del derecho privado.

De este modo, "históricamente hablando la teoría de los derechos de la personalidad surgió en el ámbito civilista como lógica consecuencia del reconocimiento de las prerrogativas sobre la propia persona"[6]; indudablemente surge la interrogante de que sujetos son titulares de estos derechos de la personalidad, pues dada su noción y su carácter proteccionista a los derechos intrínsecos a la persona, comúnmente le son atribuidos exclusivamente a las personas naturales, es decir, a la persona como ser humano, sin embargo, algunos de estos derechos de la personalidad también le son propios a las personas jurídicas o morales, denominadas también personas jurídicas en sentido estricto, siempre y cuando su naturaleza y esencia así lo permita.

Al hilo con esta aseveración, las personas jurídicas también tienen derechos de la personalidad que le son esenciales e intrínsecos, aunque no disponen de cuerpo físico y por ende es innecesaria la regulación y protección de ciertos derechos relativos a la integridad física, si resulta fundamental la protección de ciertos derechos incorporales relativos a su integridad moral, tales como el derecho al honor. "Ello no significa que igualmente la persona jurídica, en sentido estricto, o persona incorporal, también podrá ser titular de ciertos derechos de la personalidad, si los mismos son compatibles con su naturaleza"[7]

Siendo que la persona, es decir, los sujetos de derecho, tienen derechos intrínsecos de los cuales son titulares sólo por el hecho de serlo, debemos afirmar que, efectivamente, tanto las

[6] Parra-Aranguren, Gonzalo. *Los derechos de la personalidad y el cambio voluntario del nombre civil en el derecho internacional privado venezolano.* Revista de la Facultad de Derecho, n° 24, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1976-77. p.2

[7] Domínguez Guillén, Maria Candelaria. *Sobre los derechos de la personalidad*". Revista de Actualidad Jurídica, 2003, Año 17, N° 12, Colombia, Universidad de la Sabana, p. 5.

personas naturales, como las personas jurídicas, son titulares de estos derechos de la personalidad, siempre y cuando su naturaleza lo permita, en consecuencia, estando esta categoría de derechos íntimamente vinculada con el concepto de dignidad, su protección por parte del ordenamiento jurídico está reconocida y regulada incluso en el campo del derecho privado, a través de la indemnización por daño moral.

Los derechos de la personalidad existen para proteger en el ámbito civil los derechos más elementales de la dignidad de las personas, es decir, aquellos que le son inherentes por ser sujeto de derecho y que no requieren su declaración o formalización en un texto legal o constitucional, pues son anteriores inclusive a estos.

> "La persona como centro y meta del sistema jurídico puede ser considerada desde muchas ópticas o materias, a saber, constitucional, penal o civil. Precisamente, los "derechos de la personalidad" o -en feliz expresión de CIFUENTES. "derechos personalísimos" apuntan a la protección civil de los derechos de la persona"[8].

Considerando que el objeto de este ensayo es diferenciar esta categoría de los derechos de la personalidad de los derechos humanos y los derechos fundamentales, y habiendo alcanzado una posible noción de este tipo de derechos, nos limitaremos a mencionar brevemente las características y diversas clasificaciones de los derechos de la personalidad.

> Por el contrario, como derecho de la personalidad, su finalidad será asegurar la existencia de ámbitos de seguridad y libertad que permitan el libre desenvolvimiento de la personalidad de su titular, razón por la cual resulta natural que se hayan señalado entre sus características el tratarse de un derecho inalienable, irrenunciable, inexpropiable e imprescriptible, esencial, inherente, innato u originario, y erga omnes[9].

En principio, y probablemente su característica más distintiva, es que los derechos de la personalidad son innatos o esenciales a la persona o, dicho de otra forma, inherentes a ella.

[8] Domínguez Guillén, Maria Candelaria. "*Notas sobre el derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico venezolano*". Actualidad Jurídica Iberoamericana, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 6, feb. 2017. https://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/2._M%C2%AA._Candelaria_Dom%C3%ADnguez_pp._41-69.pdf p. 2

[9] Arancibia Obrador, Maria José. *Reflexionando sobre los derechos de la personalidad desde la perspectiva del derecho a la propia imagen*. 2016. Revista De Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, (9), 55–80. file:///C:/Users/Daniel/Downloads/Dialnet-ReflexionandoSobreLosDerechosDeLaPersonalidadDesde-6119825%20(1).pdf. p. 62.

"corresponden a todo ser humano por el solo hecho de existir, de manera que, al no tratarse de una concesión graciosa del Estado, éste debe limitarse a reconocerlos y establecer las condiciones idóneas para hacerlos valer sin que medie requisito alguno para ello"[10].

De igual modo, los derechos de la personalidad son absolutos, es decir, tienen efecto *erga omnes*, son oponibles ante terceros, inclusive ante el Estado. Los derechos de la personalidad también son imprescriptibles, pues no pueden ser adquiridos por usucapión y su ejercicio no está sujeto a prescripción extintiva. De igual forma, estos derechos son inalienable e intransmisibles, pues dado su nexo indisoluble con la persona, estos no pueden ser, en forma alguna, objeto de cesión, venta o ningún acto de disposición.

Los derechos de la personalidad también se consideran indisponibles, pues ni los terceros ni su titular tienen dominio o disposición sobre esos derechos, no debe pues confundirse la indisponibilidad de estos derechos con la existencia de una disponibilidad relativa de algún aspecto o ejercicio de ellos, "algunas manifestaciones de disposición relacionadas con los derechos de la personalidad que se aprecian en la práctica, no constituyen propiamente una disposición del derecho como tal "se trata simplemente de facultades que forman parte del ejercicio de los derechos. La misma observación vale respecto de ciertas manifestaciones relativas a la disposición del cuerpo o de la vida privada"[11].

Por otra parte, los derechos de la personalidad son vitalicios, pues subsisten durante toda la vida de su titular, en el caso de la persona natural hasta su muerte y en el caso de la persona moral hasta su extinción jurídica. Dicho esto, consideramos prudente aclarar que algunos de estos derechos pueden trascender incluso después de la muerte física de la persona o la inexistencia de la persona jurídica, puesto que, al ser innatos e inherentes a su titular, la protección de los mismos pudiera tener efectos incluso con posterioridad, tal y como sucede por ejemplo con el honor.

[10]Arroyo Kalis, Juan A. "*Los derechos de la personalidad*". Universidad La Salle. 2018. http://repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/629 p. 65.

[11] Domínguez Guillén, Maria Candelaria: «*Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad*». En: Revista de Derecho. N.º 7. TSJ. Caracas, 2002, p. 81.

Otra característica de interés radica en que los derechos de la personalidad son extrapatrimoniales, pues la estimación de estos derechos, a diferencia de otras categorías, no puede ser medida o cuantificada en dinero, es decir, su contenido personalísimo y carácter innato los ubica fuera de la esfera patrimonial, ello no obsta, para que, en ciertos casos puntuales legalmente admisibles, exista una valoración económica de ciertos elementos de estos derechos, tal es el caso del derecho a la imagen y el derecho a la voz.

Además de las características enunciadas anteriormente, podemos decir que los derechos de la personalidad son igualmente de carácter privado, dado que se relacionan a la persona y a la protección civil de sus derechos, irrenunciables, por cuánto su naturaleza es justamente esencial, autónomos pues su existencia se vale por sí misma sin necesidad de creación estatal, inembargables por el mismo hecho de ser inalienables y extrapatrimoniales, personalísimos, pues le son inherentes e intrínsecos a la persona que es su titular y de igual modo son subjetivos, pues acarrea para su titular el poder jurídico de ejercerlos, gozar de ellos y defenderlos.

Habiendo revisado la noción, naturaleza jurídica y características esenciales de los derechos de la personalidad, corresponde aproximarnos a una clasificación de estos derechos, sobre ello, debemos indicar que no existe precisión doctrinaria sobre su clasificación. "Los derechos de la personalidad han sido objeto de tantas clasificaciones como autores"[12]. Sin embargo, a sabiendas de que este tipo o categoría de derechos no cuenta con una enumeración taxativa, consideramos que la clasificación más ajustada a nuestra realidad actual es la que sigue la autora Guillen Domínguez[13] quien los subdivide en tres grandes bloques: derecho a la identidad, derechos relativos a la integridad física y derechos relativos a la integridad moral. A todo evento, por cuanto no es el objetivo de este trabajo, no procederemos a estudiar individualmente cada uno de los derechos de la personalidad, sino que nos limitaremos a enunciarlos brevemente.

[12] Zannoni, Eduardo A., El daño en la responsabilidad civil, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005.

[13] Domínguez Guillén, Maria Candelaria: «Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad». En: Revista de Derecho. N.º 7. TSJ. Caracas, 2002, p. 81.

En cuanto a los derechos relativos a la identidad, si entendemos por esta el derecho a ser único e irrepetible[14], dicho de otro modo, son aquellos derechos inherentes a la persona tendentes a proteger las características físicas e incorporales que lo individualizan de sus semejantes, en ese sentido, el derecho no sólo protege los elementos de la identidad que permanecen en el tiempo, tales como las huellas dactilares, el nombre propio, las señas y características físicas y genéticas distintivas del sujeto, sino que también existe una protección tácita a aquellos elementos de identificación variables, como lo son las creencias, la cultura o su bagaje profesional, político, religioso, espiritual y sentimental.

Los derechos de la personalidad que se relacionan con la integridad física, como su nombre lo indica, persiguen la protección del sujeto y sus derechos corporales, es decir, aquellos vinculados con su existencia humana y su cuerpo, con lo cual este tipo de derechos queda limitado exclusivamente a la persona natural. Dentro de esta categoría se pueden mencionar el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, así como el derecho a disponer del cuerpo en vida y del cadáver, siendo que, en estos últimos particularmente, existen diversas limitaciones y prohibiciones legales con respecto a la donación de órganos o los mecanismos para el tratamiento de los restos humanos.

Por otro lado, encontramos los derechos inherentes a la integridad moral, son una categoría amplia y de gran importancia práctica que se refiere a la protección a la integridad de ciertos aspectos incorporales inherentes a su titular, pues abarcan derechos íntimamente relacionados a la persona como la libertad individual y la autodeterminación, el derecho a la vida privada y protección a la privacidad, el derecho a la reputación personal u honor, así como los derechos a la imagen y a la voz; muchos de estos derechos tienen una previsión legal y constitucional, sin embargo, como dijimos anteriormente, los derechos a la personalidad no necesariamente deben ser taxativos para ser reconocidos y protegidos jurídicamente.

[14] Domínguez Guillén, María Candelaria. *Sobre los derechos de la personalidad*". Revista de Actualidad Jurídica, 2003, Año 17, N° 12, Colombia, Universidad de la Sabana, p. 7.

III. INTERRELACIÓN DE LAS MENCIONADAS CATEGORÍAS JURÍDICAS Y DIFERENCIACIÓN

Tras aproximarnos a la noción y características esenciales de estas dos categorías de derechos, resulta significativo que ambas reposan sobre el hombre como centro del derecho, en otras palabras, tanto los derechos fundamentales, como los derechos de la personalidad, garantizan los elementos esenciales de la dignidad y de la persona, su identidad, su vida, su cuerpo, así como sus valores y principios morales y espirituales.

Entre estas categorías, sin perjuicio de las diferencias relativas a su previsión y a sus diferentes mecanismos de protección, existe una relación estrecha, sin embargo, debemos señalar que no todo derecho de la personalidad es un derecho fundamental, aunque en ciertos casos exista identidad entre los bienes jurídicos tutelados; dicho sea de paso, los derechos fundamentales abarcan un número mayor y más general de derechos que no necesariamente deben ser considerados como derechos de la personalidad, tal es el caso del derecho al voto, el derecho a la salud, a la educación, los cuales evidentemente exceden de la esfera de lo estrictamente personal.

> Por tanto, lo que sí resalta de estas categorías, es que los derechos fundamentales son facultades creadas para proteger lo más esencial del hombre, pero en una perspectiva amplia, es decir, incluyen facultades como la propiedad, educación, libertad, asociación, vida, ambiente, trabajo, entre otras, y todo ello dentro de un enfoque político-democrático, representando lo que una sociedad se da a sí misma. Por su parte, los derechos de la personalidad se centran en proteger al hombre en unos derechos específicos que se relacionan con su semblante corporal y espiritual, poniendo énfasis en el individuo como débil jurídico, de allí que se hable de una protección civil[15].

Por otra parte, en cuanto a su protección, ante la amplitud y variedad de los derechos fundamentales, son procedentes todos los mecanismos jurídicos disponibles para tutelarlos, pues incluso el Estado está llamado a garantizarlos y reparar su lesión, siendo este el principal agente transgresor de este tipo de derechos, por el contrario, considerando que los derechos de la personalidad son transgredidos por pares, es decir, en una relación horizontal entre

[15] Varela Cáceres, Edison Lucio. "*Lecciones de Derecho Civil I Personas*". Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C. A. Caracas, 2019. p. 267.

iguales, la única forma idónea para su protección es a través de la indemnización por daño, la cual constituye la fórmula de que se sirve el derecho privado en caso de lesión a este tipo de derechos.

Como se ha dicho, desde la óptica del derecho privado son estos derechos de la personalidad la esencia de la protección jurídica de los elementos innatos de la persona, esto, con el interés y fin último de preservar y dar prioridad a la dignidad como pilar fundamental; el estudio y protección de los derechos fundamentales, puede abarcar distintas áreas del derecho, pues como señalamos anteriormente, el espectro de estos derechos es más amplio y no siempre condicionados a la individualidad del sujeto.

Esto enmarcado bajo la moderna doctrina de la protección integral que propugna la idea de que el individuo debe poseer múltiples formas de protección, armónicas entre sí, que logren el real resguardo de los valores jurídicos. Aunque alguna sección de la doctrina se tienda a unificar las categorías (derechos fundamentales de la personalidad), consideramos que puede ser conveniente la segmentación puesto a que permite desarrollar de manera precisa el tratamiento jurídico, las instancias a las que se puede atender y las consecuencias que se pueden esperar, asimismo, esta división otorga medios de satisfacción del derecho ante la variedad de acciones por si una en concreto falla en su propósito.

Mucho más cuando si bien es cierto que son categorías que cambian rara vez debido a que se encuentran en el grado más esencial del hombre. Aunque también es cierto que se ha refinado las formas en que se violan esos derechos establecidos, existiendo novedosas formas a consecuencia –por ejemplo- del uso indebido de las tecnologías.

CONCLUSIONES

Los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales son dos categorías diferentes, pero con una interrelación y conexidad acentuada, pues ambas se centran y enfocan en la persona y en su protección física y moral, dicho esto, a pesar de que el derecho en general ha sido creado por y para el ser humano, es en estas categorías jurídicas que se vislumbra de forma más clara la preponderancia de la persona y su protección como fin superior de todo el sistema de derechos.

De igual manera, resulta de cardinal importancia señalar que no sólo la persona natural es titular de derechos de la personalidad y derechos fundamentales, pues también las personas jurídicas o morales, a pesar de ser ficciones legales incorporales, pueden gozar de la protección legal que les brindan estas categorías de derechos, siempre y cuando, por motivos lógicos, su naturaleza permita la existencia de los mismos.

Encontramos que estas categorías de derechos tienen una íntima relación con las nociones de persona, personalidad jurídica y sujeto de derecho, lo cual se deduce del vínculo indisoluble entre la persona y la titularidad de estos derechos, así las cosas, podemos afirmar que ambos tienen su origen en la necesidad de proteger a su titular y su dignidad, por ende, por el sólo hecho de ser persona, se es titular de derechos fundamentales y derechos de la personalidad, los cuales tienen preminencia por sobre cualquier otro derecho por ser irrenunciables, oponibles a terceros, innatos y vitalicios, entre otras características.

Ambas nociones, la de derechos fundamentales y derechos de personalidad, son tan similares que suelen permitir la confusión, pues si bien la primera se enfoca en proteger en cualquier ámbito todos los derechos consubstanciales con la existencia y dignidad de la persona, la segunda se centra en la protección de los derechos considerados inherentes a ella, pero específicamente en el ámbito privado, según las normas y herramientas jurídicas del derecho civil.

Aunado a lo anterior, no todo derecho de la personalidad debe considerarse como derecho humano o derecho fundamental, sin embargo, ambas categorías comparten en su origen y desarrollo doctrinario la fuerte influencia de la noción de orden público que las impregna, con lo que es indudable la imposibilidad de renunciar, transigir o relajar el ejercicio de estos derechos mediante el Principio de Autonomía de la Voluntad.

Si bien los derechos fundamentales estudian particularmente las lesiones sufridas por la persona en sus derechos cuando el agente del daño es el Estado, la tesis de los derechos de la personalidad se limitan a estudiar la situación que se suscita cuando es un igual quien causa el daño en los derechos de la persona, con ello, se contrasta otra de las diferencias que separan

a ambas categorías y definen la suerte de los mecanismos jurídicos para su protección e indemnización.

Finalmente, debemos señalar que la fórmula para la reparación de los daños en el ámbito de los derechos de la personalidad es de derecho privado, en específico, a través de la indemnización por daño y en sede civil; por su parte, los derechos fundamentales, al ser justamente aquellos derechos básicos e inherentes a la existencia y dignidad del hombre, gozan de protección y tutela ante todas las competencias, pues sea en sede administrativa, penal e incluso constitucional, estos derechos deben ser observados y protegidos por sobre cualquier otro.

BIBLIOGRAFÍA

Arancibia Obrador, Maria José. (2016). *Reflexionando sobre los derechos de la personalidad desde la perspectiva del derecho a la propia imagen*. Revista De Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, (9), 55–80.

Arroyo Kalis, Juan. "*Los derechos de la personalidad*". Universidad La Salle. 2018.

De la Parra Trujillo, Eduardo. «Los Derechos de la personalidad: Teoría General y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales». Anuario Jurídica: 139-163.

Deverda y Beamonte, José Ramón. «Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria». Revista Boliv. de Derecho Nº 23 (2017): 54-111.

Domínguez Guillén, María Candelaria. «Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad». Revista de Derecho TSJ Nro. 7 (2002): 49-311.

Domínguez Guillén, María Candelaria. «Los derechos de la personalidad: breve referencia a su proyección constitucional». Cuestiones Jurídicas Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta Nro. 1 (2017): 39-65.

Domínguez Guillén, María Candelaria. «Panorama de los derechos de la persona en las distintas constituciones de Venezuela». Revista de Derecho de la Defensa Pública Nro. 2 (2016): 55-88.

Domínguez Guillén, María Candelaria. «Sobre los derechos de la personalidad». Díkaion Nro. 12 (2003): 23-37.

Domínguez Guillén, Maria Candelaria. "Notas sobre el derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico venezolano". Actualidad Jurídica Iberoamericana, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 6, feb. 2017.

García Amado, Manuel. Instituciones de Derecho Civil. Madrid. Editoriales de Derechos Reunidas S.A.

Parra-Aranguren, Gonzalo. Los derechos de la personalidad y el cambio voluntario del nombre civil en el derecho internacional privado venezolano. Revista de la Facultad de Derecho, n° 24, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1976-77.

Rogel Vide, Carlos. «Origen y actualidad de los derechos de la personalidad». Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. Nro. 20 (2017): 260-282.

Varela Cáceres, Edison Lucio. "Lecciones de Derecho Civil I Personas". Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C. A. Caracas, 2019.

Zannoni, Eduardo A., El daño en la responsabilidad civil, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005

CONCURSO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

2023-2024

LA FRACTURA DE LOS LÍMITES DE LA LEY HABILITANTE. UN ESTUDIO A TRAVÉS DE LA PRETENDIDA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2007

David Ramírez
Marian Pérez

Resumen: La clara omisión de límites de carácter material y temporal en la consagración de la figura de la ley habilitante en la Constitución de 1999 abrió la puerta al Poder Ejecutivo para dictar más de 250 decretos leyes en un lapso de 20 años; legislando así en materias protegidas por la reserva legal e introduciendo al ordenamiento jurídico políticas previamente rechazadas por la voluntad popular del electorado venezolano. El presente artículo tiene por objetivo resaltar el desbalance al sistema de pesos y contrapesos, garante del Estado de Derecho y pilar fundamental de la democracia, que significó la ley habilitante de 2007.

Palabras clave: ley habilitante, reforma constitucional, decreto ley, democracia, Estado de Derecho, referéndum.

THE FRACTURE OF THE LIMITS OF THE ENABLING ACT. A STUDY THROUGH THE PRETENDED CONSTITUTIONAL REFORM OF 2007

Abstract: The clear omission of limits of a material and temporal nature in the establishment of the enabling law in the 1999 Constitution opened the door to the Executive Power to issue more than 250 decree laws in a period of 20 years, thus legislating in matters protected by the legal reserve and introducing into the legal system policies previously rejected by the popular will of the Venezuelan electorate. The purpose of this article is to highlight the imbalance in the system of checks and balances, guarantor of the rule of law and fundamental pillar of democracy, that the enabling law of 2007 represented.

Keywords: Enabling Law, Constitutional Reform, Decree Law, Democracy, Rule of Law, Referendum.

INTRODUCCIÓN

Con la reforma constitucional realizada en el año 1999 emerge en el ordenamiento jurídico venezolano la figura de la ley habilitante, que si bien no se origina como fruto de este proceso, se consagra de forma expresa[1] en términos que distan de su consagración en la norma suprema de 1961, en tanto que, a la luz de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (en adelante CRBV), se entiende a esta figura como una delegación de la función legislativa hecha al Presidente de la República por parte de la Asamblea Nacional, sin más limitaciones temporales y materiales que las que dicha ley establezca.

El antecedente más cercano de la ley habilitante se encontraba contemplado en la Constitución de la República de Venezuela de 1961, la cual solamente permitía al Presidente de la República decretar normas de rango legal para materias económicas y financieras en el marco de una situación emergencia previa habilitación legislativa; en otras palabras, el Congreso de la República no podía autorizar al Presidente a dictar normas en otras materias fuera de las taxativamente mencionadas en la habilitación[2]. Sin embargo, esta limitación al ejercicio de la actividad legislativa por parte del Presidente de la República cambia con la sanción de la CRBV, omitiendo el señalamiento de aspectos de fondo, tales como las materias delegadas para su posterior legislación, demostrando así un claro retroceso relativo a los esfuerzos de descentralización de las funciones de los órganos del Poder Público en Venezuela, pudiendo ser objeto de habilitación legislativa tanto la materia penal, procedimental e incluso el sistema de libertades; sin mayores limitaciones de urgencia o necesidad[3].

A partir de la consagración de la ley habilitante en la CRBV, se ha observado cómo durante más de 20 años el gobierno venezolano ha dictado alrededor de 250 decretos leyes[4]

[1] Fabiola Tavares Duarte, María Soto Hernández, María Matheus Inciarte, "Examen del elemento normativo de la Ley Habilitante: referencia a la Ley Habilitante de 2000", *Revista de Ciencias Sociales* (2004), p. 507.
[2] Carlos Reverón Boulton, "Sobre la Ley Habilitante Antiimperialista para La Paz*", Boletín Electrónico de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello* (2016) Caracas Venezuela. p. 93.
[3] Gerardo Fernández, *Manual de Derecho Constitucional. Parte Orgánica en la Constitución de 1999.* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Universidad Católica Andrés Bello, 2020). p. 71.
[4] Fernández, Gerardo, *Manual de Derecho Constitucional. Parte Orgánica en la Constitución de 1999,* p.73.

para materias que extralimitan sus funciones, en virtud de la habilitación legislativa, vaciando las competencias de la Asamblea Nacional como cuerpo legislador por excelencia e invadiendo la reserva legal atribuida únicamente al órgano legislativo[5]. Trayendo como consecuencia directa el uso y abuso por parte del Poder Ejecutivo de esta figura como un medio para diseñar normas de rango legal, sirviendo exclusivamente a los intereses del Ejecutivo que contrastan poderosamente con las necesidades de la ciudadanía.

Un ejemplo indispensable para entender la magnitud de la fractura de los límites de la figura de la ley habilitante y las consecuencias de la redacción imprecisa y amplia del artículo 203 de la Constitución de 1999, se ve reflejado en los múltiples decretos leyes dictados por el ex Presidente Hugo Chávez durante los años 2007, 2008 y 2009, quién, habilitado por la entonces mayormente oficialista Asamblea Nacional, burlaba mediante sus decretos leyes las resultas del proceso electoral del 2 de diciembre del año 2007, al dictar normas que contenían aspectos que fueron rechazados en una primera ocasión por parte de la población venezolana en el referéndum constitucional celebrado en dicho año; utilizando la ley habilitante como una herramienta para llevar a cabo una agenda de políticas que contrarían la voluntad popular y que abarcan desde la transformación de la economía nacional y la intervención en las actividades económicas de interés nacional a los procedimientos de expropiación.

A lo largo de tres capítulos apoyados en investigación documental, se abordarán tópicos como la definición de ley habilitante, su consagración actual en la norma suprema de 1999 y sus antecedentes, sus límites temporales y materiales, así como la problemática que la falta de estos conlleva; además se estudiará a fondo el papel de esta figura en el año 2007, cuando, luego que la reforma constitucional no prosperara, el Ejecutivo Nacional recurre a la habilitación legislativa para sobreponerse a la voluntad popular. Todo esto con la finalidad de conocer las consecuencias nefastas que trae la aplicación indebida por parte del Poder

[5] Para De Otto, "Las reservas de ley son reservas al Parlamento, y que no es lícito deslegalizar las materias reservadas, no es necesario un concepto material de ley, sino que basta partir de que la Constitución, cuando establece una reserva, manda al legislador que sea él quien legisle, y que puede hacerlo porque el legislador no es soberano". (Ignacio De Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes.* Barcelona: Editorial Ariel, 1987, p. 167).

Ejecutivo de la ley habilitante, en detrimento del principio de división de poderes y la democracia en general.

I. LA LEY HABILITANTE DE 2007 COMO VEHÍCULO PARA LA APROBACIÓN DE LO PROPUGNADO POR EL INTENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2007

En fecha 15 de agosto del año 2007 el entonces Presidente Hugo Chávez propuso la reforma constitucional de la CRBV para la modificación de 33 artículos de la norma suprema, los cuales pretendían la instauración de un Estado socialista y la modificación de una serie de principios constitucionales[6] a fin de moldear esta forma de Estado. Resulta fundamental denotar que, para llevar a efecto una reforma constitucional, es imprescindible el cumplimiento de un conjunto de requisitos de forma y de fondo de acuerdo con los artículos 342, 343, 344, 345 y 346 del capítulo II *"De la reforma constitucional*", Título XI "*De la reforma constitucional*" de la CRBV.

Entre las grandes modificaciones que Hugo Chávez intentó con su proyecto de reforma constitucional, encontramos: (i) la modificación del régimen de estados de excepción[7]; (ii) la alteración de los medios de participación y protagonismo del pueblo; (iii) la sujeción del derecho al trabajo a la potestad y decisiones del Estado; (iv) la supresión del deber del Estado a impulsar la propiedad privada; y (v) restricciones y modificaciones del derecho a la propiedad, todo ello con el fin de "construir un verdadero socialismo[8]".

Pese a ello, uno de los más grandes atropellos intentados en este proyecto de reforma constitucional, consistió en la instauración de un Estado socialista, la eliminación de la cláusula de descentralización[9], el aumento del periodo presidencial[10], y la implantación de la reelección indefinida del Presidente de la República.

[6] Estructura y principios constitucionales que no pueden ser modificados en virtud del artículo 342 de la CRBV.
[7] Pretendiendo regresar a la figura de la "suspensión" en lugar de la "restricción" de garantías constitucionales.
[8] Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional (Agosto 2007), p.19.
[9] Véase el artículo 4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
[10] De 6 a 7 años.

Es claro que, este conglomerado de modificaciones se encontraban robustecidas de vicios de inconstitucionalidad que violentan directamente tanto a la CRBV como instrumentos internacionales relativos a derechos humanos reconocidos por la República. No conforme con ello, la Asamblea Nacional del momento, afecta casi en su totalidad al gobierno de Chávez, aprobó en fecha 2 de noviembre del año 2007 el proyecto de reforma constitucional.

Cabe destacar que, conjuntamente con los vicios notables del proyecto propuesto por Chávez, simultáneamente, la Asamblea Nacional incumplía los requisitos establecidos en la CRBV[11] para la aprobación de la reforma, pues la primera discusión del proyecto de reforma nunca se llevó a cabo debido que el proyecto fue introducido el último día del periodo de sesiones ordinarias[12], teniendo como resultado una inconstitucionalidad del proyecto tanto en su iniciativa como en su aprobación.

Acto seguido, el 2 de diciembre del año 2007 se sometió a referendo popular el proyecto de reforma constitucional, comicios en los cuales la ciudadanía venezolana rechazó la reforma constitucional propuesta por Hugo Chávez, en su intento de transformar la estructura del estado, imponer un Estado socialista y cada uno de los postulados anteriormente expuestos.

Sin embargo, meses antes del referendo popular, el 1° de febrero del año 2007, la Asamblea Nacional aprobó una ley habilitante publicada en Gaceta Oficial N° 38.617 para delegar la función legislativa al Presidente de la República y que éste pudiese en virtud de la misma dictar decretos-leyes, fundamentándose a lo prescrito en el artículo 236 numeral 8 de la CRBV, tal y como precisa el catedrático Alfonzo Paradisi:

> Esta Ley habilitante permitía al presidente legislar materias que permitan la transformación de las instituciones del estado, Participación Popular, Valores esenciales del ejercicio de la función pública, competencias en materia económica, social financiera, tributaria, seguridad jurídica, ciencia,

[11] Véase el artículo 343 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
[12] Carlos Ayala Corao, "De la Constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007*", Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. p. 354

> tecnología, ordenación territorial, seguridad, defensa, infraestructura y energías[13].

No obstante, esta ley habilitante no se dictó en torno a un estado de circunstancia o urgencia, tampoco se señalaron las directrices de las materias a legislar y tuvo una vigencia muy prolongada de 18 meses en los cuales el Presidente dictó decretos-leyes relativos al Estado socialista y comunal, el cual se había rechazado en los comicios electorales del 2 de diciembre de 2007, desconociendo así la voluntad popular de la ciudadanía venezolana en el ejercicio de la democracia. Como se puede denotar, todo esto sucede como consecuencia directa de la ausencia de límites materiales y temporales por parte de nuestra CRBV en lo que a leyes habilitantes se refiere.

Fue así como meses después, el 31 de julio del año 2008[14] el Presidente Hugo Chávez publicó 26 decretos-leyes relativos a la instauración del Estado socialista en diversas materias de gran relevancia para la sociedad venezolana, a saber: económica, interés social y propiedad[15], preponderancia de los consejos comunales, y la centralización de competencias al Ejecutivo Nacional. Aspectos modificados[16] para lograr un objetivo claro, la "construcción de la nueva sociedad socialista, de igualdad, equidad y justicia social"[17], similares finalidades a los objetivos planteados en la reforma constitucional rechazada por la mayoría popular en el año 2007, cuya meta era la "construcción del socialismo [18]".

A continuación, se realizará un análisis profundizado de cómo la ley habilitante del año 2007 sirvió como base para la aprobación (mediante decretos leyes) de todos aquellos postulados que fueron rechazados en el intento de reforma constitucional del presidente Chávez. Para ello, resultará necesario entender previamente: (i) los objetivos y el referéndum de la pretendida reforma constitucional de 2007; para posteriormente sumergirnos en (ii) la

[13] Juan Alfonzo Paradisi, "Decretos Leyes Dictados en 2008 conforme a la Ley Habilitante de 2007 y su Relación con la Reforma Constitucional Improbada el 2 de Diciembre de 2007", *Revista de Derecho Público* N° 125 (2011), p. 99.
[14] Sin siquiera haber cumplido el año de los comicios electorales que rechazaron el proyecto de reforma.
[15] Mediante las expropiaciones y ocupaciones de las empresas privadas.
[16] Por medio de decretos leyes previa habilitación legislativa.
[17] Alfonzo Paradisi, J, "Decretos Leyes Dictados en 2008 conforme a la Ley Habilitante de 2007 y su Relación con la Reforma Constitucional Improbada el 2 de Diciembre de 2007", p. 475.
[18] Ayala Corao, C, "De la Constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007*"*, p. 361.

ley habilitante de 2007 con sus respectivos decretos leyes resultantes; y de este modo comprender a cabalidad cómo el Ejecutivo Nacional (iii) utilizó la ley habilitante de 2007 para introducir las propuestas rechazadas del intento de reforma constitucional del Presidente Chávez.

1. La pretendida reforma constitucional de 2007

Como se mencionó anteriormente en fecha 15 de agosto 2007 el Presidente Hugo Chávez propuso la reforma de algunas disposiciones constitucionales para la implementación de un Estado socialista, entre las cuales incluía la modificación de principios y la estructura de la Carta Magna, que de conformidad con su artículo 342 no pueden ser objeto de modificación mediante reforma constitucional. Este cambio a las disposiciones constitucionales tenía como finalidad la transformación de postulados relativos al derecho del trabajo, libertad económica, propiedad privada, garantías constitucionales durante los estados de excepción, medios de participación directa en el ejercicio de la soberanía popular y organización de territorios militares, todo esto con el fin de la "construcción de un verdadero socialismo". No obstante, entre las modificaciones de mayor relevancia nos encontramos con la eliminación de la cláusula de descentralización para centralizar las competencias al Poder Ejecutivo, la atribución de mayores competencias al Presidente de la República, mayor protagonismo de los consejos comunales, extensión del mandato presidencial de 6 a 7 años y la figura de la reelección indefinida.

Claramente, todos estos postulados transgreden los principios constitucionales relativos a la democracia, progresividad de los derechos, voluntad popular, alternabilidad en el poder, pesos y contrapesos, y el control del Poder Ejecutivo consagrados en la CRBV e instrumentos internacionales relativos a derecho humanos ratificados por la República. A pesar de todo esto, la Asamblea Nacional en fecha 2 de noviembre del año 2007 aprueba esta iniciativa y posteriormente se somete a referendo popular. Cabe resaltar que, el proyecto de reforma constitucional fue presentado ante la Asamblea Nacional el 15 de agosto de 2007, día en el cual vencía el primer periodo de las sesiones ordinarias del cuerpo legislador, por lo cual esta iniciativa nunca pudo haber sido sometida a primera discusión, transgrediendo el

artículo 343 de la norma suprema por el cual la reforma constitucional debe ser objeto de tres discusiones en las instancias de la Asamblea Nacional. Evidenciando tanto inconstitucionalidades de fondo, como relativas a la aprobación del proyecto por parte de la Asamblea Nacional.

A pesar de estos vicios, el proyecto de reforma constitucional del Presidente Chávez fue sometido a referendo popular para el 2 de diciembre del año 2007, comicio en el que la ciudadanía rechazaría la propuesta de reforma constitucional del Presidente Chávez en su esfuerzo para establecer en Venezuela un Estado socialista dentro de la Constitución.

1.1 Objetivos de la reforma constitucional

El proyecto de reforma constitucional del entonces Presidente Chávez, buscaba la modificación de 33 artículos constitucionales de los cuales algunos desarrollan principios y estructura de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en claro detrimento del artículo 342, por el cual ni los principios ni la estructura de la Carta Magna podrán ser modificados mediante reforma constitucional. Todo esto se realizó con el fin de la instauración de un Estado socialista y obtener por parte de la figura del presidente un mayor control y sujeción al Poder por tiempos prolongados.

En primer lugar, se intentó mediante este proyecto de reforma constitucional la modificación del artículo 337 de la CRBV relativo a los estados de excepción, el cual figura la "restricción" de las garantías constitucionales en virtud de los mismos. La reforma pretendía cambiar la "restricción" para retomar la figura de la "suspensión" de las garantías constitucionales durante estados de excepción. Asimismo, se propuso la eliminación del límite temporal de los estados de excepción, por lo que existía el inminente peligro de estados de excepción excesivamente largos que suspendieran garantías constitucionales durante periodos de tiempo ilimitados.

Igualmente, la reforma constitucional intentó modificar la disposición del artículo 70 de la CRBV el cual prevé los medios de participación y protagonismo del pueblo en virtud de su derecho a la soberanía para, de este modo lograr, la "construcción del socialismo"[19].

Al mismo tiempo, se pretendió transformar el derecho de libertad del trabajo consagrado en la CRBV con el fin de implantar el ejercicio del derecho al trabajo con sujeción a las decisiones y potestad de lo que permitiera el Estado. De igual manera sucedió con el derecho a la "libertad" de actividades económicas, donde la reforma constitucional buscaba eliminar esta disposición y simultáneamente suspender el impulso de las actividades económicas de la empresa privada por parte del Estado.

Seguidamente, la reforma constitucional de Hugo Chávez intentaba modificar el derecho a la propiedad con el objetivo de tomar en cuenta todas las formas de propiedad, a saber: pública, social directa e indirecta, colectiva y mixta. No obstante, la reforma hacía suficiente énfasis sobre la necesidad de introducir las formas propiedad pública y social, dejando de ser reconocidos estos derechos para convertirse en simples "formas".

Si bien, ya estos preceptos de la reforma constitucional vulneraban flagrantemente principios fundamentales para la existencia de un Estado de Derecho, existieron otras modificaciones más relevantes que pretendían ajustar y realizar un mayor control del Estado sobre la CRBV, y en consecuencia a la ciudadanía.

Entre estas alteraciones de gran importancia a la CRBV nos encontramos con la modificación de la concepción de Estado social y democrático de Derecho por el Estado socialista. El Estado social y democrático de Derecho que propugna la CRBV refiere a un modelo de Estado pluralista, abierto a las diversas ideologías democráticas para la realización del "*telos"* constitucional[20]. Ahora bien, esta reforma constitucional apuntaba al establecimiento de un Estado socialista en la nueva estructura de organización del Estado.

[19] Ayala Corao, C. Op Cit., p.361.
[20] Ayala Corao, C. Op. Cit., p. 370.

De igual manera la reforma proponía la eliminación de la cláusula de descentralización[21] (la cual no puede ser objeto de modificación) para incorporar una nueva cláusula con gran carga ideológica para alcanzar la meta de la "construcción de la democracia socialista", transgiversando el verdadero sentido de un Estado descentralizado, más aún definiendo a la República Bolivariana de Venezuela como un "Estado federal"[22].

Por último, y como una de las máximas premisas de esta reforma constitucional de Hugo Chávez nos encontramos con la transformación del sistema presidencial y periodos de mandato, específicamente (i) la introducción de la reelección indefinida y, (ii) la incorporación de un mandato presidencial de 7 años, teniendo como objetivo la consolidación del chavismo en el Poder ilimitadamente, en palabras del profesor Fernández, favoreciendo al caudillismo y mesianismo[23], rompiendo con la tradición republicana y democrática de la CRBV.

1.2 El Referéndum

Una vez aprobado por la Asamblea Nacional el proyecto de reforma constitucional de Hugo Chávez, este se somete a referendo popular para el día domingo 2 de diciembre del año 2007 apegado a lo establecido en el artículo 344 de la CRBV. Celebrados los comicios electorales el día domingo 2 de diciembre del año 2007, se obtuvo como resultado el rechazo de la ciudadanía mayoritaria a la reforma constitucional de Chávez en su intento de instaurar un Estado socialista y todas las consecuencias que de ello deriva, todo esto dentro de unas elecciones directas y secretas con un órgano electoral que, para el momento, ya se encontraba parcializado sobre la tolda oficialista.

2. La ley habilitante de 2007

Previo al rechazo de la reforma constitucional de 2007 propuesta por el Presidente Chávez, por la cual la mayoría de la ciudadanía mediante referendo popular repudió la

[21] Presente en el artículo 4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
[22] Bajo los términos de la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
[23] Fernández, Gerardo, *Manual de Derecho Constitucional. Parte Orgánica en la Constitución de 1999,* p. 119.

incorporación de un "Estado socialista" y demás propuestas con cargas ideológicas que pretendían la perpetuidad de una figura en el poder; la Asamblea Nacional aprobó una ley habilitante que permitía al Presidente Chávez invadir la reserva legal de la Asamblea Nacional para dictar un conjunto de decretos leyes y llevar a cabo la tarea legislativa propia del cuerpo legislador, vaciando así las competencias de la Asamblea Nacional. Cabe resaltar que para el momento la Asamblea Nacional se encontraba casi en su totalidad conformada por diputados afectos al gobierno de Chávez, por lo cual, todas sus decisiones serían acatadas por este cuerpo legislativo[24].

Esta ley habilitante sancionada por la Asamblea Nacional en fecha 1 de febrero de 2007 publicada en Gaceta Oficial N° 38.617 y con fundamento en el artículo 236 de la Carta Magna numeral 8 delegó la función legislativa al presidente para que dictara decretos leyes concernientes a "la Transformación de las Instituciones del Estado, Participación Popular, Valores esenciales del ejercicio de la función pública, competencias en materia económica, social financiera, tributaria, seguridad jurídica, ciencia, tecnología, ordenación territorial, seguridad, defensa, infraestructura y energías"[25].

A partir de la vaguedad de la letra de la CRBV en su artículo 203, y tomando en cuenta la advertencia realizada en capítulos anteriores concernientes a la falta de límites materiales y temporales en la CRBV, es cómo la Asamblea Nacional delegó áreas legislativas que son propias de sus funciones, al Poder Ejecutivo. De igual manera se omitió el señalamiento de las directrices de estas materias, marcos, propósitos, así como contó con una excesiva vigencia de 18 meses sin un estado de circunstancia o urgencia que justificara su sanción. Esto permitió al Presidente dictar 26 decretos leyes para implementar por esta vía el "Estado socialista, centralizado y comunal" que se rechazó el 2 de diciembre de 2007, burlando la voluntad popular del referendo celebrado el pasado año 2007.

[24] El cual, de acuerdo con la CRBV, goza de autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones, en consecuencia, no puede estar sujeta a las decisiones de los demás órganos que configuran el Poder Público.
[25] Alfonzo Paradisi, J, "Decretos Leyes Dictados en 2008 conforme a la Ley Habilitante de 2007 y su Relación con la Reforma Constitucional Improbada el 2 de Diciembre de 2007", p. 99.

Nótese como la propia CRBV permite este desequilibrio entre los órganos del Poder Público, centralizando totalmente el Poder hacia el Ejecutivo otorgando amplias facultades que le corresponden a la Asamblea Nacional, al Presidente de la República. Tal y como se analizó con anterioridad, la Constitución de 1961 regulaba la ley habilitante, permitiendo únicamente al Presidente de la República decretar normas de rango legal estrictamente para materias económicas y financieras bajo una situación de necesidad o emergencia. En ese sentido, la Constitución de 1961 no le permitía al Congreso autorizar al Presidente a dictar normas de otras materias fuera de la económica y la financiera.

De las materias entre las cuales la Asamblea Nacional mediante ley habilitante delegó al Presidente de la República para que éste dictara alrededor de 26 decretos entre los años 2007, 2008 y 2009, se encuentran los siguientes aspectos: (i) la transformación de la economía nacional, (ii) intervención en las actividades económicas de interés nacional, (iii) procedimientos de expropiación, (iv) relevancia de los consejos comunales y, (v) asuntos referentes al Estado socialista, centralizado y comunal.

Igualmente Hugo Chávez dicta un conjunto de normas de rango legal relativas al Estado socialista, entre las cuales destacamos la Ley Orgánica de los Consejos Comunales los cuales revisten de importancia a los consejos comunales como instancias de participación ciudadana para "la nueva sociedad socialista, de igualdad, equidad y justicia social".

Llegados a este punto, podemos denotar una gran similitud con los objetivos de la rechazada reforma constitucional de 2007, la cual buscaba "la construcción del socialismo", empero, el Presidente Chávez burlando la voluntad popular y principios democráticos de la CRBV implementó estas finalidades ideológicas a través de decretos leyes en virtud de la ley habilitante de 2007[26]. Teniendo como resultado la regulación de derechos constitucionales y presupuestos que habían sido rechazados en los comicios del 2 de diciembre de 2007. Demostrando cómo de esta manera no solamente vulneraba principios fundamentales como

[26] Además de falta de límites materiales y temporales en la regulación constitucional de la ley habilitante.

es el caso de la voluntad popular y el ejercicio de la democracia, sino también el quebrantamiento de derechos constitucionales como la propiedad y el pluralismo político.

2.1 Contenido y alcance

A partir de la disposición contemplada en el artículo 203 de la Constitución de la República según la cual:

> Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósito y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio[27].

La Asamblea Nacional aprueba una ley habilitante publicada en Gaceta Oficial N° 38.617 para delegar la función legislativa al Presidente para que este pueda dictar decretos con rango valor y fuerza de ley para materias como:

> Ámbitos de transformación de las instituciones del Estado, participación popular, valores esenciales del ejercicio de la función pública, económica y social, financiero y tributario, seguridad ciudadana y jurídica, ciencia y tecnología, ordenación territorial, seguridad y defensa, infraestructura, transporte y servicios, y energías[28].

Como se puede apreciar, la Asamblea Nacional delega la función legislativa hacia áreas más allá de la económica, incluso le permite al Presidente dictar decretos leyes sobre materias propias de la Asamblea Nacional como único cuerpo legislador del Poder Público Nacional. No obstante, esta delegación de materias fuera de la económica la permite la vaga y amplia redacción CRBV, al no especificar las materias pueden ser objeto de legislación en los decretos leyes dictados por el Presidente de la República o siquiera algún estado de urgencia o necesidad que justifique la delegación de funciones. Por esta razón, la Asamblea Nacional en esta ley habilitante no especifica objetivos, directrices o propósitos que sean

[27] Artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860, del 30 de diciembre de 1999).
[28] Ley que autoriza al Presidente de la República para Dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en las Materias que se Delegan. (Gaceta Oficial N° 38.617, del 1 de febrero de 2007).

objeto de esta autorización legislativa dentro de las materias que se delegan, o al menos los mecanismos que deban crearse en virtud de estos decretos leyes. Permitiendo así al Presidente dictar normas de rango legal que regulen estas materias, pero con un claro tono ideológico de tipo socialista para incorporar mediante esta vía disposiciones referentes al Estado socialista rechazado con anterioridad por la mayoría de los ciudadanos.

La Asamblea Nacional se encargó de justificar someramente la creación de esta ley habilitante para las materias que se delegan bajo el siguiente argumento:

> Actualizar y transformar el ordenamiento legal que regula las instituciones del Estado, a los fines de que éstas orienten su actuación al servicio de los ciudadanos, en forma eficaz, eficiente, honesta, participativa, simple, imparcial, razonable, racional y transparente (…)
>
> Dictar normas que adapten la legislación existente a la construcción de un nuevo modelo económico y social sustentable para lograr la igualdad y la equitativa distribución de riqueza[29].

Fíjese con especial atención que, en ningún momento se hace referencia a los instrumentos o instituciones que deben ser creados para alcanzar tales "objetivos". Por otro lado, en esta vaga enunciación tampoco se señaló la creación de alguna comisión de la Asamblea Nacional para ejercer una función contralora sobre el Presidente en la creación de sus decretos leyes y que estos verdaderamente se apeguen a lo expresamente autorizado por la Asamblea Nacional y no simplemente delegar "plenos poderes" o una suerte de "cheque en blanco"[30].

2.2 Aprobación

La ley habilitante del año 2007 la cual delega al Presidente Hugo Chávez a dictar múltiples decretos leyes sobre materias más allá de la económica, fue aprobada por la Asamblea Nacional en fecha miércoles 31 de enero del año 2007 para posteriormente ser publicada en Gaceta Oficial el 1 de febrero del mismo año bajo el N° 38.617. Es importante

[29] Ricardo Villasmil Bond, "Aspectos clave de la Ley Habilitante 2007". *Serie Diálogo Democrático del Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales* (2007), p. 9.
[30] Fernández, Gerardo, *Manual de Derecho Constitucional. Parte Orgánica en la Constitución de 1999,* p. 72.

puntualizar que, la Asamblea Nacional estaba casi en su totalidad conformada por diputados afectos al gobierno de Chávez, lo cual pone en duda la independencia y autonomía el órgano legislador en la toma de decisiones y aprobaciones de leyes, que claramente benefician a una sola parte, para el momento, al Presidente Chávez en su deseo de instaurar su Estado socialista mediante el intento rechazado de reforma constitucional y posteriormente, a través de decretos leyes..

2.3 Decretos leyes resultantes

A partir de la ley habilitante sancionada por la Asamblea Nacional en fecha 31 de enero del año 2007, se le autorizó al Presidente ejercer la función legislativa propia de la Asamblea Nacional para regular algunas materias como participación popular, seguridad ciudadana, económica, transformación de las instituciones del Estado, entre otras. En virtud de esto el Presidente Chávez dictó alrededor de 26 decretos leyes, estableciendo un control más riguroso sobre la función administrativa, contemplando sanciones, multas, nuevas obligaciones, y el cierre definitivo determinados establecimientos.

El factor caracterizante de estos 26 decretos leyes dictados por Hugo Chávez lo conforma el especial énfasis que realiza sobre el Estado comunal y socialista, cuyo propósito fue "construir la nueva sociedad socialista, de igualdad, equidad y justicia social"[31].

Un ejemplo del gran protagonismo del Estado comunal dentro de estos decretos leyes, posteriores a la aprobación de la ley habilitante de 2007, se encuentra la "Ley de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios", Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley N° 6092 publicado el 31 de febrero del año 2008 en Gaceta Oficial N° 5.889 y el "Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Alimentaria", publicado de igual manera el 31 de febrero del año 2008. Ambos incorporaban ideas relativas a la organización comunitaria, cuyo contenido regulaba aspectos como la

[31] Objetivos que fueron rechazados a partir de la voluntad popular representada en los comicios electorales celebrados el 2 de diciembre de 2007.

empresa de propiedad social directa e indirecta, producción y distribución social, intercambios solidarios de bienes e incluso el uso de moneda comunal.

No obstante, vale hacer énfasis en materia agrícola, ganadera, alimentación y servicios, donde se dictaron alrededor de 6 decretos-leyes publicados en las Gacetas Oficiales N° 5889 y 5892 en fecha 31 de julio de 2008. Entre estos encontramos el "Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Agroalimentaria"; "Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Salud Agrícola Integral"; "Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Crédito para el Sector Agrario"; "Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Beneficios y Facilidades de Pago para las Deudas Agrícolas de Rubros Estratégicos para la Seguridad y Soberanía Alimentaria"; y la "Ley de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios".

Cada uno de estos decretos leyes introdujeron al ordenamiento jurídico venezolano una gran cantidad de sanciones severas traducidas en multas hacia aquellas empresas que se encarguen del sector alimentario del país, así como limitaciones al derecho de libertad económica de las empresas por medio de las intervenciones u ocupaciones, cierre temporal o definitivo de establecimientos y suspensiones de licencias e incluso prisión para aquellos sujetos que violenten los postulados de estos decretos.

Con respecto a las leyes concernientes al Estado socialista, el Presidente Chávez se encargó de promulgar una serie de decretos leyes que comportaban el establecimiento de este modelo ideológico en el ordenamiento jurídico venezolano, postulados estos que ya habían sido rechazados en el referendo popular el 2 de diciembre de 2007.

Entre estos decretos relativos al Estado socialista nos encontramos al "Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley Orgánica de los Consejos Comunales", aprobada en fecha 28 de diciembre de 2009 de Gaceta Oficial N° 39.335, el cual plantea a los consejos comunales como instituciones de participación ciudadana y la potestad de estos en la gestión de políticas públicas con el objetivo de responder a las necesidades de la población en el esfuerzo para la "construcción de la nueva sociedad socialista, de igualdad, equidad y justicia social". El

"Decreto con Rango, Valor y fuerza de.de Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación" publicada en Gaceta Oficial en fecha 29 de julio de 2010 bajo el N° 5.990, el cual declara en su articulado que la Creación de Comisión Central versará sus funciones con el fin de "orientar al establecimiento de un modelo socialista capaz de garantizar la satisfacción de las necesidades espirituales y materiales de la sociedad para lograr la suprema felicidad[32]".

Asimismo se dictaron en fecha 31 de julio de 2008 decretos leyes con un marco similar a la ya rechazada reforma constitucional de 2007, entre estos encontramos el "Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria" con el objeto no solo de expandir las pequeñas empresas desde el sector público, sino el debilitamiento del derecho constitucional a la libertad económica, al establecer límites y una gran variedad de sanciones rigurosas para aquellas personas que se dediquen a la actividad productiva, fabricación, importación y comercialización de alimentos o artículos de primera necesidad. Al mismo tiempo tomó protagonismo la institución de la expropiación, en virtud de la supresión de la declaratoria previa de utilidad pública e interés social por parte de la Asamblea Nacional, lo cual resulta violatorio al artículo 115 de la CRBV.

Dentro de este orden de ideas, cabe resaltar la aprobación de un conjunto de leyes durante la vigencia de esta ley habilitante que centralizaban la funciones del Poder Público, tal y como fue el caso de la Ley Orgánica de Descentralización Delimitación y Transferencia de Competencia del Poder Público de fecha 17 de marzo de 2009, la cual contradictoriamente centralizaba las competencias en materia de puertos, aeropuertos y carreteras en cabeza del Poder Ejecutivo, desvirtuando los principio constitucionales republicanos alusivos a la descentralización y burlando la voluntad popular pues este precepto fue rechazado durante el referendo popular de la reforma constitucional de 2007.

3. Utilización de la ley habilitante para introducir en el ordenamiento jurídico las propuestas de la reforma constitucional previamente rechazadas

[32] Alfonzo Paradisi, J, "Decretos Leyes Dictados en 2008 conforme a la Ley Habilitante de 2007 y su Relación con la Reforma Constitucional Improbada el 2 de Diciembre de 2007", p. 101.

Conforme a lo expuesto anteriormente, durante la gestión del entonces Presidente Chávez se hizo uso indiscriminado de la figura de la ley habilitante para incorporar al ordenamiento jurídico venezolano por medio de la habilitación legislativa (mediante diversos decretos leyes), los presupuestos relativos al Estado socialista, comunal, límites al derecho a la libertad de económica y restricciones al derecho de propiedad.

Cómo es posible observar, cada uno de los supuestos descritos con anterioridad resultan inconstitucionales, en primer lugar, es clara la transgresión a una serie de principios tal y como lo es la progresividad y pluralismo político, así como el derecho a la propiedad consagrado tanto en la CRBV como en la Convención Americana de Derechos Humanos, ambos de rango constitucional dentro del orden normativo venezolano. En segundo término, la mayoría de la ciudadanía en el referendo popular celebrado el domingo 2 de diciembre de 2007 había manifestado su rechazo a la reforma constitucional, la cual pretendía la implementación de los postulados anteriormente expuestos a la CRBV, en consecuencia, el intento de contemplar alguno de estos preceptos rechazados haciendo uso de la habilitación legislativa, resulta totalmente violatorio al principio de voluntad popular, una burla a los ciudadanos y en consecuencia la desfiguración de la democracia.

A pesar del quebrantamiento del hilo constitucional, el Presidente Hugo Chávez de igual manera dictó alrededor de 26 decretos leyes entre los años 2007, 2008, 2009, todos con una fuerte carga ideológica y con propósitos que se justificaban en “la construcción de la nueva sociedad socialista”. Todo esto en virtud de la ley habilitante de 2007 aprobada por la Asamblea Nacional el 31 de enero de 2007, la cual no contemplaba objetivos, propósitos, directrices o un carácter de urgencia o de necesidad para ser sancionada, simplemente se delegó la función legislativa, cargando así las consecuencias de la ausencia de límites materiales y temporales en la regulación de la ley habilitante bajo la CRBV.

Si bien esta ley habilitante fue aprobada anterior al referendo popular del 2 de diciembre de 2007, esto no excusa para que los mismos preceptos y marcos sean incluidos al ordenamiento jurídico aplicable para la ciudadanía por medio de decretos leyes, incluso, de ser este el caso, no tendría sentido una consulta popular tal y como establece la CRBV.

Sumado a ello, dentro de la habilitación legislativa jamás se señaló expresamente la instauración de postulados relativos al Estado socialista, comunal y centralizado dentro de las materias autorizadas. A partir de esta vaguedad y la falta de especificaciones[33], es como nos lleva a concluir que dicha delegación por parte de la Asamblea Nacional fue, como hemos señalado con anterioridad, una suerte de cheque en blanco[34] para que el Presidente pueda dotar de cualquier carga ideológica o limitar derechos constitucionales dentro de instrumentos legales sin una circunstancia de necesidad o urgencia que lo justificare y con una vigencia excesivamente prolongada.

No conforme a la vulneración de la voluntad popular y la burla a todo una ciudadanía que manifestó su repudio a la reforma constitucional de 2007, se limitó igualmente una serie de derechos humanos como es el caso del derecho a la propiedad, como consecuencia de la introducción de la expropiación como institución sin la necesidad de declaración de interés público; el pluralismo político, al instaurar ideas netamente socialistas dentro de estos decretos leyes sin tomar en cuenta las opiniones de los otros sectores que hacen vida política en la nación; y el sin fin de sanciones para aquellos sujetos que transgredían esas leyes o los que se mostraban en contra a los fines del Estado.

Así pues, fue cómo se utilizó la habilitación legislativa como un instrumento de abuso de poder para regular materias más allá de la económica e imponer sanciones que comprendían incluso la privación de libertad de los sujetos transgresores de estos decretos. El gobierno del Presidente Chávez se aprovechó de este medio para incluir sus ideas del Estado socialista, comunal y centralizado donde la mayoría de las funciones se encontraban reservadas para el Poder Ejecutivo, sin tomar en cuenta el rechazo del pueblo en los comicios electorales del año 2007 desfigurando al "Estado democrático social de Derecho" que consagra nuestra Carta Magna.

II. LA LEY HABILITANTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

[33] Materiales y temporales.

[34] Fernández, Gerardo, *Manual de Derecho Constitucional. Parte Orgánica en la Constitución de 1999,* p. 72.

1. Definición y concepto según el Derecho venezolano.

Como punto de partida para entender a la figura de la ley habilitante, es pertinente tener en cuenta que esta surge de forma expresa en el ordenamiento jurídico venezolano con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (CRBV), contando con un antecedente en la Constitución de 1961. Así pues el artículo 203, último aparte, de la CRBV de 1999 define a la misma en los siguientes términos:

> Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio[35].

Además del referido concepto de rango constitucional[36], la ley habilitante figura en el artículo 236 numeral 8 de la CRBV de 1999 como el instrumento que autoriza al Presidente de la República a dictar decretos con fuerza de ley, en palabras de la Carta Magna de 1999 "Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: (...) 8. Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley[37].

De tal consagración se desprende entonces que la ley habilitante se trata en líneas generales, según Tavares, Soto y Matheus de un

> Acto jurídico de contenido normativo y carácter permisivo, dictado en ejecución directa e inmediata de la Constitución, sancionado exclusiva y excluyentemente por las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, órgano perteneciente al Poder Legislativo Nacional, por cuyo intermedio se delega la posibilidad de ejercer la función legislativa, con arreglo a ciertas directrices, propósitos y marco en materias de competencia nacional, reservadas a actos con fuerza o rango de ley, de forma exclusiva y excluyente a un solo destinatario, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, órgano del Poder Ejecutivo Nacional; y, además, se autoriza a este último órgano para dictar, en un plazo

[35] Artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860, del 30 de diciembre de 1999).
[36] Tavares Duarte, F, Soto Hernández, M, Matheus Inciarte, M, "Examen del elemento normativo de la Ley Habilitante: referencia a la Ley Habilitante de 2000". p. 499.
[37] Artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860, del 30 de diciembre de 1999).

> determinado, actos de contenido normativo con fuerza o rango de ley, denominados decretos con fuerza de ley[38].

Partiendo entonces de que la ley habilitante es un acto jurídico y siguiendo el planteamiento conceptual propuesto por los catedráticos Tavares, Soto y Matheus, a fin de mencionar los elementos imprescindibles que componen a la misma, es correcto afirmar que la ley habilitante constituye una declaración de voluntad de la Asamblea Nacional, órgano del Poder Legislativo Nacional, destinada a producir efectos jurídicos, en la que se faculta al Presidente de la República en Consejo de Ministros a dictar decretos con fuerza de ley[39].

Agregan los referenciados autores, citando a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que la ley habilitante encuadra dentro de los actos estatales definidos[40] y que por lo tanto se trata de una manifestación de voluntad del Poder Público, emanadas de un sujeto en cumplimiento de las funciones que le atribuyen la Constitución y las leyes[41]. De allí que la ley habilitante como acto jurídico sea una declaración de voluntad del órgano legislativo que produce el efecto de autorizar al Presidente de la República a dictar decretos leyes, en virtud de un mandato constitucional.

En definitiva, conforme a la división de poderes, todo esto representa una colaboración entre la labor realizado por el órgano legislativo como cuerpo colegiado (ley habilitante) y el resultado del desarrollo de la misma dictado por ejecutivo (decretos leyes), en palabras de García de Enterría y Fernández; supone una participación entre el legislativo, que adopta ordinariamente la iniciativa, y la Administración, que la continua y la lleva a término y conclusión[42].

[38] Tavares Duarte, F, Soto Hernández, M, Matheus Inciarte, M, "Examen del elemento normativo de la Ley Habilitante: referencia a la Ley Habilitante de 2000". p. 499.
[39] Tavares Duarte, F, Soto Hernández, M, Matheus Inciarte, M, Ob Cit., p. 499.
[40] Tavares Duarte, F, Soto Hernández, M, Matheus Inciarte, M, Ob Cit., p. 500.
[41] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, "Sentencia del 21 de noviembre de 2001. Caso: Abogada Luisa Amelia Carrizales y otros". *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia (Desde 1973). Tomo I. N° 11.* Editorial Pierre Tapia. Caracas, Venezuela, p. 45-51.
[42] Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas 1990), p. 151.

En cuanto al contenido normativo de la ley habilitante, Tavares, Soto y Matheus precisan que la ley habilitante sigue sin duda una estructura lógica característica de las normas jurídicas[43]; incluso, distinguidos autores como Peña Solís, la consideran como un producto normativo, cuyo contenido es precisamente la atribución de potestades legislativas[44]. No obstante, parece existir ciertas dicotomías doctrinales con respecto al contenido de la ley habilitante, así pues, consideran tanto el maestro Brewer Carías, como otros autores, que la ley habilitante per se o en sí misma carece de contenido o valor normativo, pues éste lo detentan las normas posteriores o decretos con fuerza de ley dictados por el Presidente de la República[45].

2. Caracteres de la ley habilitante según el Derecho venezolano.

Tavares, Soto y Matheus hacen referencia a caracteres comunes y propios de la ley habilitante, entre los que se hace mención a la particularidad, entendida como aquella regla de conducta dirigida a una persona u órgano singular[46]; en este caso, la ley habilitante posee sin lugar a dudas un destinatario específico (el Presidente de la República en Consejo de Ministros). Además, la ley habilitante se concreta mediante la delimitación de "las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República (...)[47]", en otras palabras, la mención a las materias que el legislativo delega al ejecutivo nacional, aspecto de central importancia, pues tal y como puntualiza el insigne maestro, Gerardo Fernández, toda ley de habilitación debe precisar claramente el ámbito de

[43] Tavares Duarte, F, Soto Hernández, M, Matheus Inciarte, M, "Examen del elemento normativo de la Ley Habilitante: referencia a la Ley Habilitante de 2000", p. 500.
[44] José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999* (Caracas: Colección de Estudios Jurídicos, N° 1. Tribunal Supremo de Justicia 2000), p. 291.
[45] Allan Brewer Carías, *Fundamentos de la Administración Pública*. (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana 1984), p. 386.
[46] Tavares Duarte, F, Soto Hernández, M, Matheus Inciarte, M, "Examen del elemento normativo de la Ley Habilitante: referencia a la Ley Habilitante de 2000", p. 501.
[47] Artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860, del 30 de diciembre de 1999).

habilitación, de otra manera, se le otorgaría al Ejecutivo Nacional un cheque en blanco, unos verdaderos plenos poderes (...) dicha ley de habilitación no debe ser ni general, ni abstracta[48].

El elemento temporal de la ley habilitante, de acuerdo a Tavares, Soto y Matheus se trata del lapso de duración que la misma ley establece a la atribución legislativa otorgada al Poder Ejecutivo[49], por lo que tiene una vigencia determinada[50], en atención a la necesidad de establecer un marco temporal de acción del Poder Ejecutivo, de manera que esta no sea indefinida, buscando limitar así dicha atribución e incluso conservar su carácter excepcional.

De igual manera, cabe hacer mención de otros rasgos característicos de la ley habilitante que Tavares, Soto y Matheus consideran imprescindibles a su existencia, como lo son la imperatividad de la ley, puesto que se establecen normas de obligatoria observancia[51]; y el carácter permisivo de la ley habilitante, el cual consiste en permitir o facultar al Presidente de la República a realizar una conducta en un determinado sentido material y en un determinado sentido formal[52], en este caso a emitir decretos con fuerza de ley en las materias y plazos temporales previstos.

Asimismo, a fin de comprender cabalmente los elementos de la ley habilitante, resulta indispensable tomar en consideración que esta figura debe contar con un sentido formal y uno material[53], el primero de ellos refiere al cumplimiento de los elementos meramente formales en su creación, como lo son que la ley haya sido sancionada por las tres quintas partes de la Asamblea Nacional; mientras que, el aspecto material se encuentra referido a la expresión de las materias que el legislativo delega al Presidente de la República, tal y como

[48] Gerardo Fernández, "Los Decretos-Leyes (la Facultad Extraordinaria del Artículo 190, Ordinal 8° de la Constitución)", *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, N° 3. Editorial Jurídica Venezolana.* (1992).

[49] Tavares Duarte, F, Soto Hernández, M, Matheus Inciarte, M, "Examen del elemento normativo de la Ley Habilitante: referencia a la Ley Habilitante de 2000", p. 503.

[50] Peña Solís, J, *Manual de Derecho Administrativo*, p. 319.

[51] Rodrigo Noguera Laborde, *Elementos de Filosofía del Derecho,* (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1997), p. 155

[52] Tavares Duarte, F, Soto Hernández, M, Matheus Inciarte, M, "Examen del elemento normativo de la Ley Habilitante: referencia a la Ley Habilitante de 2000", p. 504.

[53]Tavares Duarte, F, Soto Hernández, M, Matheus Inciarte, M. Ob Cit., p. 507.

lo establece nuestra CRBV, en su artículo 203 " (...) las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República[54]".

Luego de tomar en cuenta la enumeración detallada de elementos imprescindibles de la ley habilitante, vale hacer referencia a otras connotaciones que derivan del análisis de esta interesante figura. En primer lugar, apunta el maestro Muci Borjas que la ley habilitante funge como una especie del género Ley Orgánica, pues en palabras del catedrático:

> A pesar de que la Constitución de 1999 no contiene una norma equivalente al artículo 163 de la Constitución de 1961, conforme al cual las disposiciones de las leyes orgánicas prevalecían sobre las normas de las leyes ordinarias en las materias reguladas por aquéllas, a nuestro entender no hay duda alguna que las leyes habilitantes dictadas al amparo de la Constitución de 1999 prevalecen –ex rerum natura– sobre los decretos-leyes dictados en ejecución de aquéllas[55].

De allí que, la ley habilitante se entienda como superior a los decretos leyes dictados en ejecución directa de estas, pues componen su supuesto o antecedente lógico y necesario como un marco normativo de referencia[56]. Por otro lado, el referido autor se plantea el objeto de la ley habilitante y su naturaleza jurídica, al preguntarse si esta se trata de una autorización legislativa o de una delegación de poderes normativos, dejando en evidencia una clara inconsistencia terminológica[57] entre el artículo 203 y 236 numeral 8º de la CRBV y abriendo el debate doctrinal en torno a si los poderes que se ejercen al dictar los decretos-leyes son derivados o propios del Poder Ejecutivo, a lo que acertadamente concluye el maestro Muci Borjas:

> Las leyes habilitantes contienen una delegación legislativa y no una autorización. Esa delegación de poderes normativos niega la tesis de la autorización, defendida por un sector de la doctrina nacional, e impide realizar una lectura literal –literal y aislada–

[54] Artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860, del 30 de diciembre de 1999).
[55] José Antonio Muci Borjas, "Las leyes habilitantes y los decretos-leyes dictados con base en aquéllas", *Revista de Derecho Público* Nº 140/2014 (2013), p. 56.
[56] Muci Borjas, J, "Las leyes habilitantes y los decretos-leyes dictados con base en aquellas", p. 56.
[57] Muci Borjas, J. Op. Cit., p. 57.

> del artículo 236, numeral 8º, de la Constitución para afirmar, con base en esa lectura –literal y aislada, insistimos–, que las leyes habilitantes autorizan el ejercicio de poderes originarios[58].

No obstante, esa verdadera delegación de poderes que realiza la Asamblea Nacional mediante la ley habilitante, ésta mantiene su reserva legislativa, de manera que, la Asamblea Nacional puede en cualquier momento ejercer su competencia, de rango constitucional, para normar las materias objeto de autorización, sin necesidad de derogar expresamente, de manera parcial o total, la ley habilitante previamente sancionada[59].

Otra perspectiva clave a considerar dentro de la doctrina que estima que el contenido de la ley habilitante consiste en una verdadera delegación legislativa, es la propuesta por Herrera Orellana quien afirma:

> La tesis de la autorización es contraria al principio de división de Poderes, y que por tanto es la tesis de la delegación, a pesar de los graves problemas que también ella comporta para el funcionamiento democrático del Estado, la que debe seguirse mientras tenga vigencia la peligrosa figura de la Ley Habilitante[60].

Incluso, para mayor comprensión de la tesis de la delegación, autores de renombre dentro del derecho administrativo, como es el caso de García de Enterría y Fernández, se atreven a realizar las siguientes aseveraciones:

> La naturaleza jurídica de la delegación no es otras más que la transferencia del poder legislativo a la Administración, en la que, se apela por la Ley al Reglamento para que éste colabore en la regulación que la misma acomete, para que la complemente y lleve su designio normativo hasta su término; no es que el poder legislativo abdique de sus responsabilidades y las transfiere a otro centro orgánico[61].

[58] Muci Borjas, J, Op. Cit., p. 61.
[59] Muci Borjas, J, Op. Cit., p. 61.
[60] Luis Herrera Orellana, "¿Es necesaria la figura de la ley habilitante en el ordenamiento jurídico venezolano?" *Revista de Derecho Público* N°140/2014 (2014), p. 44.
[61] García de Enterría, E. y Fernández, T., *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas 1990), p. 152.

Tomando en cuenta lo mencionado, resulta más claro afirmar que la ley habilitante se trata de un acto jurídico llevado a cabo en ejecución directa de la Constitución, mediante el cual la Asamblea Nacional como cuerpo legislador delega al Presidente de la República en Consejo de Ministros la potestad legislativa para dictar decretos con fuerza de ley. Esta ley posee elementos tanto materiales, temporales y formales imprescindibles, es sancionada por las ⅗ partes de la Asamblea Nacional y funge como marco directivo coercible so pena de nulidad de los actos contrarios a la misma.

3. Antecedentes históricos

Con el fin de aportar una idea más completa de las implicaciones de la actual figura de la ley habilitante concebida bajo la CRBV, resulta fundamental hacer referencia a su histórica consagración en la Constitución de 1961, sin dejar a un lado que su antecedente más remoto se remonta a la Constitución Nacional de 1945 que guarda importante identidad con aquélla.

3.1. En la Constitución de la República de Venezuela de 1961

El antecedente más inmediato de la ley habilitante consagrada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se encuentra en el artículo 190 ordinal 8° de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, el cual establece como atribuciones del Presidente de la República:

> 8. Dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por la ley especial[62].

De la norma citada supra se desprende que la delegación legislativa tenía que atender estrictamente a una doble limitación constitucionalmente impuesta, en tanto que (i) las medidas tomadas debían corresponder exclusivamente a la materia económica o financiera,

[62] Artículo 190.8 de la Constitución de la República de Venezuela (Gaceta Oficial N° 662 Extraordinario del 23 de enero de 1961).

y (ii) resultaba necesaria la existencia de un interés público que justificara la delegación de poderes.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta figura consagrada en la Constitución de 1961, Peña Solís menciona que:

> Se trataba de una ley autorizatoria, porque dicho texto constitucional privilegiaba la actuación del Presidente de la República, debido a que le atribuye claramente la potestad para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, sujetando su ejercicio a la autorización que mediante ley especial debía otorgarle el Congreso de la República[63].

En este punto, nótese con importante atención cómo Peña Solís considera la naturaleza de la ley habilitante concebida a la luz de la Constitución de la República de Venezuela de 1691 como una autorización con base al argumento que el texto constitucional le atribuía al presidente la posibilidad de dictar normas de rango legal en materia económica y financiera siempre y cuando tuviera previa autorización del Congreso para estos fines, siendo esta una condición necesaria para el ejercicio de esta potestad excepcional.

No cabe duda entonces que la autorización prevista en la Constitución de 1961, sigue la línea de la reforma constitucional de 1945[64] y sienta las bases para la creación de la ley habilitante contenida en la Constitución de 1999, que si bien con las variaciones referentes a los límites materiales, encuentra su antecedente imprescindible en esta.

3.2. En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999

Como se ha hecho referencia anteriormente, la ley habilitante se encuentra consagrada en el artículo 203 último aparte de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece que son leyes habilitantes las sancionadas por las tres quintas partes partes de la Asamblea Nacional con el fin de servir de marco a las materias que se

[63] José Peña Solís, José, "Dos nuevos tipos de leyes en la Constitución de 1999: Leyes Habilitantes y Leyes de Bases" .Revista *de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela* Nº 119/2000 (2000), p. 88.

[64] Juan Manuel Raffalli, J, "El fraude a los límites temporales de la habilitación legislativa", *Revista de Derecho Público* Nº 140/2014, (2014), p. 79.

delegan al Presidente de la República y fijar el plazo de su ejercicio[65]. Además del artículo 236 numeral 8 como una de las atribuciones del Presidente de la República: Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley[66].

Conforme a ello, autores tales como Herrera Orellana, expresa que la consagración constitucional de la figura de la ley habilitante actual

> Permite al Presidente dictar normas de rango legal en cualquier materia, sin limitación expresa de ninguna índole (de modo que incluye la posibilidad de dictar normas legales en materia penal, tributaria, etc.), salvo las que indique o establezca la Asamblea Nacional en la Ley Habilitante misma[67].

Esta omisión de límites temporales y materiales en el texto constitucional y el hecho de que sea la Asamblea Nacional la que determine los mismos en la discusión de la ley habilitante, ha dado lugar al abuso de dichos términos, a diferencia de la consagración de la versión previa de la ley en estudio, que como se ha hecho referencia en el punto 2.2 de este trabajo, realmente ostentaba límites materiales y temporales para la delegación de materias exclusivamente económicas y financieras cuando así lo requiriese el interés público. Ahora, la problemática que la falta de límites establecidos constitucionalmente ha generado se analizará con mayor profundidad más adelante.

4. Proceso para la habilitación

El proceso que la CRBV consagra para sancionar la habilitación (haciendo referencia a los requisitos formales de la ley habilitante) consiste en el voto favorables de las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, es decir, un número menor de votos con respecto al quórum necesario para la sanción de una ley orgánica. No obstante ello, es notable destacar un detalle de especial relevancia, tal como lo indica Peña Solís:

[65] Artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860, del 30 de diciembre de 1999).
[66] Artículo 236.8 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860, del 30 de diciembre de 1999).
[67] Herrera Orellana, L, "*¿Es necesaria la figura de la ley habilitante en el ordenamiento jurídico venezolano?",* p. 44.

> La Constitución, en el caso de las leyes habilitantes, (...) no indica en qué fase del proceso legislativo (...), debe constatarse que la ley cuenta con el apoyo de la mencionada mayoría calificada. Por tanto, pareciera lógico que esa exigencia, dado que la definición de este tipo de ley parte precisamente de la fase conocida como sanción en el procedimiento legislativo, se constata una vez aprobado el último artículo, mediante una votación final sobre todo el proyecto. En ausencia de disposición expresa sobre el asunto, también podría realizarse la votación en el momento de sancionar el referido último artículo del proyecto[68].

Finalmente, es preciso resaltar lo que Muci Borjas apunta, y es que, la ley habilitante antes de su promulgación será remitida a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que se pronunciará sobre su constitucionalidad en un plazo de diez días, en tanto que, la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la califica como un tipo de ley orgánica, sobre la base que la ley habilitante servirá de marco normativo para la formación de otras leyes[69].

III. LA LEY HABILITANTE COMO INSTRUMENTO DE ABUSO DE PODER POR PARTE DEL EJECUTIVO NACIONAL A LA LUZ DE LA CRBV

1. Problemática en cuanto a sus límites y alcance

Como se ha hecho referencia a lo largo del capítulo I de esta investigación, históricamente en el ordenamiento jurídico venezolano la consagración constitucional de la figura, incluso en el antecedente más primitivo de la ley habilitante, iba acompañada de los límites materiales y circunstanciales dentro de los cuales el Congreso podía autorizar al Presidente de la República a dictar medidas extraordinarias, en tanto que estas se veían limitadas por (i) necesidad y urgencia, (ii) por una causa de justificación de interés público y, (iii) un objeto de regulación exclusivamente sobre materia económica o financiera.

[68] Peña Solís, J. " Dos nuevos tipos de leyes en la Constitución de 1999: «Leyes Habilitantes y Leyes de Bases", p. 93.
[69] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 1719, 19 de septiembre de 2001. Caso: "Constitucionalidad del carácter orgánico del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia Tecnología e Innovación".

El hecho que dichos límites materiales se encuentren contemplados en la norma suprema genera entonces una obligación al Poder Legislativo de enmarcar a la ley habilitante en dicho términos so pena de nulidad, precisamente por la jerarquía superior de la Carta Magna. Ahora, con la ley habilitante contemplada a la luz del artículo 203 de la CRBV de 1999, la omisión de estos límites es clara, al disponer que la ley habilitante establecerá "directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, (...). Las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio"[70]. Entendiéndose que la ley habilitante podrá ser otorgada al Presidente de la República para que este regule mediante decreto con fuerza de ley la materia que la Asamblea Nacional determine con el voto de sus tres quintas partes; nótese con especial atención cómo la urgencia, el interés público, y las materias exclusivamente económicas y financieras ya no constituyen un requisito de dicha delegación.

La omisión de dichos límites ha dado lugar, a lo largo de más de 20 años de vigencia de la CRBV, a la utilización constante e indiscriminada de esta figura por parte del Ejecutivo Nacional. A continuación, se presenta un análisis relativo a la ausencia de los límites materiales y temporales en la CRBV, así como de los límites implícitos en la norma suprema y el menoscabo al principio de división de poderes y al sistema de pesos y contrapesos que dicha omisión ha ocasionado.

1.1 Ausencia de límites materiales

El primer aspecto cuestionable de la consagración constitucional de la ley habilitante a la luz de la CRBV versa sobre la ausencia de límites materiales, históricamente tomados en cuenta en sus antecedentes constitucionales cercanos y remotos, pues estos al menos establecían expresamente que las autorizaciones hechas al Presidente de la República debían versar exclusivamente sobre materia económica o financiera.

[70] Artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860, del 30 de diciembre de 1999).

Ahora bien, realizando un análisis del artículo 236 numeral 8° de la CRBV, notamos cómo el constituyente omite dicha limitante material[71], al no establecer explícitamente cuáles son las materias cuya delegación se otorga al Presidente de la República para que éste último lleve a cabo la labor legislativa. Desde una óptica literal del artículo citado supra, parece interpretarse que el Ejecutivo Nacional podrá dictar decretos leyes para cualquier tipo de materia, previa habilitación y límites impuestos por el poder legislativo; dicha interpretación literal es sostenida por parte de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, así pues la máxima instancia de la República afirma:

> Puede apreciarse, en consecuencia, que, de acuerdo con el nuevo régimen constitucional, *no existe un límite material en cuanto al objeto o contenido del decreto ley, de* manera *que, a través del mismo, pueden ser reguladas materias que, según el artículo 203 de la Constitución, corresponden a leyes orgánicas*; así, no existe limitación en cuanto a la jerarquía del decreto ley que pueda dictarse con ocasión de una ley habilitante, por lo cual podría adoptar no sólo el rango de una ley ordinaria sino también de una ley orgánica[72].

A partir de esto, resulta necesario advertir que, quienes redactan las presentes líneas no se encuentran de acuerdo con el fragmento extraído de la sentencia, pues como bien afirma Muci Borjas, este análisis contradice abierta o frontalmente la forma en la que, según el más alto Tribunal de la República, deben ser interpretadas las normas jurídicas[73], representando entonces una interpretación de la norma de la forma más amplia y aislada posible sin tomar en cuenta principios constitucionales ineludibles, garantías, representatividad, democracia y libertad, lo cual demuestra claramente una vulneración a cada uno de los elementos descritos anteriormente y el basto favorecimiento al Poder Ejecutivo Nacional[74].

[71] Fijada tanto en la Constitución Nacional de 1945 como en la Constitución de la República de Venezuela de 1961, ambas en consenso, limitando el objeto de regulación a materias exclusivamente económicas y financieras.

[72] Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 1716, 19 de septiembre de 2001, Caso: "Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares" Citado por: Muci Borjas, J, "Las leyes habilitantes y los decretos-leyes dictados con base en aquellas", p. 64.

[73] Muci Borjas, J, "Las leyes habilitantes y los decretos-leyes dictados con base en aquellas", p. 65.

[74] Muci Borjas, J. Ob Cit., p. 65.

Entre los principios constitucionales vulnerados con la interpretación de la ley habilitante como ilimitada en cuanto a las materias delegadas al Presidente de la República, se encuentra el principio de división del Poder Público, pues, al robustecer al Ejecutivo de potestades legislativas sin límites materiales constitucionalmente consagrados, consecuencialmente se desequilibra el Poder a favor únicamente del Ejecutivo, además de la clara irrupción de las competencias intrínsecas del Poder Legislativo, lo que se traduce en una centralización del Poder Público en cabeza del Ejecutivo Nacional.

Asimismo, inmersas en estos principios vulnerados, se encuentra la reserva legal, garantía de rango constitucional cuya finalidad estriba en cerciorarse de que dichas materias sean reguladas exclusivamente por el legislador, es decir, la Asamblea Nacional, precisamente por la trascendencia en la vida de la ciudadanía que implica, deben ser discutidas ampliamente por el órgano deliberativo por excelencia, a fin de que el producto legislativo resultante refleje la voluntad de la población y que sus exigencias y opiniones sean tomadas en consideración mediante sus representantes electos para tal fin, contrariamente a lo propugnado por parte de la interpretación literal de la Sala Constitucional, dejando al Ejecutivo la posibilidad de legislar materias (previa habilitación) que pudieran abarcar incluso libertades individuales y sistema de derechos, invadiendo competencias y materias de exclusiva regulación por parte de la Asamblea Nacional.

No cabe duda entonces que, es en el seno de la Asamblea Nacional donde la voluntad del electorado se ve reflejada en su mejor expresión, por la relación de identidad que existe entre los representantes electos y el pueblo, siendo estos los mayores exponentes de su opinión[75]; de allí que la esencia de dicha relación de identidad no puede replicarse cuando el Presidente de la República ejerce las funciones legislativas, puesto que el fruto de ese ejercicio carece irremediablemente de la discusión y negociación que se da exclusivamente en el órgano deliberativo[76], además del proceso agravado que sigue una ley desde su primera

[75] Muci Borjas, J. Op. Cit., p. 68.

[76] En todo caso, obtenemos como resultado una figura representativa de una única tendencia política (la del Presidente de la República en cargo), vacía de consenso, discusión y acuerdo de los diversos sectores que hacen vida política en el país.

discusión hasta su promulgación, aspectos que contribuyen a la legitimidad y aceptación de la ley resultante.

1.2 Ausencia de límites temporales

Del mismo modo como sucede con el límite material, la CRBV en el artículo 203 tampoco consagra algún tipo de límite temporal ni fija ningún plazo de tiempo para el cual se pueda establecer la delegación legislativa, sino que establece que la misma ley habilitante dispondrá su plazo de duración, siendo este un elemento de su contenido mínimo. Así pues, el jurista español Cosculluela Montaner precisa lo siguiente en cuanto al contenido mínimo de la ley habilitante:

> La delegación legislativa debe otorgarse al Gobierno de forma expresa, para una materia concreta y con fijación de un plazo para su ejercicio. Pasado este plazo la delegación debe entenderse caducada[77].

De esta manera, la CRBV hace omisión en cuanto al plazo de tiempo en el cual el Presidente de la República queda facultado para dictar decretos leyes en virtud de las materias delegadas, lo que ha dado lugar en la práctica, tal y como lo apunta el profesor Rafalli:

> En 15 años (...), el Presidente de la República ejerce funciones legislativas en materias reservadas por el artículo 187 ordinal 1 de la Constitución al Poder Legislativo Nacional, durante sesenta y seis meses, es decir cinco años medio, tiempo que incluso supera un período constitucional quinquenal de la Asamblea Nacional[78].

Demostrando diáfanamente una utilización abusiva de la figura de la ley habilitante, teniendo en cuenta que se debe recurrir a la misma de forma excepcional, a fin de respetar el principio de división de poderes, descentralización y evitar desbalances funcionales entre ambos poderes. Pese a ello, nos encontramos ante un panorama en el cual el Presidente de la República legisla incluso más que la Asamblea Nacional, al dictar por esta vía excepcional

[77] Luis Cosculluela Montaner, *Manual de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, 2009), p.4.
[78] Raffalli, J, "El fraude a los límites temporales de la habilitación legislativa", p. 83.

271 decretos leyes[79] en materias que trascienden lo económico y financiero, regulando el sistema de derechos constitucionales y la organización de los poderes públicos.

2. Menoscabo al sistema de pesos y contrapesos y la división de poderes

No cabe duda que la utilización constante e injustificada de la ley habilitante[80] para la delegación de la función legislativa al Presidente de la República, representa un menoscabo al sistema de pesos y contrapesos y el principio de división de poderes, en tanto que la figura en estudio se trata de una medida excepcional de delegación de funciones intrínsecas del poder legislativo, precisamente por la existencia de la reserva legal.

En primer lugar, entendiendo al sistema de pesos y contrrapesos como los límites que un poder tiene derecho a imponer sobre otro y que derivan de la configuración de la forma de gobierno que adopta una nación[81], la ley habilitante, utilizada de forma excepcional, resulta una figura útil para solventar situaciones de interés público que por su emergencia justifiquen la intromisión del Poder Ejecutivo en las funciones legislativas del Poder Legislativo; ahora bien, su uso excesivo e injustificado observado en las últimas dos décadas, supone un desbalance a favor del Ejecutivo Nacional en detrimento del Poder Legislativo, poniendo en riesgo la eficacia de control y el alcance de los poderes de la Asamblea Nacional.

Como se ha hecho referencia, el Poder Legislativo es por excelencia, el órgano más idóneo para llevar a cabo la función legislativa, al estar conformado por la representación de la voluntad más directa y cercana a los electores, quienes expresan sus opiniones y protegen sus intereses de forma abierta mediante discusiones y negociaciones, siguiendo procesos agravados para la creación de la ley y dando como fruto una ley que representa ampliamente a la ciudadanía. Es sin duda inalcanzable para el Presidente de la República en Consejo de

[79] Raffalli, J. Op. Cit., p. 830
[80] Entendida bajo los términos de la CRBV.
[81] María Amparo Casar, "Los frenos y contrapesos a las facultades del Ejecutivo; la función de los partidos políticos, el Judicial, el Legislativo y la administración pública" *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,* p. 404.

Ministros lograr ese nivel de compenetración entre la voluntad del pueblo y el producto legislativo.

Mantener la división de poderes y limitar las intromisiones que pueden llevar a cabo una rama del poder público sobre otra, no solo se asegura que la ley represente a la población lo más posible y que sus derechos y libertades sean regulados por el órgano más idóneo, sino que, al mismo tiempo, evita que el Poder Ejecutivo centralice el poder en sí mismo. Lamentablemente, el uso deliberado de la ley habilitante durante los dos periodos presidenciales más recientes ha contrariado ambos principios constitucionales, demostrando un claro abuso, en palabras del catedrático Herrera Orellana:

> Ha debilitado gravemente la legitimidad democrática de la legislación (los venezolanos, de estar sujetos a leyes hemos pasado a quedar sometidos a mandatos) , que dejó de ser resultado de debates entre fuerzas políticas con origen electoral en representación de los ciudadanos para ser expresión del partido de Gobierno y los exclusivos intereses de sus más cercanos aliados en la economía y la sociedad[82].

3. Contradicción a la voluntad popular

El 2 de diciembre de 2007, la mayoría de los ciudadanos manifestaron su desacuerdo con los preceptos de la reforma constitucional intentada por Hugo Chávez, debido que la misma contaba con una carga ideológica para instaurar dentro de la Carta Magna un "Estado socialista, comunal y centralizado", realizar modificaciones en cuanto al derecho de propiedad, la eliminación del enunciado del derecho al trabajo y libertad económica para pasar a ser una potestad del Estado, la alteración del sistema presidencial con la pretensión de extender el mandato presidencial de 6 a 7 años y la introducción de la reelección indefinida del Presidente de la República.

Sin embargo, meses antes, fue aprobada por la Asamblea Nacional (en su mayoría partidaria del gobierno de Hugo Chávez) la ley habilitante de 2007, la cual delega su función legislativa para que el Presidente dictara decretos-leyes en algunas materias como

[82] Herrera Orellana, L.,"*¿Es necesaria la figura de la ley habilitante en el ordenamiento jurídico venezolano?",* p. 44.

participación popular, seguridad ciudadana, economía, transformación de las instituciones del Estado, entre otras. Esta ley no especificó directrices o propósitos de esos decretos-leyes, y como se expuso anteriormente, la ley habilitante fue utilizada más adelante como un instrumento para la implementación de un Estado socialista, comunal y centralizado, ideas que habían sido rechazadas con anterioridad.

A pesar que, la aprobación de esta ley habilitante sucedió con anterioridad al referendo popular de 2007, esto no significa que la opinión de la mayoría del pueblo se quede estancada únicamente en la reforma constitucional en su rechazo a la instauración del Estado socialista, comunal y centralizado. Motivo por el cual el Presidente de la República no podrá optar por dictar decretos leyes que incluyan estos postulados ya previamente rechazados por el pueblo, en virtud de su ejercicio al derecho de soberanía popular.

No obstante, se llevó a cabo el proceso de elaboración de los decretos leyes para las amplias materias que autorizó la Asamblea Nacional pero todas dirigidas a la "construcción de la nueva sociedad socialista", con esto, Hugo Chávez ya implementaba sus ideas del Estado socialista mediante decretos leyes, ideas que habían sido repudiadas el pasado 2 de diciembre de 2007. Todo esto ocurre como causa de la amplitud de la ley habilitante de 2007 y la delegación de funciones que se ajusta mucho más a la entrega ilimitada del poder legislativo al Presidente, sin ninguna restricción o función contralora de los decretos producto de la misma.

A partir de todo esto, determinamos una clara violación por parte de la Asamblea Nacional en su función contralora del Poder Ejecutivo, y del propio Presidente Chávez al principio fundamental que funge la tradición republicana y nos define como un "Estado democrático social de Derecho" como lo es la voluntad y soberanía popular, por el cual el Estado deberá respetar las decisiones del pueblo y garantizar que estas sean cumplidas por los órganos del Poder Público.

En virtud de este principio, si la mayoría del pueblo había desaprobado las ideas de un Estado socialista, comunal, centralizado y limitaciones a derechos fundamentales, "para

la construcción del socialismo", estas no podrán ser objeto o marco de decretos leyes por parte del Presidente, más aún si entre los fines de esos decretos guardaba gran similitud con los postulados de la improbada reforma constitucional de 2007. Teniendo como resultado la debilitación de la democracia y la desvirtuación de nuestros principios republicanos y democráticos implícitos en la CRBV.

4. Abuso de poder por parte del Poder Ejecutivo mediante la ley habilitante de 2007

No cabe duda afirmar que, la ley habilitante de 2007 aprobada por la Asamblea Nacional para delegar su función legislativa y que el Presidente en virtud de este dictara 26 decretos-leyes durante los años 2007, 2008 y 2009 significó uno de los más grandes atropellos a la democracia venezolana, un fraude hacia el pueblo y una gran manifestación de abuso de poder por parte del Poder Ejecutivo Nacional, específicamente el Presidente Hugo Chávez.

A partir de esta invasión a la reserva legal de la Asamblea Nacional, el Presidente Chávez se encargó de dictar sus decretos leyes para las materias habilitadas, pero con una gran carga ideológica, de corte socialista, que ya había sido rechazada durante el referendo popular del año 2007, por el cual el pueblo se negó a la implementación de un Estado socialista, comunal y centralizado en la CRBV.

A pesar de ello, meses después, groseramente se incluyeron dentro del ordenamiento jurídico múltiples decretos leyes relativos al "Estado socialista y comunal" exactamente con el mismo propósito que propugnaba la reforma constitucional de 2007, "para construir una nueva sociedad socialista". Claramente podemos notar el abuso por parte de Hugo Chávez en la función legislativa otorgada por la Asamblea Nacional para burlar la voluntad popular de la mayoría de los ciudadanos venezolanos e implementar sus ideas socialistas del Estado comunal a las instituciones públicas cuando ya esto era rechazado a finales del año 2007.

Sin escrúpulo alguno, Chávez nuevamente dictó otros decretos leyes en virtud de la prolongada vigencia de la ley habilitante, todos con una carga ideológica de tipo socialista pero esta vez dirigidos hacia el área económica, específicamente empresas privadas

encargadas de la importación, manufacturación, comercio de alimentos y productos de primera necesidad. Pudiendo establecer sanciones severas como multas e incluso el cierre temporal o definitivo de las mismas por violentar las leyes y los fines del Estado. Sin embargo, Hugo Chávez no conforme a esto comenzó a implementar sanciones de carácter penal dentro de sus decretos-leyes, estableciendo penas de prisión hacia aquellos comerciantes que transgredían estos decretos.

Es decir, se utilizó nuevamente la función legislativa a conveniencia del Presidente para imponer penas privativas de libertad y sanciones que pudieran justificar el cierre o la prisión de empresarios del sector privado en virtud de estos decretos, haciendo uso una vez más la ley habilitante de 2007, pero en esta ocasión para arremeter contra la propiedad privada e imponer penas capaces de privar la libertad de los sujetos, en este caso los empresarios, materia penal, la cual es reserva legal exclusiva para la Asamblea Nacional.

En efecto, dentro de los decretos leyes dictados por el Presidente se encontraba la centralización de funciones al ejecutivo en lo concerniente a puertos, aeropuertos y carreteras, haciendo uso nuevamente de la ley habilitante para retomar competencias y robustecer al Poder Ejecutivo a conveniencia, trayendo en consecuencia el desequilibrio de los órganos del poder público y dejando en letra muerta la descentralización de las funciones, elemento característico de lo que supone, un Estado Federal.

De esta manera, es válido concluir que la figura de la ley habilitante, en los términos establecidos en la CRBV, ha servido como un instrumento de abuso de poder por parte del Poder Ejecutivo, mediante el cual se regulan materias de gran importancia nacional sin justificación real para ello y aprovechando la falta de límites constitucionales de materia y tiempo, en detrimento del sistema de pesos y contrapesos y la división de poderes, pilares de un sistema de gobierno moderno y descentralizado.

CONCLUSIONES

La ley habilitante en el ordenamiento jurídico venezolano surge como figura con la entrada en vigencia de la CRBV en el año 1999, contando con el artículo 190 ordinal 8° de

la Constitución de 1961 como antecedente inmediato; sin embargo, las innovaciones de esta disposición dan lugar a una serie de controversias centradas en sus límites materiales y temporales -o la falta de éstos-, su naturaleza jurídica y los usos que se ha dado a la misma a lo largo de los últimos veinte años.

El artículo 203 último aparte de la CRBV define a la ley habilitante como aquella sancionada por las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea Nacional y agrega que su finalidad estriba en el establecimiento de "directrices, propósitos y marco de las materias se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley"; además señala que "las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio". Esta consagración amplia permite entonces que al Poder Ejecutivo se le deleguen materias de gran relevancia nacional relacionadas con libertades y derechos constitucionales, incluso en situaciones injustificadas, además del abuso de los límites temporales que la misma ley impone al sobrepasar los mismos, de forma inconstitucional.

El abuso a la figura de la ley habilitante ha ocasionado un indudable desbalance en el sistema de pesos y contrapesos[83], incursiones injustificadas en las funciones del Poder Legislativo y debilitamiento del mismo; trayendo como consecuencia la inclusión en el ordenamiento jurídico de medidas que no reflejan la voluntad de la población, quedando como una herramienta en la que el Poder Ejecutivo se apoya para llevar a feliz término su agenda política, en detrimento de los intereses de la ciudadanía y del correcto y constitucional funcionamiento de las instituciones.

Un claro ejemplo de este abuso[84] por parte del Poder Ejecutivo, es observado con la aprobación de la ley habilitante del año 2007, la cual delegó la función legislativa de la Asamblea Nacional al entonces Presidente Hugo Chávez.

En dicho año se celebró en Venezuela un referendo popular para aprobar la reforma constitucional propuesta por el Presidente en fecha 15 de agosto de 2007 y que, acto seguido,

[83] Herrera Orellana, L, "*¿Es necesaria la figura de la ley habilitante en el ordenamiento jurídico venezolano?",* p. 46.
[84] Permitido por la propia CRBV en ausencia de límites materiales y temporales.

fue aprobada por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de ese mismo año. Esta reforma a la Carta Magna buscaba modificar disposiciones constitucionales concernientes a los principios y estructura de la CRBV, planteando modificaciones relativas al derecho de libertad de trabajo y libertad económica, la alteración de las "restricciones" a las garantías constitucionales por la "suspensión" de las mismas durante estados de excepción, la creación de territorios militares y la modificación de la participación directa de los ciudadanos, todo con el fin de "construir el verdadero socialismo"[85].

Sin embargo, lo más relevante del intento de reforma fue la modificación del sistema presidencial, el cual contemplaba el cambio del periodo presidencial de 6 a 7 años, la atribución de mayores competencias en su mando, la reelección indefinida, la eliminación de la cláusula de descentralización de la CRBV y la instauración de un Estado socialista y comunal el cual atribuía mayores poderes a los consejos comunales[86].

Haciendo caso omiso a las inconstitucionalidad devenidas, se llevó a cabo el referendo popular el domingo 2 de diciembre de 2007, mediante el cual la mayoría de los ciudadanos desaprobaron el proyecto de reforma constitucional en el intento de Hugo Chávez de implementar un Estado socialista, comunal y centralizado en Venezuela a través de elecciones directas y secretas.

Anterior a esta contienda electoral, la Asamblea Nacional en fecha 31 de enero de 2007 aprobó la Ley habilitante de 2007 para delegar ampliamente la función legislativa al Presidente, en áreas como transformación de las instituciones del Estado, participación popular, valores esenciales del ejercicio de la función pública, económica y social. Sin embargo, la Asamblea Nacional no señaló las directrices, propósitos, circunstancias de urgencia o medios de creación de una comisión delegada para que controlara la función legislativa que se habilitaba al Presidente.

[85] Vulnerando los principios de libertad, preeminencia de los derechos humanos y progresividad propugnados por la CRBV.

[86] Vulnerando los principios de pluralismo político, alternabilidad en el poder y descentralización, todos propugnados por la CRBV.

A partir de esto Hugo Chávez dicta 26 decretos leyes para regular las áreas anteriormente mencionadas, pero con una fuerte carga socialista, incluyendo sanciones administrativas y de carácter penal. De esta manera, fue como se introdujo la idea del Estado socialista, comunal y centralizado al ordenamiento jurídico venezolano mediante la figura de la ley habilitante, concebida en los términos de la CRBV, la cual más que una delegación de carácter legal, le sirvió de instrumento para aprobar aquello que había sido rechazado el 2 de diciembre de 2007.

Todos estos decretos leyes dictados por Hugo Chávez implementaban en sus disposiciones postulados del estado socialista, haciendo gran énfasis en la atribución de poderes a los consejos comunales, introducción de la institución de la expropiación como una sanción, imposición de sanciones administrativas y penas privativas de libertad para comerciantes de la empresa privada, justificándose en la "construcción de la nueva sociedad socialista", similar a los propósitos de la reforma improbada de 2007 en su esfuerzo para "construir el verdadero socialismo".

Hugo Chávez sin tomar en cuenta su propia CRBV -o al menos la voluntad del pueblo venezolano- hizo de estos decretos leyes un traje a la medida para implementar su deseo del Estado socialista al orden normativo de Venezuela, atribuyó plenos poderes a los consejos comunales, se adjudicó más competencias para su función presidencial, impuso penas privativas de libertad a empresarios, expropió múltiples transnacionales sin la declaración de utilidad pública de la Asamblea Nacional y reguló el derecho de propiedad.

En efecto, utilizó su "cheque en blanco" otorgado por la Asamblea Nacional, trayendo como consecuencia los catastróficos resultados que de ello se derivó, los cuales van desde abuso del poder que se le había conferido; violaciones a los principios de la CRBV; transgresión a la voluntad de toda la ciudadanía venezolana que manifestó su desacuerdo el pasado 2 de diciembre de 2007 hacia los preceptos que pretendían "construir el verdadero socialismo", hasta el quebrantamiento de la tradición republicana y democrática implícita en la CRBV, que constituye a Venezuela como un "Estado democrático y social de Derecho".

Es por estas razones que, para quienes redactan estas líneas, consideran imperativo la reintroducción en el ordenamiento jurídico venezolano, con rango constitucional, de una serie de límites de carácter material y temporal para la regulación de la ley habilitante, en pro de delinear estrictamente (i) las materias específicas a delegar tomando en cuenta la reserva legal; (ii) plazos de tiempo para dictar los decretos leyes resultantes; y (iii) los supuestos circunstanciales en los que se pueda justificar la atribución al Presidente de la República de una labor que corresponde al Poder Legislativo como órgano deliberante por excelencia, en el cual confluyen los intereses políticos de toda la ciudadanía venezolana; garantizando así una verdadera democracia y una Constitución con bases sólidas que asegure la salvaguarda del "Estado de Derecho".

BIBLIOGRAFÍA

Alfonzo Paradisi, J. "Decretos Leyes Dictados en 2008 conforme a la Ley Habilitante de 2007 y su Relación con la Reforma Constitucional Improbada el 2 de Diciembre de 2007" *Revista de Derecho Público* N° 125, (2011). Recuperado de http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/125/rdpub_2011_125_98-105.pdf

Amparo Casar, M. "Los frenos y contrapesos a las facultades del Ejecutivo; la función de los partidos políticos, el Judicial, el Legislativo y la administración pública." *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.* Recuperado de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2748/24.pdf

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. (2007, 1 de febrero). *Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan.* Gaceta Oficial No 38.617. Recuperado de: http://virtual.urbe.edu/gacetas/38617.pdf

Ayala Corao, C. "De la Constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007" *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.* Recuperado de: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2728/13.pdf

Constitución de Venezuela. 1945.

Constitución de la República de Venezuela [CRV]. 1961. República de Venezuela.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [CRBV]. 1999. República Bolivariana de Venezuela.

Cosculluela Montaner, Luis *Manual de Derecho Administrativo.* Madrid: Civitas, 2009.

De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes.* Barcelona: Editorial Ariel, 1987.

Fernández V., Gerardo. *Manual de Derecho Constitucional. Parte Orgánica en la Constitución de 1999.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Universidad Católica Andrés Bello, 2020.

Fernández, Gerardo."Los Decretos-Leyes (la Facultad Extraordinaria del Artículo 190, Ordinal 8° de la Constitución)" *Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, N° 3. Editorial Jurídica Venezolana* (1992).

García de Enterría, E y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo.* Madrid: Editorial Civitas, 1990.

Luis Herrera Orellana, "¿Es necesaria la figura de la ley habilitante en el ordenamiento jurídico venezolano?" *Revista de Derecho Público* N°140/2014 (2014).

Muci Borjas, J. "Las leyes habilitantes y los decretos-leyes dictados con base en aquéllas", R*evista de Derecho Público Nº 140/2014*, (2013). Recuperado de: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/140/rdpub_2014_140_51-78.pdf

Noguera Laborde, Rodrigo. *Elementos de Filosofía del Derecho.* Serie Mayor, N° 13. Universidad Sergio Arboleda. Santa Fe de Bogotá D.C., Colombia, 1993.

Peña Solís, José. "Dos nuevos tipos de leyes en la Constitución de 1999: Leyes Habilitantes y Leyes de Bases". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela (2000).* Recuperado de http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/119/rucv_2000_119_79-123pdf.pdf

Peña Solís, José. *Manual de Derecho Administrativo*. Adaptado a la Constitución de 1999. Volumen I. Colección de Estudios Jurídicos, N° 1. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela, 2000.

Raffalli, J. (2014). "El fraude a los límites temporales de la habilitación legislativa", *Revista de Derecho Público* Nº 140/2014. Caracas, Venezuela. Recuperado de http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/140/rdpub_2014_140_79-87.pdf

Reverón Boulton, C. "*Sobre la Ley Habilitante Antiimperialista para La Paz", Boletín Electrónico de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas Venezuela (2016).* Recuperado de: http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/BEDA/Numero%201%20(2016)/BEDA%201%20010%20-%20Sobre%20la%20Ley%20CR.pdf

Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 19 de septiembre de 2001, Nº 1716/2001 (caso: "Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares"), y del 22 de junio de 2007, Nº 1159 (caso: "Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Reorganización del Sector Eléctrico").

Tavares Duarte, Fabiola del Valle, & Soto Hernández, María Eugenia, & Matheus Inciarte, María Milagros. "Examen del elemento normativo de la Ley Habilitante: referencia a la Ley Habilitante de 2000". *Revista de Ciencias Sociales* (2004) (Ve), X(3),496-513. [fecha de Consulta 13 de Julio de 2021]. ISSN: 1315-9518. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28010310

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (2001). "Sentencia del 21 de noviembre de 2001. Caso: Abogada Luisa Amelia Carrizales y otros". En Pierre Tapia, Oscar (Compilador). Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. Repertorio Mensual de Jurisprudencia (Desde 1973). Tomo I. N° 11. Editorial Pierre Tapia. Caracas, Venezuela. Pp. 45-51.

Villasmil, R. (2007). "Aspectos clave de la Ley Habilitante 2007". *Serie Diálogo Democrático del Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales.* Recuperado de: https://library.fes.de/pdf-files/bueros/caracas/05540.pdf

Valeria Nieto

ABUSO DE DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA: ORGANIZACIONES CIVILES DEVOTAS

Valeria Nieto

Resumen: El derecho a la libertad religiosa es un derecho fundamental pero no absoluto. La creación de un ambiente de odio, rechazo y desinformación a través de su ejercicio produce una alteración de la convivencia pacífica en sociedad, que socava los cimientos de la democracia y la progresividad. Cuando organizaciones civiles, con justificación en el ejercicio de este derecho, extralimitan el objeto de su otorgamiento obrando en perjuicio de terceros, se configura un claro abuso de derecho lo que acarrea la responsabilidad civil y el cese de la actuación abusiva.

Palabras clave: Libertad religiosa, abuso de derecho, derechos fundamentales, limitación de derechos.

ABUSE OF THE RIGHT TO RELIGIOUS FREEDOM: DEVOUT CIVIL ORGANIZATIONS

Abstract: The right to religious freedom is a fundamental but not absolute right. The creation of an atmosphere of hatred, rejection and disinformation through its exercise produces an alteration of peaceful coexistence in society, which undermines the foundations of democracy and progressiveness. When civil organizations, with justification in the exercise of this right, exceed the object of its granting, acting to the detriment of third parties, a clear abuse of right is configured, which entails civil liability and the cessation of the abusive action.

Keywords: Religious freedom, abuse of right, fundamental rights, limitation of rights.

Valeria Nieto

INTRODUCCIÓN

Es en el artículo 23 de nuestra Constitución que, el punto de referencia a los estándares internacionales para los derechos humanos adquiere necesidad de observación y aplicación en el derecho interno del país, en razón de la jerarquía constitucional que allí se les adjudica.[1] Por lo que, será tanto en el marco garantista de nuestra Constitución como en los estándares e instrumentos internacionales, que se encuentre el vértice de referencia para el tratamiento de dicha materia en el país.

En el establecimiento de los estándares internacionales para los derechos humanos encontramos un marco de referencia y desarrollo, el cual nos permite visualizar el campo hacia el entendimiento de los mismos como potestades universales intrínsecas al ser humano, que, ajenos a cualquier requisito o mérito, estos lo acompañan por su mera existencia y condición de persona. Devengando de la dignidad humana en donde encuentran su razón, son también entre demás características; universales, inderogables y progresivos.

En palabras de Carlos Alberto Urdaneta Sandoval:

> Tienen los derechos humanos como valor jurídico fundamental que los legitima a la "igualdad", cuya realización social efectiva supone la ausencia de discriminación hacia cualquier sujeto de derecho; además, poseen por ámbito u objeto los bienes de la personalidad, conjunto unitario de realidades materiales y espirituales que por su intrínseco valor constituyen el ámbito sobre el que se despliega el ejercicio y protección de los derechos humanos; y son tutelados por unas garantías, entendidas como conjunto de instrumentos jurídicos y extrajurídicos por los que tiende a asegurarse el cumplimiento efectivo de los derechos humanos, frente a sus violaciones, esto es, las conductas antijurídicas, lesivas de los bienes de la personalidad, que atentan contra los derechos del ser humano, en cuanto miembro de la humanidad, las cuales pueden ser realizadas por el Estado, bien directamente, bien indirectamente –por omisión–, al amparo de su poder hegemónico, y *también por particulares y grupos sociales*. (itálicas añadidas).[2]

[1] República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Art. 23.
[2] Carlos Alberto Urdaneta Sandoval: Procedencia en el Derecho venezolano del ejercicio abusivo de los derechos humanos o fundamentales en su eficacia horizontal. En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje Nº 14. Caracas, TSJ, 2004, T. II, p. 658. http://tsj.gob.ve/documents/10184/175084/Homenaje+No14.+Tomo+II/6ca2192d-fbc4-438d-9335-a3a26fd0987b

Y es en lo último resaltado que, a los derechos humanos, debido al propósito que compete al derecho, como sistema de regulación y contención para el resguardo de la convivencia pacífica en sociedad y el mantenimiento del Estado democrático, se les adjudica un alcance y límites para garantizar el disfrute en equidad de los mismos entre los diversos grupos e individuos.

Dichos límites aparte de, deber ser necesarios, proporcionales, no discriminatorios y sobre todo, ser adjudicados por Ley3, resultan imprescindibles en situaciones de hecho donde, con justificación en el legítimo ejercicio de un derecho, particulares perjudicaren derechos de los terceros.

Desde hace tiempo organizaciones LGBTIQ+ y activistas por los derechos humanos denuncian que, entidades religiosas en el país están utilizando su derecho a la libertad religiosa de modo que organizan conferencias, movilizaciones, propuestas de políticas públicas, o hasta aprueban o realizan algún tipo de terapia de reconversión sexual. Actos justificados en el ejercicio de la libertad de religión, que representan una desconexión con los parámetros nacionales e internacionales sobre los derechos humanos. Y que, producen un daño y hacen nugatorios los derechos de los colectivos LGBTIQ+ así como la creación de un clima de rechazo, hostigamiento, prejuicio y desinformación.

Precisamente por las razones expuestas, se propone determinar si el comportamiento de estas organizaciones civiles de carácter religioso configuran un abuso de derecho, a fin de que esta consideración permitirá detener el ejercicio abusivo del derecho a la libertad religiosa para preservar los cimientos de la convivencia pacífica en sociedad, y así, resarcir y detener los daños causados a los terceros afectados.

Esto a la luz de los principios jurídicos que rigen la materia, ya que, se hace necesario determinar si la afectación a los derechos de los terceros se encuentra justificada

[3] Tortora Aravena, Hugo**.** "Las limitaciones a los derechos fundamentales." *Estudios constitucionales* [online] 8, no. 2 (2010): 167-200. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000200007&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-5200. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000200007.

por la concurrencia de un interés legítimo y proporcional al derecho invocado, en el marco del estudio de su naturaleza y alcance.

En nuestro ordenamiento jurídico interno esta figura encuentra presente su emanación en el artículo 1.185 del Código Civil, a la cual, tanto la doctrina y la jurisprudencia, han desarrollado y entienden como, abuso de derecho.4

Por lo que, teniendo tanto los parámetros internacionales como los constitucionales, es necesario aterrizar en el ámbito civil interno y realizar un estudio exhaustivo de las regulaciones en la materia, incluyendo como marco para su tratamiento e interpretación, las decisiones jurisprudenciales y la doctrina, ya que, es en el derecho interno donde podría encontrarse la movilización de un cambio con el motivo del cese de las extralimitaciones en el ejercicio del mencionado derecho, a través de la realización de esta investigación teórica de carácter cualitativa hermenéutica.

LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS LÍMITES

La noción de los derechos humanos se erige como una afirmación contundente de la dignidad de la persona humana frente al Estado. Esta premisa fundamental establece que el Poder Público no sólo debe abstenerse de vulnerar los atributos inherentes a la persona, sino que también tiene el deber de actuar como vehículo para que esta pueda desenvolverse en sociedad en condiciones que sean cónsonas con su dignidad.5

Los pactos y tratados internacionales son instrumentos jurídicos vinculantes para los Estados que los han ratificado, los cuales son el resultado de una concesión por parte de los mismos en las que establecen obligaciones recíprocas y congruencia en la toma de decisiones, en tanto que, estos se comprometen a actuar en consonancia con las directrices acordadas internacionalmente y expuestas en ellos, asimismo, someterse a la jurisdicción de los

[4] Código Civil de Venezuela. (1982). Art. 1.185. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 3.054 (Extraordinario), 26 de julio de 1982, p. 14.

[5] Pedro, Nikken, "El Concepto de Derechos Humanos." En *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, 16-21. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1994. https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/El-concepto-de-derechos-humanos-Pedro-Nikken.pdf

organismos subsidiarios emanados de los mismos, y que a su vez generan jurisprudencia internacional.6

Con base a esto, actualmente se poseen mecanismos eficaces para el entendimiento del sistema de protección de los derechos humanos, del que se desprenden obligaciones para los Estados, como; el deber de adecuar su ordenamiento jurídico interno en consonancia con lo establecido en los pactos y tratados. Recibir y aplicar recomendaciones que puedan realizarseles por parte de los órganos internacionales. Y el deber de respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos en general.[7]

Igualmente en acuerdo internacional se han determinado principios esenciales a manera de asegurar que estos derechos humanos sean respetados, protegidos y garantizados por cada Estado. Estos principios serán los valores fundamentales en como los derechos humanos serán entendidos y fungirán como sustento para todo su sistema siendo utilizados para interpretar y aplicar las normas jurídicas internacionales de derechos humanos.8

El principio de Universalidad encuentra su importancia primordial en tanto adjudica todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, religión, idioma o cualquier otra condición, son titulares de los mismos derechos humanos. Principio que le otorga la globalidad a la materia y elimina cualquier condición como excusa a su vulneración o a un tratamiento o favorecimiento desproporcional.

Este posiciona los derechos humanos como pilares inalienables fundamentales de la dignidad humana, donde no importa el sistema político, social o cultural que impere en un

[6] Urdaneta Sandoval, *Procedencia*…, 641.

[7] Organización de los Estados Americanos. (1969, 22 de noviembre). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf. Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948, 10 de diciembre). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights; Naciones Unidas. (1945, 26 de junio). *Carta de las Naciones Unidas*. https://www.un.org/es/about-us/un-charter; Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988, 29 de julio). *Sentencia del Caso Velásquez Rodríguez*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf.

[8] Nikken, "El Concepto de Derechos Humanos." 21.

territorio, estos derechos son inherentes a cada persona y no pueden ser vulnerados bajo ninguna excusa.9

Por consiguiente, el principio de Irreversibilidad, atañe a que el reconocimiento de un derecho, al ser inherente a la persona humana lo convierte en un derecho inalienable e inviolable. La dignidad humana, no admite relativismos, demostrando que lo que hoy se reconoce como un derecho inalienable no puede, bajo ninguna circunstancia, dejar de serlo por una decisión gubernamental.10

Este principio de irreversibilidad es crucial para determinar el alcance de la denuncia de una convención internacional sobre derechos humanos cuando si bien la denuncia de un tratado libera al Estado de los mecanismos internacionales de control y seguimiento, no lo exime de la responsabilidad de respetar y garantizar los derechos humanos.

Igualmente el principio de Progresividad, establece que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas cada vez más amplias para garantizar la plena realización de los derechos humanos. Esto significa que los Estados no sólo deben respetar y proteger los derechos humanos, sino que también deben tomar medidas activas para mejorar la situación de los derechos humanos en su territorio.11

Incluso existe el Jus cogens el cual es un término latino que significa "derecho imperativo". y se refiere a normas de derecho internacional que son tan fundamentales que son obligatorias para todos los Estados, independientemente de si los han ratificado o no.12

Es así como comprendemos que el derecho internacional nos proporciona una base sólida que tomar como ejemplo y referencia para el tratamiento y desarrollo de los derechos humanos en nuestro país y que, la omisión de estos parámetros y lineamientos en el foro interno comprenden un desvío del sistema democrático, igualitario, progresivo e inconstitucional.

[9] Nikken, op. cit. 22.
[10] Nikken, op. cit. 24.
[11] Nikken, op. cit. 25.
[12] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Las normas imperativas de derecho internacional general (jus cogens). Dimensión sustancial*. https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/69065.

Esto es entendido debido a que, en el marco de nuestra Constitución garantista, la Constitución vigente de 1999, toma en cuenta todos los principios mencionados, señalando a cabalidad cada uno de los lineamientos establecidos y enuncia el derecho interno en concordancia con los estándares internacionales de los derechos humanos.13

Primeramente, de acuerdo con la disposición constitucional, en nuestro país se entiende que los derechos humanos tendrán plena vigencia e igual jerarquía que la Constitución. Esto se ve ejemplificado en el artículo 23 del mencionado texto de 1999:

> 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 en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.[14]

Ahí vemos se establece que los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional. Esto significa que los instrumentos internacionales se encuentran al mismo nivel que la propia Constitución, y en caso de ser más favorables, prevalecerán los parámetros internacionales, así como siempre deber tomarse a estos como marco de referencia interna.

Este otorgamiento de rango constitucional de los sistemas de derechos humanos e incluso la dedicatoria de un título entero a la materia15, constituye un pilar fundamental para la protección y promoción de los derechos humanos en el país. Y es así como gracias al reconocimiento de la preeminencia del derecho internacional en esta materia, se establece un compromiso con la defensa de la dignidad humana y se garantiza el pleno goce de los derechos y libertades fundamentales.16

---

[13] Pedro, Nikken. (1991). *Código de derechos humanos: compilación y estudio preliminar*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana / Universidad Central de Venezuela: Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico. (Colección Textos Legislativos, No. 12), 43-48.

[14] Venezuela. (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, No. 36.860 (Extraordinario), 30 de diciembre de 1999, art. 23.

[15] Véase en: Venezuela. (1999). *Constitución de la, Título III.*

[16] Nikken. (1991). *Código de derechos, 56.*

Asimismo, en demás partes del texto constitucional se hace referencia a los principios relatados anteriormente como: al principio de progresividad en el artículo 1917, al principio de la universalidad en el artículo 2118, al principio de irretroactividad en el artículo 2419, etc.

A su vez, también en el artículo 20 del texto constitucional, encontramos un marco importante para el tratamiento de la convivencia y el alcance de los derechos humanos en el país, este textualmente expresa:

> 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 del orden público y social.[20]

Y es, en este mismo artículo de nuestra Constitución (1999), donde se establece el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, consagrando la libertad individual como un pilar fundamental del Estado, el cual además se entiende como; Democrático y Social de Derecho y de Justicia.

Pero es allí donde a su vez, se expresa este derecho, no es absoluto y se encuentra sujeto a limitaciones, lo que genera un debate complejo y profundo sobre su alcance y las tensiones que pueden surgir en los casos concretos.

Con lo expuesto, el legislador reconoce la libertad individual como un derecho fundamental inherente a la persona humana. Esta libertad se traduce en la capacidad de cada individuo de actuar con autonomía en el ámbito privado y público, tomando decisiones sobre su propia vida y desarrollo, sin interferencias arbitrarias del Estado o de terceros. Y esto, lo establece en los límites del derecho de los demás y del mantenimiento del orden público y social.

El primero siendo un margen el cual se basa en el principio de reciprocidad y busca proteger los derechos de los demás individuos, evitando que el ejercicio de la libertad

[17] Venezuela. (1999). *Constitución de la República,* art. 19.
[18] Venezuela. op. cit. art. 21.
[19] Venezuela. op. cit. art. 24.
[20] Venezuela. op. cit. art. 20.

individual de una persona vulnere los derechos de otra o haga nugatorio los derechos de la comunidad en convivencia.

Asimismo, en el segundo, se refiere a la necesidad e importancia de mantener un orden social pacífico y garantizar la seguridad pública por parte del Estado, ya que, tiene la obligación de establecer normas y regulaciones que limiten el ejercicio de la libertad individual cuando sea necesario para proteger el bienestar general.21

Asimismo de acuerdo con el pronunciamiento sobre la materia por parte de nuestra jurisprudencia interna, tenemos que, concuerda con lo expresado en su decisión del 20 de noviembre de 2002 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al interpretar la tesis del abuso de derecho en el ejercicio procesal, que "La titularidad de un derecho no es razón suficiente para justificar actuaciones opuestas al bien común y al valor de solidaridad que rige a nuestro ordenamiento jurídico."22

Y además, en palabras de la Sala de Casación Civil el 15 de octubre de 2014, en referencia igualmente al alcance de los derechos:

> En este sentido, cabe señalar que distintas corrientes doctrinarias han coincidido en que la situación no puede resolverse de manera simplista con una mera afirmación de que tales sujetos…se encuentran amparados por el ejercicio legítimo y regular de su derecho…debido a que, este tiene un objeto y un contenido, y cuya determinación permitirá establecer el alcance de las libertades.[23]

Esto aporta a la tesis de que los derechos no son absolutos y que se hace necesario que estén sujetos a limitaciones objetivas impuestas por el ordenamiento jurídico en aras de garantizar la sana convivencia y el bien común de todos los individuos de la sociedad, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos como referencia y de acuerdo al principio de reciprocidad, a modo de limitar el uso abusivo del ejercicio de un derecho que

[21] Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sala Constitucional. (2008, 28 de febrero). Sent No. 190. Expediente: 03-2630. http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/190-280208-03-2630.HTM.
[22] Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sala Constitucional. (2002, 20 de noviembre). Sent No. 2916. Expediente: 02-0518. http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2916-201102-02-0518.HTM.
[23] Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sala Constitucional. (2008, 28 de febrero). Sent No. RC.000632. Expediente: 13-639. http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/170033-RC.000632-151014-2014-13-639.HTML.

hace nugatorio el de terceros, producir la restitución del daño causado y consolidar un marco para la prevención y la no repetición.

Naturaleza y alcance del derecho a la libertad religiosa

El derecho a la libertad religiosa encuentra su origen en la dignidad humana y en la necesidad de proteger la esfera personal de cada individuo como cualquier otro derecho fundamental parte en nuestra Constitución (1999).

Su desarrollo histórico ha sido gradual, marcado por hitos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). Estos instrumentos internacionales establecen la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión como derechos fundamentales de todos los seres humanos.24

En el desarrollo de este derecho se entiende que la libertad religiosa comprende dos aspectos fundamentales, los cuales son: la libertad de creencia y la libertad de culto. Donde la primera se refiere al derecho de ejercer o no ejercer una religión por parte de cada individuo o un grupo, mientras que la segunda se refiere al derecho a practicar la religión escogida por parte del o los individuos de la comunidad sin interferencia del Estado, el cual, además, tiene la responsabilidad de asegurar este derecho no se vea vulnerado por terceros.

De acuerdo al ámbito internacional, el derecho a la libertad religiosa se encuentra protegido y desarrollado en diversos instrumentos internacionales. Tomando como referencia la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el artículo 18 expresa:

> Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.[25]

[24] Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Asamblea General de las Naciones Unidas. https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/ **;** Organización de las Naciones Unidas. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Asamblea General de las Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights

[25] Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 18. En Naciones Unidas. Instrumentos básicos de derechos humanos. (p. 7). Nueva York: Naciones Unidas, 1994.

Siguiendo un lenguaje similar, concuerdan con ella; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) también en su artículo 18, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) en su artículo 12, la Convención Europea de Derechos Humanos (1950) en su artículo 9.

Sin embargo, el alcance de la libertad religiosa es amplio, más no ilimitado. Este puede verse limitado en el encuentro con otros derechos y valores fundamentales, así como por el resguardo de la seguridad pública o la protección social.

En palabras de la Convención Europea de Derechos Humanos (1950) en su artículo 9 numeral 2, pero que igual concuerdan exactamente con las disposiciones contenidas en el numeral 3 del artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) respectivamente:

> 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.[26]

Es por esto que entendemos que, la libertad religiosa es un derecho fundamental que debe ser protegido y promovido por todos los Estados. En tanto es un derecho esencial para la dignidad humana y para el desarrollo de una sociedad plural y democrática, pero, su alcance no es absoluto e ilimitado, ya que, el mismo en su desarrollo y de acuerdo al objeto de su determinación, contará con limitaciones para proteger y preservar la reciprocidad e igualdad de este derecho y los de los demás individuos de la nación.

Actuaciones en el ejercicio de la libertad religiosa

El lunes 5 de septiembre del año 2022, la Federación de Psicólogos de Venezuela, a través de la red social de ahora nombre “X”, emitió un comunicado en el que miembros Directivos y de su Tribunal Disciplinario expresaron su profunda preocupación producto de reiteradas aclaraciones y mensajes difundidos a través de redes sociales e incluso entrevistas por medios televisivos, en los que profesionales que se hacen llamar del área de la psicología,

[26] Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

apoyados de organizaciones civiles devotas, avalaban y promovían las terapias de conversión, reparativas o de reorientación hacia personas sexo diversas pertenecientes a la comunidad LGBTIQ+.27

La Federación además expresó este tipo de terapias están actualmente prohibidas internacionalmente y se entienden como un tipo de tortura, en tanto, buscan influir directamente en la autodeterminación de la persona y en su dignidad, provocando incluso trastornos de ansiedad, depresión o suicidio, lo que se ha comprobado con estudios e investigaciones actualizadas.

Asimismo sostiene que, tanto los instrumentos internacionales, como la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como el Código de Ética del Psicólogo prohíben la discriminación en cualquiera de sus formas. Donde incluso, el Código de Ética, en particular, establece que el profesional de la psicología debe atender a todas las personas que lo consulten "con igual celo profesional".28

Señala además que la diversidad sexual, la orientación sexual y la expresión de género no constituyen condiciones psicopatológicas y que por el contrario, estas son expresiones naturales de la diversidad humana en materia sexual. En este sentido, al no ser trastornos mentales, no existe tratamiento psicológico, psicoterapéutico o psiquiátrico alguno que pueda ser aplicado para "curar" la diversidad sexual.[29]

En este sentido, la Federación condena cualquier acto de discriminación por parte de los profesionales de la psicología y exhorta a todos los miembros del gremio a actuar con ética y responsabilidad, respetando la dignidad y los derechos de todas las personas.

Entre los mensajes difundidos en la época del comunicado encontrados se encuentra el controvertido debate producto de las entrevistas realizadas a Franklyn Duarte y Maribel

[27] FPV Venezuela. (2023, 8 de septiembre). X: https://x.com/fpv_vzla/status/1566955988594442241?s=20.
[28] FPV Venezuela. X
[29] FPV Venezuela. opc. cit.

Castillo, a la que le siguió la de Linda de Márquez y Mireya Farrais, por el canal de televisión Globovisión.30

En las referidas entrevistas, Franklyn Duarte y Maribel Castillo, ambos dirigentes politicos, expresaron que la lucha contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género es "una moda" y "un negocio".31

Posteriormente, la abogada y devota cristiana Linda de Márquez, de la iniciativa Por la Familia Venezolana, intervino en el mismo programa para afirmar que las personas de la comunidad sexo-diversa no deberían exigir o demandar derechos amparados en la Constitución, ya que estos no se encuentran explícitamente mencionados en el texto fundamental. Añadiendo a esto, Mireya Farrais, autodenominada Coach motivacional, mencionó haber sido sometida a una "terapia de reorientación" sin experimentar ningún tipo de problema por lo que lo recomendaba.

En la entrevista la abogada Linda de Márquez expresa su fuerte devoción a Dios y a velar por la protección de la familia "en su diseño original" en donde habla abiertamente de su trabajo y el de la organización a su dirección expresando es "desde el amor al prójimo".32

También realiza un ejercicio en el que, utilizando mecanismos interpretativos propios de su persona e inexistentes en el ámbito jurídico, sin antecedente legal doctrinario o jurisprudencial que los avale, busca inadvertidamente las palabras "género", "ideología" y "diversidad sexual" en la Constitución (1999). 33

Argumenta que, debido a la ausencia explícita de tales términos, no es legítimo considerarlos como derechos fundamentales. Esta postura ignora los principios de interpretación y desarrollo basados en la doctrina, la jurisprudencia y el sistema internacional

[30]Globovisión. Primera Página | Entrevista con Linda de Márquez y Mireya Farrias. 22 de julio de 2022. Youtube: https://youtu.be/KCxBa8stwSo?si=ZhRlO2iIx6dX9EyJ. ; Globovisión Primera Página | Dip. AN Franklin Duarte y la Dip. Maribel Castillo: Comunidad LGBTQ+ (3/3) 15 de julio de 2022. Youtube: ;https://youtu.be/0LrhFkToUx4?si=xB3PPbDFZIlh32NP.
[31]Globovisión. Primera Página | Entrevista con Linda…
[32] Globovisión. Primera Página | Entrevista con Linda…
[33] Globovisión. Primera Página | op. cit.

de derechos humanos, el cual también ostenta rango constitucional según el propio texto fundamental en el que realiza la búsqueda.[34]

Además de escudar y avalar sus afirmaciones, que siempre realiza en representación de la organización que lidera, en la utilización de mecanismos de interpretación personal del derecho objetivo. Argumenta que las exigencias de las comunidades LGBTIQ+ y feministas no son derechos fundamentales, ya que los términos que la abogada emplea para simplificar las características del libre desenvolvimiento de la personalidad de dichas comunidades no aparecen textualmente en el texto constitucional.

De lo expuesto se desprende que la organización Por la Familia Venezolana, a pesar de utilizar mecanismos jurídicos aparentes, posee un carácter y fundamento eminentemente religioso. Esto se evidencia al analizar los términos empleados, como la "preservación" y el "obrar a favor de la idea original de familia".

Tal interpretación es meramente de carácter religioso y devoto, ya que ha quedado establecido en el derecho internacional y en las interpretaciones jurisprudenciales internas que la diversidad sexual de las personas LGBTIQ+ se basa en los preceptos constitucionales del libre desenvolvimiento de la personalidad, así como en otras disposiciones del texto fundamental que toman como referencia los parámetros internacionales donde se comprende la diversidad de organización afectiva social y sexual.

Asimismo la Constitución de 1999 avala la posibilidad de que el concepto de familia sea ejercido por personas distintas a la madre y el padre. Esto se traduce en una comprensión amplia de familia, la cual se evidencia en el artículo:

> Artículo 75. El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como 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

[34] Globovisión. Primera. op. cit.

> la madre, al padre o *a quienes ejerzan la jefatura de la familia.*(itálicas añadidas).[35]
>
> Y, además en su artículo 22 expresa textualmente:
>
> 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. (italicas añadidas)

En consecuencia, el hecho de que no se encuentren textualmente escritos no invalida la protección y consagración de tales derechos.

Por otra parte, se identifica el 13 de julio de 2023 se reunió la referida institución Por la Familia Venezolana, ante el Ministerio del Poder Popular Para la Educación en Caracas, para discutir sobre los planes educativos en materia sexual a nivel escolar. Donde rechazaron contundentemente la implementacion del programa de Educación Sexual Integral avalado, estudiado y auspiciado internacionalmente por organizaciones como la OMS, UNICEF, UNESCO, UNFPA, entre otras.

Destacando la importancia de una educación de calidad, en la que se promueva el desarrollo físico, mental y social basado en ciencia, argumentan que este tipo de educación no cumple con dichos estándares. Por lo que, a través de un comunicado entregado a las autoridades del Ministerio, la organización asegura que la ESI promueve una "ideología de género" que atenta contra los valores tradicionales de la familia venezolana.

Incluso señalan que la Educación Sexual Integral (ESI) genera confusión en los niños y niñas sobre su identidad sexual, al mismo tiempo que promueve la promiscuidad sexual a temprana edad. Por lo tanto, consideran que este tipo de educación expone a los niños a material inapropiado para su edad, lo que a su vez debilita la autoridad de los padres en la educación de sus hijos.

[35]Venezuela. (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5.453 (Extraordinario), octubre 24, 1999.

Ante esta situación, diversos organismos y activistas por los derechos humanos se pronunciaron expresando su preocupación por la desinformación proporcionada por la institución respecto a la Educación Sexual Integral (ESI). Argumentaron que la ESI se basa en evidencia científica y rechazaron la utilización del término "ideología de género". Sostienen que este término es abstracto, no está definido contundentemente y, en realidad, constituye una forma de ocultar la discriminación hacia grupos LGBTIQ+ en la justificación de su derecho.36

El abuso de derecho

En el ordenamiento jurídico venezolano, la figura de abuso de derecho se consagra en el segundo aparte del artículo 1.185 del Código Civil, en el cual se expresa:

> Artículo 1.185.- El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.
>
> *Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.* (itálicas añadidas).[37]

La doctrina concuerda que el legislador toma inspiración para ello en el Proyecto Franco-Italiano de las obligaciones[38]. Asimismo, varios autores discuten su definición. En palabras de Maria Candelaria Domínguez Guillén:

> La doctrina refiere que la teoría del abuso de derecho estudia la posibilidad de que una persona incurra en responsabilidad civil al causar un daño a otro en el ejercicio de un derecho subjetivo. Supone un acto realizado en ejercicio de un derecho que cause un daño por convertirse en antisocial, irregular o anormal, al transgredir su ejercicio. A lo que habría que agregar

[36] Véase: REVAJSSR; Movimiento SOMOS; Asociación Venezolana para la Educación Sexual; Tamara Adrián; Provea; Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de los Andes; CEPAZ; Amnistía Internacional Venezuela; Codevida; Mujeres en Línea; Acción Solidaria; Red de Apoyo por la Justicia y la Paz; COFAVIC; Foro Penal Venezolano.

[37] Venezuela. (2002). *Código Civil Venezolano*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5.453 (Extraordinario), octubre 24, 2002.

[38] MADURO LUYANDO, Curso…, p. 714; RODRÍGUEZ FERRARA, ob. cit., pp. 38 y 39; Urbina Sandoval pag. 689S

> para ser consecuente con su denominación que dicho ejercicio debe ser "abusivo".39

La presente síntesis, elaborada por Domínguez Guillén, comprende la compilación y el análisis extenso de la doctrina a lo largo del desarrollo histórico de la figura en cuestión. Donde ahonda en la complejidad que deriva el estudio de esta figura por diversos factores como, su espíritu controversial; pues su aplicación pone en discusión la delimitación de derechos subjetivos, la controversia en torno a su definición entre los estudiosos; esto por su confusión con el hecho ilícito, el carácter mixto empleado en cuanto al criterio para su determinación o la abstracción de sus elementos constitutivos,

Estudio de su autonomía y naturaleza

En el ámbito del derecho civil, se observa que el legislador, en el artículo en cuestión, establece la responsabilidad civil extracontractual.40

En el primer apartado hace referencia al hecho ilícito y posteriormente en el segundo aparte, establece el abuso de derecho, lo que se entiende como una distinción entre las figuras, puesto que, en ambos apartes se adjudican supuestos de hecho diferentes, lo que da pie a un mejor entendimiento para tratar al abuso de derecho como una fuente autónoma de las obligaciones en Venezuela.41

De esto, María Candelaria Domínguez Guillén hace referencia en el libro "Curso de Derecho Civil III: Obligaciones" en el capítulo dedicado al abuso de derecho. Donde señala contraposiciones con respecto a opiniones entre distintos estudiosos, como Pittier, que según comenta, este autor declara que en el precepto del caso venezolano, ambos supuestos están comprendidos en un mismo concepto amplio de culpa, en consecuencia, el abuso de derecho

[39] Domínguez Guillén, María Candelaria. (2017). *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, TEMA 25. El Abuso del Derecho, 681-.689. https://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2017/01/libro-Curso-de-Derecho-Civil-III-Obligaciones-ilovepdf-compressed-681-689.pdf

[40] Código civil…op. cit.

[41] Domínguez Guillén, *El abuso…*681.

no es una fuente autónoma de las obligaciones, sino que, las dos figuras descritas en los distintos párrafos del artículo 1.185 son en conjunto; el hecho ilícito.42

Incluso actores como Rodríguez-Arias Bustamante, el cual en su tesis afirma sería más conveniente denominar e identificar a esta figura como "actos antinormativos" pues cree que los derechos sólo se ejercitan o disfrutan. Esta denominación concuerda mejor con el supuesto en el que los actos impulsados de acuerdo a la finalidad subjetiva de un actor, violan la finalidad objetiva de una norma del ordenamiento jurídico, afectando con ello a este y a la sociedad.43

Tesis parecida la de Marcel Planiol, también en referencia a la doctrina extranjera, que afirmaba el abuso de derecho es en sí un hecho ilícito, pues entiende que el poseedor de un derecho es poseedor en tanto no sobrepase los límites del mismo, y que, al sobrepasar los límites se encuentra obrando fuera del alcance de su derecho, por lo que, no estaría en ejercicio del mismo sino de un acto ilícito.[44]

Sin embargo, a estas tesis encontramos respuesta, por ejemplo, en la refutación realizada a Planiol por Enrique A. Cuentas Ormachea, que también en el marco de la doctrina extranjera, establece las diferencias entre ambas figuras, expresando:

> Pero debemos advertir que hay diferencia entre uno y otro. Anotamos las siguientes: a) El acto ilícito importa una violación de la ley, pues el que obra ilícitamente obra sin derecho o contra derecho; el acto abusivo importa el ejercicio de un derecho por el titular mismo. b) El acto ilícito implica dolo, culpa o negligencia como regla general; en cambio, para el abuso, no es de su esencia la existencia de tales elementos; la intención maliciosa es, a veces, elemento integrante del acto abusivo pero no es elemento esencial como en el acto ilícito. e) El daño que produce el acto ilícito repercute en el tercero; en cambio, el daño que produce el abuso puede referirse a la

[42] Domínguez Guillén, op. cit, 684.
[43] Rodríguez-Arias Bustamante, Lino. (1955). "El abuso del derecho. Teoría de los actos antinormativos. Continuación". *Revista de la Facultad de Derecho*, 17-18, 31. México D. F.: UNAM. https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/25392/22794.
[44] Marcel Planiol y George Ripert, Tratado Público de Derecho Civil Francés, Traducción de Mario Diaz Cruz, Cultural S.A Habana, T. 41, N° 574, 1940.

> misma persona o a la colectividad, como el caso del propietario que por propia voluntad no cultiva su terreno.[45]

Igualmente, y enfocado al caso venezolano, de acuerdo a Dominguez Guillén en su libro, para un mejor entendimiento de las diferencias entre ambas figuras resulta necesario tener en cuenta el pronunciamiento sobre la materia por parte de nuestra jurisprudencia interna, esto para aclarar la confusión sobre la autonomía del abuso de derecho como fuente de las obligaciones.46

Tesis con la que concuerda Urdaneta Sandoval, en donde el autor ve en las pronunciaciones jurisprudenciales un marco importante de entendimiento y desarrollo para esta figura dada su complejidad.47

Por lo que, se toma como referencia la decisión de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia Nº 363 del 16 de noviembre del 2001, donde, el alto tribunal expresa y aclara sobre el 1.185:

> …Haciendo una apreciación integral del artículo anteriormente citado, se contemplan dos situaciones completamente distintas y naturalmente se fijan los elementos que diferencian la una de la otra. El primer párrafo del artículo corresponde a una de esas situaciones en la que se trata de probar que el daño causado fue producto de un hecho intencional, negligente o imprudente de otro, lo cual pareciera sencillo y hasta elemental. En cambio, el segundo caso... presenta una situación grave y hasta complicada que representa un delicado y complejo problema jurídico, el cual se refiere a "precisar cuándo se ha hecho uso racional de un derecho, y cuando se ha abusado del mismo" o cuando el ejercicio de ese derecho excede "los límites fijados por la buena fe o por el objeto por el cual ha sido conferido ese derecho." Por lo tanto, el artículo 1.185 del Código Civil, contempla dos situaciones jurídicas totalmente distintas: cuando se procede sin ningún derecho y cuando se abusa del derecho.48

[45] Enrique Cuentas Ormachea. (1997). "El abuso de derecho". *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 51, 463-484.
[46]Domínguez Guillén, María Candelaria…684.
[47] Urdaneta Sandoval, op. cit, 685.
[48] Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sala de Casación Civil. (2001, 16 de noviembre). Sentencia nº 363. Expediente: 00-132. http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RC-0363-161101-00132-00223.HTM.

De ello, es de comprender, que estas confusiones podrían prestarse a asimilaciones, dado a que ambas figuras; el hecho ilícito y el abuso de derecho, comparten caracteres de las fuentes de las obligaciones en común como el daño y la relación de causalidad, o, en el caso venezolano, por haber simplemente sido consagradas en un mismo artículo por el legislador.

Pero la pronunciación de la Sala resuelve la interrogante mientras señala que con respecto a las figuras, compete realizar una interpretación objetiva del artículo en cuestión, y en ello radica la diferencia, y, por tanto, la autonomía de cada una.

Donde la misma añade que; en el hecho ilícito, se consagra que compete identificar el elemento de la voluntad subjetiva, ya que, en el primer aparte el legislador expresa de manera textual que debe existir una correlación entre el daño causado y la voluntad del actor, esto cuando menciona la "intención, negligencia o imprudencia del que cause daño" como elemento esencial en la composición de la figura.

Mientras que, en el segundo aparte, respecto al abuso de derecho, no hace presencia el elemento de la voluntad subjetiva como elemento objetivo y esencial especificado, sino, que se ciñe al medio o instrumento, esto cuando adjudica la producción del daño debe ser por el ejercicio abusivo de un derecho, y que, este abuso puede precisarse de acuerdo a los límites de la buena fe y el objeto del otorgamiento del mismo.

Por la misma línea, concuerda la Sala Constitucional en la sentencia Nº 2916 del 20 de noviembre del 2002, en la que expresa el abuso de derecho es la materialización del uso u omisión de una facultad subjetiva contrario al principio general de la buena fe y al fin que persigue su otorgamiento, pronunciamiento que igualmente funge como referente para precisar que el daño no requiere ser producido únicamente por una acción sino que también puede ser producto de una omisión fundada en el ejercicio de un derecho y en donde no hace presencia esencial el elemento subjetivo.[49]

[49] Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sala Constitucional. (2002, 20 de noviembre). Sentencia Nº 2916. Expediente: 02-0518. Caso: "Onésimo Hernández Pacheco". http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2916-201102-02-0518.HTM.

Es así como ambas decisiones muestran evidente la crítica hacia la afirmación de similitud o equivalencia aparente entre el abuso de derecho y el hecho ilícito, incluso realizada inadvertidamente por la Sala Político administrativa en su sentencia N° 1052 del 13 de agosto de 2002, en la que señala esta figura es "el exceso en el uso de una facultad, potestad o atribución cuando se ejerce con intención de dañar a otro" 50,que, en palabras de Urdaneta Sandoval "esta definición es criticable, ya que sólo acoge el criterio intencional, posición contraria a lo que sostiene nuestra doctrina y demás jurisprudencia civilista más acreditada; porque omite especificar lo concerniente a las conductas omisivas".51

Con ello, queda claro que el abuso de derecho aparece en nuestra legislación y es entendida por la jurisprudencia como una fuente autónoma de las obligaciones, y que, como marco para adjudicar la existencia del abuso de derecho como figura autónoma aparte del hecho ilícito, se entiende en el abuso de derecho no compete una necesidad identificar la intencionalidad o el elemento subjetivo del actor, sino que para ello, sirve precisar la diferencia objetiva en los supuestos de hecho entre ambas figuras de acuerdo a la sintaxis literal de la norma donde se les otorga su carácter, y que en la misma, el hecho ilícito refiere a la intencionalidad del actor, mientras que, el abuso de derecho no.

Es así como, entendiendo que la figura no precisa la concurrencia de la culpa o intención dada su autonomía. Dice Domínguez Guillén:

> Se afirma entonces que la responsabilidad delictual civil no sólo proviene de hechos u omisiones que cometidos con dolo o culpa dañan a otro sino también puede derivar del "ejercicio de un derecho" cuando el mismo es "abusivo" y causa daño. De allí que el abuso de derecho sea fuente de responsabilidad civil, pues se afirma que se trata de un correctivo indispensable del derecho subjetivo para conciliar los derechos individuales con los de la colectividad. Se trata del ejercicio de un derecho que lo desvirtúa y lo niega, al punto que constituye una acción antijurídica.52

[50] Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sala Político Administrativa. (2002, 13 de agosto). Sentencia Nº 1052. Expediente: 0598. http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/agosto/01052-130802-0598.HTM.
[51] Urdaneta Sandoval, op. cit, 683.
[52]Domínguez Guillén, María Candelaria…682.

Y es con esto que, el estudio y el análisis de los caracteres de esta figura, que consagran un marco de guía para explicar y por ende, entender la autonomía de la misma como fuente de las obligaciones, son los mismos que sirven para entender cuándo estamos frente a un caso concreto de abuso de derecho.

Criterios para determinar la existencia de la figura

Según la doctrina, se señalan en particular algunos de los que podrían ser criterios para determinar la existencia del abuso de derecho como fuente de responsabilidad civil en un caso concreto.53

En primera parte, el criterio técnico, subjetivo o que apela a la intencionalidad del causante del daño, entiéndase, el titular del derecho que se ve extralimitado. Esta diverge en dos ramas donde nos encontramos con el criterio del dolo, el cual basa la determinación de esta figura en la voluntad del actor de obrar en perjuicio de un tercero y causarle un daño a través del ejercicio de su derecho, por lo que debe indemnizarle, mientras que, el criterio intencional de la culpa, sostiene que esta figura basa su determinación en el daño producido por parte del titular de un derecho que sin intenciones de ello lo ocasionó, esto por obrar con negligencia o imprudencia, igualmente debiendo indemnizar.

Asimismo, también se recopila el criterio de la ausencia de interés, donde esta posición refiere a que la figura se configura cuando el titular del derecho que causa el daño se comprueba que no tiene un interés legítimo que sirva como justificación en su actuar, incurriendo en responsabilidad de cesar o reponer.

El criterio económico, que alega se configura un abuso de derecho cuando su ejercicio causa un daño sin generar un beneficio económico para el que obra, y que justifique su acción, este criterio considera que la falta de proporcionalidad entre el daño producido y el beneficio obtenido genera un deber de indemnizar.

Por su parte, el criterio objetivo, funcional o de la finalidad objetiva del derecho subjetivo, indica que cada derecho tiene una finalidad social establecida y que apartarlo de

[53] Domínguez Guillén. *Abuso*…pp 685-687; Urdaneta Sandoval, ob. cit, pp. 652-691. Pittier Sucre, *El abuso*…, p. V.

ella constituye un abuso por lo que el titular del derecho que lo desvía de su función social puede incurrir en responsabilidad civil.

De lo expresado, en doctrina se afirma que el legislador en el caso venezolano adquirió la postura de un criterio mixto, esto debido a que advierte la extralimitación del derecho que causa un daño en el principio general de la buena fe, el cual compete al criterio subjetivo para la determinación de la responsabilidad civil de acuerdo a la intencionalidad del actor, y también al criterio objetivo o finalista, cuando advierte conjuntamente como requisito, el sobrepase de los límites establecidos en el objeto del otorgamiento del derecho subjetivo ejercido abusivamente, refiriendo al criterio funcional.[54]

En palabras de Urbina Sandoval:

> El legislador venezolano adoptó un criterio mixto, pues al mencionar la buena fe, toma en consideración la intención, el punto de vista intencional clásico, y al hacer referencia a los fines para los cuales ha sido conferido el derecho, acoge el criterio finalista, funcional, de inspiración social.[55]

Requisitos para determinar la responsabilidad civil por abuso de derecho

Es lógico señalar primero los elementos necesarios de acuerdo a las fuentes de las obligaciones utilizados para la determinación de la responsabilidad civil extracontractual por abuso de derecho, para posteriormente realizar un análisis de sus supuestos o caracteres constitutivos internos, que, si bien existe una relación entre ambos conceptos, son entidades claramente diferenciadas.

De acuerdo a la doctrina, respecto a las condiciones que constituyen la determinación de la responsabilidad civil por abuso de derecho en el marco de las fuentes de las obligaciones, recopila Domínguez Guillén tres vertientes:

> 1. Es necesario un daño material o moral experimentado por la víctima y causado por el autor del acto abusivo.
>
> 2. Es necesario un acto abusivo de un derecho por parte de su titular. Que según indica la norma haya excedido en su ejercicio los límites de la "buena fe" o por el "objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho".

[54] Domínguez Guillén. *op. cit*, 685; Urdaneta Sandoval, ob. cit, pp. 652-691. Pittier Sucre, *El abuso*…, p. V.
[55] Urdaneta Sandoval, op. cit, 689.

> Podrán considerarse los criterios relativos a la naturaleza interna del abuso de derecho.
>
> 3. La relación de causalidad entre el acto abusivo y el daño.[56]

Allí, se advierte que la figura en cuestión no exige, en sentido estricto, la demostración de la culpabilidad del sujeto. Esto debido a que, la responsabilidad que se genera por el proceder abusivo encuentra su fundamento en el carácter ilícito del mismo, en un sentido objetivo. Es por ello que se sostiene que la figura no precisa la culpa para su configuración, lo que corrobora su autonomía como fuente de obligaciones.57

Es por ello que, la exigencia de probar la culpa del sujeto en este contexto revelaría la inutilidad del concepto, en palabras de Domínguez Guillén, ya que, la acción se encuadraría simplemente dentro del hecho ilícito.

Supuestos internos del abuso de derecho

Basándonos en la aclaración de la Sala de Casación Civil Nº 363 del 16 de noviembre del 2001, mencionada anteriormente, vemos ella expresa, en la composición de la figura del abuso de derecho colindan in situ tres caracteres, estos siendo; el uso o ejercicio abusivo de un derecho que produzca un daño, y que en ello se excedan los límites fijados por la buena fe, o, se excedan los límites fijados por el objeto del otorgamiento de ese derecho.58

De esto, primeramente entendemos que, es la denominación de la figura en cuestión la misma que proporciona una elucidación precisa del principio fundamental sobre el que se sustenta su estructura y funcionamiento. Por lo que entendemos que habrá abuso de derecho cuando ocurra una actuación la cual esté fundamentada en el ejercicio de un derecho, que aunque legítimo en primera instancia, vea sobrepasado sus límites objetivos.

Con lo anterior es de comprender que, primeramente, se encuentra la necesidad de la existencia de un derecho legítimo, el cual se verá, pues, extralimitado en su ejercicio. Esto debido a que si no se obra abusivamente en el marco de un derecho por parte de su titular, se

[56]Domínguez Guillén, María Candelaria…687.

[57]Domínguez Guillén, María Candelaria…688.

[58] STC Nº 363 del 16 de noviembre del 2001 sala casación civil TSJ.

configuraría un hecho ilícito, pues no se cumplirían los requisitos para constituirse un abuso de derecho.

Además, la figura precisa otros supuestos como que este se extralimite del marco de la buena fe o del marco del objeto fin de su otorgamiento objetivo.

Este último no proporciona duda que no corresponde a la idea de culpa, mientras que sí requiere más dificultad el precisar donde ahonda el supuesto de la buena fe que da a pensar condiciona el ideal del requerimiento de culpa en la figura. Sin embargo encontramos respuesta en las palabras de Urdaneta Sandoval, que señala:

> Mientras los límites en el ejercicio del derecho, cuya infracción determina el abuso del derecho, son límites derivados de la conciencia social de una época –de la moral social–; los límites derivados del principio general de la buena fe son límites que provienen de lo que debe ser habitualmente la conducta normal, recta y honesta de un titular de un derecho respecto de las personas con las que se está en relación, vale decir, que tales límites emanan de la reciprocidad.[59]

Por lo que es menester comprender, que, en el ejercicio de un derecho legítimo no se hace posible incluir el ideal de la intencionalidad del sujeto al ejercerlo, sino entender este abusado, en tanto, su ejercicio resulte en una afectación a la convivencia social, debido a que, la titularidad de un derecho no es razón suficiente para justificar actuaciones opuestas al bien común y pretender ello, iría contra el ideal de la buena fe.[60]

El derecho en ejercicio tiene una limitación objetiva y otra subjetiva. Objetiva, en cuanto no puede pasar de los límites que la ley señala; y, subjetiva, por cuanto debe perseguir con su ejercicio una finalidad social o económica compatible con la razón y el fundamento de la norma que garantiza ese derecho. Pues bien, el Abuso del Derecho se pone de manifiesto cuando no se respetan esos límites.

Vemos el legislador proporciona una guía para entender la base sobre la cual versan y llega el alcance de estos "límites objetivos", al mencionar las figuras de la buena fe y la

[59] Urdaneta Sandoval…691.
[60] Maria Candelaria…682.

extralimitación del objeto por el cual fue conferido ese derecho, ambas que sirven como techo sobre los cuales se entenderá esta figura.

Se habla de límites objetivos debido a que no compete hablar de los sistemas de subjetividad para la determinación de la responsabilidad civil extracontractual con respecto a la composición de la figura de acuerdo a los elementos de las fuentes de las obligaciones en la materia, incluso al mencionar la figura de la buena fe, donde no es referida hacia la intencionalidad subjetiva del que abusa de su derecho sino de la buena fe mediante los cuales se le fue conferido el derecho subjetivo para su ejercicio.

Urdaneta Sandoval explica:

> El fundamento de la responsabilidad generada por el proceder abusivo es, por lo pronto, ilícito en sentido objetivo, pues si bien el efecto impeditivo de las virtualidades del acto desviado emanado de la teoría del abuso no exige la culpabilidad, en el sentido que si alguien produce ruidos excedentes de la normal tolerancia entre vecinos, aunque sea sin culpa, corresponde suprimirlos, para los efectos de la exigencia de indemnización, ésta sólo procede cuando promedia el factor subjetivo, esto es, la culpabilidad, conforme a los principios generales.[61]

Es por ello, se entiende que lo que lo distintivo de la definición y entendimiento de la figura de abuso de derecho es la extralimitación de un derecho, lo que la hace una figura única. Además, la exigencia de probar la culpa en este caso sería inutil, ya que la responsabilidad se basa en la simple existencia del acto ilícito. La ilicitud objetiva del hecho es suficiente para generar la obligación de reparar el daño moral causado.

La doctrina jurídica explica en un exceso, traspaso o extralimitación como sinónimos de "abuso" en el contexto del Derecho. En donde, este "abuso" se configura cuando se sobrepasan los límites de lo que se considera aceptable, adecuado o permitido, límites que son trazados por el legislador a través de las figuras de la buena fe y el objeto del otorgamiento del derecho en cuyo ejercicio se produce el abuso. Además, del resto de principios generales de interpretación y tratamiento que han sido desarrollados por la

[61] Urdaneta Sandoval 694.

jurisprudencia nacional e internacional en la interpretación, aplicación y alcance de los derechos humanos y sus límites.

CONCLUSIÓN

Luego de un análisis exhaustivo del marco jurídico venezolano, así como de la doctrina y jurisprudencia internacional y nacional, se arriba a la conclusión de que efectivamente es indispensable que el Estado venezolano adecue su legislación interna a los parámetros y estándares internacionales en materia de derechos humanos. Entendiendo la dignidad humana, como pilar fundamental de la sociedad, lo que exige la protección y garantía de estos derechos.

Tanto el derecho a la libertad religiosa como el libre desenvolvimiento de la personalidad se encuentran consagrados en la Constitución venezolana y han sido ampliamente desarrollados por la doctrina y jurisprudencia. Estos derechos son pilares fundamentales de la democracia y la convivencia pacífica en sociedad.

Al ser derechos fundamentales, no son absolutos. Su límite se encuentra en la necesidad de preservar la convivencia pacífica y el respeto a la dignidad humana y compete al Estado el proporcionar el ambiente donde derechos de particulares no hagan nugatorios derechos de terceros con base al principio de proporcionalidad.

Asimismo, el Estado tiene la obligación de garantizar un ambiente de respeto, promoción, protección y garantía de los derechos humanos, incluso cuando surgen controversias entre particulares.

La figura del abuso del derecho es un mecanismo idóneo para proteger los derechos de terceros en el ordenamiento jurídico venezolano. Esta figura permite limitar el ejercicio de un derecho cuando este se realiza de forma abusiva y lesiona los derechos de otros.

El presente estudio aporta a la aplicación interna de la responsabilidad civil por daños y perjuicios producto del abuso del derecho y al cese de las perturbaciones. Se propone el análisis del abuso del derecho como herramienta para la protección de los derechos de terceros en el contexto del derecho venezolano en el que se hace difícil precisar el hecho

ilícito por falta de material subjetivo de acuerdo a la intencionalidad cuando las actuaciones de las organizaciones civiles devotas aparentan mediar en la buena fe.

Se evidencia estas actuaciones de las organizaciones civiles mencionadas están plagadas de prejuicios de carácter religioso escudándose en su derecho a la libertad religiosa en primer lugar aunque pretender ofrecer soluciones aparentes contundentes en el marco del derecho, en donde sobrepasan los límites y el objeto de su otorgamiento.

También se entendió que no compete hablar de ponderación entre derechos puesto no están ambas partes de manera equiparable controvertidas sino se entiende un uso abusivo de un derecho que hace nugatorio los de los terceros.

La protección efectiva de la dignidad humana y la convivencia pacífica en sociedad exigen que el Estado no solo reconozca estos derechos, sino que también garantice su ejercicio equilibrado y proporcional.

En este sentido, el Estado debe velar por que los derechos fundamentales no se conviertan en instrumentos para la vulneración de otros derechos o para la perturbación del orden social.

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948, 10 de diciembre). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights;

Carlos Alberto Urdaneta Sandoval: Procedencia en el Derecho venezolano del ejercicio abusivo de los derechos humanos o fundamentales en su eficacia horizontal. En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje Nº 14. Caracas, TSJ, 2004, T. II, p. 658. http://tsj.gob.ve/documents/10184/175084/Homenaje+No14.+Tomo+II/6ca2192d-fbc4-438d-9335-a3a26fd0987b

Código Civil de Venezuela. (1982). Art. 1.185. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 3.054 (Extraordinario), 26 de julio de 1982, p. 14.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Las normas imperativas de derecho internacional general (jus cogens). Dimensión sustancial*. https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/69065.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 18. En Naciones Unidas. Instrumentos básicos de derechos humanos. (p. 7). Nueva York: Naciones Unidas, 1994.

Domínguez Guillén, María Candelaria. (2017). *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, TEMA 25. El Abuso del Derecho, 681-.689. https://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2017/01/libro-Curso-de-Derecho-Civil-III-Obligaciones-ilovepdf-compressed-681-689.pdf

Enrique Cuentas Ormachea. (1997). "El abuso de derecho". *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 51, 463-484.

FPV Venezuela. (2023, 8 de septiembre). X: https://x.com/fpv_vzla/status/1566955988594442241?s=20.

Globovisión Primera Página | Dip. AN Franklin Duarte y la Dip. Maribel Castillo: Comunidad LGBTQ+ (3/3) 15 de julio de 2022. Youtube: ;https://youtu.be/0LrhFkToUx4?si=xB3PPbDFZIlh32NP.

Globovisión. Primera Página | Entrevista con Linda de Márquez y Mireya Farrias. 22 de julio de 2022. Youtube: https://youtu.be/KCxBa8stwSo?si=ZhRlO2iIx6dX9EyJ.

MADURO LUYANDO, Curso…, p. 714; RODRÍGUEZ FERRARA, ob. cit., pp. 38 y 39; Urbina sandoval pag 689, maria candelaria 681

Marcel Planiol y George Ripert, Tratado Público de Derecho Civil Francés, Traducción de Mario Diaz Cruz, Cultural S.A Habana, T. 41, N° 574, 1940.

Naciones Unidas. (1945, 26 de junio). *Carta de las Naciones Unidas*. https://www.un.org/es/about-us/un-charter; Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988, 29 de julio).

Nikken, Pedro. "El Concepto de Derechos Humanos." En *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, 15-27. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1994. https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/El-concepto-de-derechos-humanos-Pedro-Nikken.pdf

Nikken, Pedro. "El Concepto de Derechos Humanos." En *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, 15-27. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1994. https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/El-concepto-de-derechos-humanos-Pedro-Nikken.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Asamblea General de las Naciones Unidas. https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/ **;** Organización de las Naciones Unidas. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Asamblea General de las Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights

Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Organización de los Estados Americanos. (1969, 22 de noviembre). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

Pedro, Nikken, "El Concepto de Derechos Humanos." En *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, 16-21. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 1994. https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/El-concepto-de-derechos-humanos-Pedro-Nikken.pdf

Pedro, Nikken. (1991). *Código de derechos humanos: compilación y estudio preliminar*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana / Universidad Central de Venezuela: Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico. (Colección Textos Legislativos, No. 12), 43-48.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, Tratado Público de Derecho Civil Francés, Traducción de Mario Diaz Cruz, Cultural S.A Habana, T. 41, N° 574, 1940.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, Tratado Público de Derecho Civil Francés, Traducción de Mario Diaz Cruz, Cultural S.A Habana, T. 41, N° 574, 1940.

República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Art. 23.

Rodríguez-Arias Bustamante, Lino. (1955). "El abuso del derecho. Teoría de los actos antinormativos. Continuación". *Revista de la Facultad de Derecho*, 17-18, 31. México D. F.: UNAM. https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/25392/22794.

Sentencia del Caso Velásquez Rodríguez. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf.

Tortora Aravena, Hugo**.** "Las limitaciones a los derechos fundamentales." *Estudios constitucionales* [online] 8, no. 2 (2010): 167-200. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000200007&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-5200. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000200007.

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sala Constitucional. (2008, 28 de febrero). Sent No. 190. Expediente: 03-2630. http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/190-280208-03-2630.HTM.

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sala Constitucional. (2002, 20 de noviembre). Sent No. 2916. Expediente: 02-0518. http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2916-201102-02-0518.HTM.

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sala Constitucional. (2008, 28 de febrero). Sent No. RC.000632. Expediente: 13-639. http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/170033-RC.000632-151014-2014-13-639.HTML.

Véase: REVAJSSR; Movimiento SOMOS; Asociación Venezolana para la Educación Sexual; Tamara Adrián; Provea; Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de los Andes; CEPAZ; Amnistía Internacional Venezuela; Codevida; Mujeres en Línea; Acción Solidaria; Red de Apoyo por la Justicia y la Paz; COFAVIC; Foro Penal Venezolano.

Venezuela. (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, No. 36.860 (Extraordinario), 30 de diciembre de 1999, art. 23.

Venezuela. (2002). *Código Civil Venezolano*. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5.453 (Extraordinario), octubre 24, 2002.

Raúl Ruíz

ENTRE EL EXCESO DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y LA HIPER-CONSTITUCIONALIZACIÓN

Raúl Ruiz

Resumen: Este trabajo estudia los problemas asociados con un excesivo número de normas constitucionales y el rol de la Constitución. Las tendencias constitucionales han evolucionado de tal forma que han justificado un creciente número de normas constitucionales, alejándose de lo que en un principio era la Constitución; por supuesto, los desarrollos históricos que llevaron hacia esas corrientes son suficiente para entender la necesidad de concebir textos fundamentales más amplios, pero nos preguntamos: ¿Hasta qué punto puede justificarse una regulación constitucional excesiva? Especialmente, este trabajo se encuentra motivado por el impacto que ese mayor número de normas constitucionales puede ocasionar en otras normas de un mismo ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Constitucionalismo, exceso de normas, eficacia de normas jurídicas, filosofía, híper-constitucionalización.

BETWEEN THE EXCESS OF CONSTITUTIONAL RULES AND THE HIPER-CONSTITUTIONALIZATION

Abstract: This paper studies the problems associated with an excessive number of constitutional rules and the role of the Constitution. Constitutional trends have evolved in such a way that they have justified an increasing number of constitutional rules, moving away from what was originally the Constitution; of course, the historical developments that led to these trends are sufficient to understand the need to conceive broader fundamental texts, but we ask ourselves: To what extent can excessive constitutional regulation be justified? This work is especially motivated by the impact that this greater number of constitutional rules can have on other rules of the same legal system.

Keywords: Constitutionalism, excess of rules, legal rules efficacy, philosophy, hiper-constituionalization.

INTRODUCCIÓN

Las Constituciones son la norma central del ordenamiento jurídico y del sistema político de todos los países. Ellas regulan, en un mayor o menor número de disposiciones, cómo debe funcionar el Estado, que derechos tienen sus ciudadanos e incluso el sistema económico; siendo el contenido de dichas disposiciones interpretado para ampliarlo o limitarlo y así alcanzar a conocer las necesidades de las personas en un mundo tan cambiante.

Este trabajo es un estudio sobre esos textos, específicamente sobre su contenido y más precisamente, sobre qué tan concretas y/o numerosas deben ser las disposiciones que integran a las Constituciones. Partiendo, como no podía ser de otra forma, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, la cual por cierto tiene un total de 350 artículos.

Nos hemos preguntado ¿deben las Constituciones tener 350 artículos? Como resultado, el objetivo de esta investigación es determinar si un mayor número de normas constitucionales puede afectar la eficacia de otras normas dentro de un mismo ordenamiento jurídico. Especialmente en vista de las nuevas teorías que justifican el rol más amplio y protagónico de la Constitución y los logros asociados a este rol, como la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

En concreto, este trabajo se encuentra motivado por la exploración de los efectos de una llamado híper-constitucionalización, que en nuestra consideración nos ha llevado al debilitamiento de nuestras instituciones jurídicas a través de la aplicación abrasiva de esas normas en una serie de escenarios, lo cual ha incidido en la eficacia de otras normas jurídicas.

Para satisfacer tan ambicioso objetivo, ha sido necesario empezar por el planteamiento del problema que abarca este trabajo. De esa forma, se definen los problemas centrales que aparecen a lo largo de este trabajo. Pero antes de analizar el problema, fue importante definir qué fuentes históricas aportaron los cambios que hoy justifican la aparición de la constitucionalización y de un mayor número de normas constitucionales. Luego, se ha pasado esbozar someramente la significación de la norma constitucional en los

tiempos actuales, para concluir con el análisis certero del problema que nos hemos planteado a través de un ejemplo que consideramos convincente para respaldar nuestro pensamiento.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y REFLEXIONES INICIALES

El problema con un gran número de normas

La historia de las instituciones políticas y jurídicas sobre las cuales se cierne nuestra sociedad moderna está llena de tensiones y problemas difíciles de discernir. Pero, para nuestra suerte, una expresión de Leoni nos permite observar de forma panorámica el problema que aborda este trabajo, cuando dice que:

> El problema de nuestro tiempo, sin embargo, parece ser justamente el contrario: no el de contentarse con normas inadecuadas por una escasez básica y una verdadera «hambre de normas», sino el de liberarse de toda una serie de normas perjudiciales o al menos inútiles, por un exceso y, por decirlo así, un empacho indigerible de ellas…[1]

De esa manera, Leoni configura los dos elementos que estudiaremos en adelante: primero, la cantidad de normas y, segundo, la utilidad de esas normas. Compartimos con Leoni que un hambre de normas podría llevar a las sociedades a tener una eterna cantidad de leyes, las cuales tendrían una controvertida eficacia a la hora de convivir en un mismo ordenamiento jurídico.

Para definir a qué nos referimos con la eficacia de normas jurídicas, o por decirlo en el vocabulario de Leoni, la eficacia de normas perjudiciales o inútiles, debemos dedicar un espacio al estudio del término en la historia. Lo cierto es que se trata de un tema que ha ocupado especial espacio de reflexión en la doctrina de todos los tiempos.

La eficacia es definida por la Real Academia Española como la "*Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.*"[2] En cuanto a la eficacia de las normas, suscribimos la distinción que aporta Olaso cuando explica que existe derecho vigente que sí se aplica y que

[1] Bruno Leoni, *La libertad y la Ley* (S.L.: El Cato y Liberty Fund, s.f.), 22.

[2] Diccionario de la Real Academia Española, "Eficacia. Definición", consultado el 2 de febrero de 2024, disponible en: https://dle.rae.es/eficacia.

no se aplica, de manera que el derecho eficaz es efectivamente observado por la comunidad y exigido por los órganos del poder público.[3]

La razón por la que interesa la eficacia de la norma jurídica es porque se trata de la materialización de los efectos de la norma, pero va incluso más allá de eso. El problema de la eficacia ha formado parte de la filosofía del derecho de manera preponderante, de hecho, Robert Alexy advierte que quien desee responder qué es el derecho debe considerar tres elementos: legalidad, eficacia social y corrección material[4], en el marco de lo cual afirmó que:

> ...Quien no conceda ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y tan sólo apunte a la corrección material obtiene un concepto de derecho puramente iusnatural o iusracional. Llega a un concepto de derecho puramente positivista quien excluya totalmente la corrección material y apunte sólo a la legalidad conforme al ordenamiento y/o a la eficacia social. Entre estos dos extremos son concebibles muchas formas intermedias.[5]

En la perspectiva positivista, la eficacia de las normas es tomada como una cuestión de vital importancia, por lo que Kelsen explica que "*...la eficacia de una norma, es pues, una condición de su validez.*"[6] Tomando este punto de partida, varios han analizado cómo determinar la eficacia de normas jurídicas.

Solo a manera de ilustración, Alf Ross explica que la eficacia de una norma válida depende de que sea aplicada por tribunales.[7] Luego, Navarro y Moreso plantearon que una norma es eficaz cuando se logra corroborar una relación de correspondencia entre una acción humana y una norma jurídica.[8] Bulygin renovó el criterio de la aplicación judicial,

[3] Luis María Olaso S.J., *Curso de Introducción al Derecho. Introducción filosófica al estudio del derecho. Tomo I* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007), 26.
[4] Robert Alexy, *El concepto y validez del derecho* (Barcelona: Gedisa, 2004), 21.
[5] *Ibid*.
[6] Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. por Moisés Nilve (Buenos Aires: Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1971), 36.
[7] Alf Ross, *On Law and Justice* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 47.
[8] Pablo Navarro y José Juan Moreso, "Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas" *Isonomía*, Nro. 5 (1996): 120. En este artículo los autores examinan el problema de la eficacia de las normas jurídicas junto con el paradigma de su aplicabilidad.

proponiendo que la norma sería eficaz si y sólo si, dadas las circunstancias para su aplicación por parte de un juez, entonces era aplicada.[9] Finalmente, algunos sostienen una tesis mixta, según la cual si las personas obedecen la norma y esta también es aplicada por las personas relevantes, entonces se trata de una norma eficaz.[10]

Lo anterior, son tan solo algunos ejemplos que permiten apreciar la complejidad de abordar el problema de la eficacia de las normas, pero de manera más importante, nos permite deducir que parte del problema consiste en quien aplica la norma. Leoni nos comentaba que para llegar a un *rule of law* y/o a un *rechtsstaat* era necesario consagrar la certeza de ley.[11]

En su decir, las complicaciones para definir lo qué es la certeza de ley se han gestado de manera notable en la historia del pensamiento jurídico, hasta el punto en el que esas complicaciones contribuyeron al pensamiento de la certeza de la ley se trataba de "...*una fórmula definitivamente escrita cuyas palabras no deben ser cambiadas nunca por el lector…"*. Sin embargo, aun cuando es muy cierto que el principio de la ley escrita tiene que ver con cierta porción de lo qué es la certeza de la ley, no es menos cierto que:

> …Esa impaciencia hacia la ley no escrita es hija del creciente número de estatutos de los sistemas jurídicos o políticos contemporáneos, y del peso cada vez mayor que se ha dado al derecho escrito en comparación con el fundado en sentencias (esto es, con la ley no escrita) en Inglaterra tanto como en otros país de la Commonwealth británica y en los Estados Unidos de América.[12]

Lo que nos ocupa no es una discusión sobre la ley escrita y no escrita, sino la discusión sobre el producto de ese ánimo de escribirlo todo, de lo que debemos mencionar que si la "...*impaciencia hacia la ley no escrita es hija del creciente número de estatutos…*", entonces

[9] Eugenio Bulygin, "The concept of efficacy", trad. por Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson en Eugenio Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, ed. por Carlos Bernal et. al. (Nueva York y Londres: Oxford University Press, 2015), 50.

[10] En este punto coinciden: Hans Kelsen, "Validity and Efficacy of the Law (1967/2003)" trad. por Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson en Eugenio Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, ed. por Carlos Bernal et. al. (Nueva York y Londres: Oxford University Press, 2015), 65-66; y Robert Alexy, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press, 2003), 85.

[11] Bruno Leoni, *La libertad y la Ley*, 52.

[12] *Ibid*.

el problema del debilitamiento de nuestras instituciones jurídicas por la aplicación abrasiva de normas constitucionales es nieto de ese creciente número de estatutos.

Entre lo jurídicamente "eficaz" y "feliz"

Antes de definir el problema que es examinado en este trabajo, parece importante ahondar aún más en la perplejidad de la eficacia de las normas jurídicas. Alexy explica que la eficacia de una norma puede ser analizada desde un aspecto externo y un aspecto interno. Respecto de la norma, el primero alude a la "*...regularidad de su cumplimiento y/o de la sanción de su cumplimiento…"*; mientras que el segundo "*...consiste en la motivación…de su cumplimiento y/o aplicación…*"[13]; esta noción se corresponde con lo planteado por Hart, quien asevera en su obra que una norma puede ser evaluada desde la misma ambivalencia.[14]

Si bien es cierto que el tema que aborda este trabajo roza el problema de la eficacia, sostenemos que para poder determinar cómo se ve afectada la eficacia de las normas en el sentido expresado hasta ahora, sería necesario un estudio empírico.[15] Lo que se estudia en este trabajo más bien son las bases teóricas de tipo hermenéutico que son necesarias para la reflexión que advertimos en un inicio y que reiteramos: ¿Puede un mayor número de normas constitucionales generar un impacto en un ordenamiento jurídico?

En ese sentido, resulta útil tomar para nosotros lo que Ferrajoli llama la felicidad de la norma. Este término -por curioso que suene- tiene su significado en la correspondencia del acto normativo con los efectos producidos por éste, para lo cual Ferrajoli se vale de la siguiente clasificación:

> …En relación con los efectos de este tipo, producidos (o no producidos) por la observancia (o por la inobservancia) de una regla o de un sistema de reglas, podemos en efecto distinguir entre: a) efectos queridos y

[13] Robert Alexy, *El concepto y validez del derecho*, 22-23.

[14] H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1994), 56 y ss. Hart explica que el punto de vista externo consiste en el punto de vista de un observador, es decir, alguien que puede revisar el cumplimiento de una norma en cuestión; el punto de vista interno es el del que acepta la norma.

[15] Tal como se expone en: Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia* (Madrid: Editorial Trotta, 2013), 428; y compartido en Robert Alexy, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, 86

> producidos, b) efectos no queridos y no producidos, c) efectos queridos y no producidos, d) efectos no queridos y producidos…[16]

En definitiva, este trabajo evalúa el grado en el que la presencia de un mayor número de normas constitucionales incide en los efectos de tipo (a) y (b), estableciendo las bases para los efectos de tipo (c) y (d). O lo que es lo mismo, cómo un excesivo número de normas constitucionales nos podría dirigir hacia un ordenamiento jurídico infeliz o extrajurídicamente ineficaz.

El objeto de este trabajo

Cómo se reveló en la sección anterior, lo que se pretende es responder por qué un mayor número de normas constitucionales podría llevarnos hacia un ordenamiento jurídico infeliz. Para dar respuesta a esa interrogante, este trabajo está dividido en tres partes: una primera sección, examina los aportes históricos que justifican el creciente número de normas constitucionales en los textos fundamentales de hoy; luego otra sección, analiza la concepción de la norma constitucional y su relación con otras normas; finalmente una tercera sección aborda el problema de lleno mediante un ejemplo de lo que mencionamos.

Las Constituciones, como normas fundamentales, juegan un papel dentro del sistema de normas que es todo ordenamiento jurídico; es sabido que ese papel no es más ni menos que uno jerarquizado, por lo que no puede existir la menor duda de la existencia de una supremacía constitucional. Por eso, el primer desafío que debe superar el planteamiento de este trabajo es hasta qué punto se puede hablar de un exceso de normas constitucionales.

En ese sentido, el problema es hacia donde nos ha llevado un mayor número de normas constitucionales, por cuanto quienes están llamados a aplicar la ley en nuestro país han terminado por dar, como en teoría es debido, una importancia predilecta a esas normas por encima de otras, incluso cuando esas otras son más apropiadas para resolver el problema que se está conociendo. Visto de otra forma, quienes aplican la ley a menudo también

[16] Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, 430.

detentan poderes para alterar su significado, recreando la norma constitucional que en principio no debería cambiar tan fácilmente.

Si bien puede parecer contraintuitivo justificar la necesidad de un trabajo de este tipo, para nosotros tiene la mayor de las relevancias. Precisamente la supremacía constitucional de los textos fundamentales los pone en el punto de mira de todo el que se preocupa por un sistema jurídico funcional y sano, en el más amplio de los sentidos; ya que como diría Montesquieu: Así como las leyes inútiles debilitan las necesarias, las que se pueden eludir debilitan la legislación. Toda ley debe producir su efecto y jamás debe permitirse que se derogue por un convenio particular (traducción propia).[17]

Este trabajo puede ser entendido desde esa afirmación, pues creemos que representa las dos hipótesis desde las que se formula este ensayo, por un lado, el exceso de normas constitucionales ha empeorado el razonamiento judicial y por consiguiente debilitado la "legislación" y, por el otro, el exceso de estas normas ha facilitado la aplicación indebida de disposiciones constitucionales en casos donde ya hay normas que regulan los hechos conocidos o lo que es lo mismo, producido la hiper-constitucionalización del ordenamiento jurídico.

II. APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL

El pensamiento constitucional temprano

Para ubicar algunos de los aportes más relevantes a la idea de Constitución bastará con observar someramente algunos de los desarrollos históricos más significativos en la historia de la idea de las Constituciones, los cuales ilustran el movimiento hacia el rol que hoy tienen las Constituciones.

[17] Charles de Secondat de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, versión en PDF, disponible en: http://www.archives.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400/14055_MONT.pdf.

Así, en Grecia el rol de la Constitución consistía en explicar las formas que adopta el Estado o, lo que es lo mismo, era un rol motivado por el Estado y no al revés[18]; de hecho, la Constitución explicaba la organización del Estado y las relaciones entre sus órganos de poder, pero no los organizaba propiamente.[19]

El cambio de la idea griega a la romana consistió en la instauración de tres principios: (i) el de pesos y contrapesos, (ii) el de la soberanía popular y (iii) el principio de una ley mayor que podría limitar el gobierno.[20] El primero de esos principios ha sido reconocido como la característica más notoria de la Constitución romana, pues existían pesos y contrapesos que querían evitar la acumulación de poder en una sola persona.[21]

Pero es el segundo el que resalta más, ya que para los romanos la idea de Constitución consistía de cierta manera en límites al poder, o al menos en el reconocimiento del poder originario, toda vez que en Roma se observaba al *populus* como máxima autoridad jurídica que delegaba en el emperador el poder original.[22]

Los aportes de la edad media

Unos siglos más adelante, Brewer-Carías nos explica que un primer precedente de la concepción moderna de la Constitución se encuentra en la Carta Magna de 1.215 de Inglaterra; ahora bien, la Carta Magna no fue una Constitución, sino un conjunto de declaraciones que fueron exigidas al Rey.[23] Empero, su relevancia en la gestación del pensamiento constitucional viene dada por cuanto representa "*...el primer intento, en la*

[18] Charles Howard McIlwan, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (Nueva York: Cornell University Press, 1947), 37.
[19] C. Perry Patterson, "The evolution of Constitutionalism" *Minnesota Law Review*, Vol. 32, Nro. 5 (1948): 428.
[20] C. Perry Patterson, "The evolution of Constitutionalism": 429.
[21] Eric A. Posner, "The Constitution of the Roman Republic: A Political Economy Perspective" *John M. Olin Law & Economics Working Paper Nro. 540; Public Law and Legal Theory Working Paper Nro. 327* (2010), disponible en: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1496&context=law_and_economics.
[22] *Ibid*, 57. Un apropiado recuento de la afirmación que hacemos puede ser consultado en: Karl Lowenstein, "Roma y la teoría general del Estado" *Revista de Estudios Políticos*, Nro. 174 (1970): 5-36.
[23] Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830), y sus aportes al constitucionalismo moderno* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana y Ediciones Olejnik, 2019), 26.

historia política, de expresión legal de algunos de los principios y límites de un gobierno constitucional en Inglaterra…"[24]

Más adelante, también en Inglaterra, nacería la *Petition of Rights* de 1.628, que aun lejos de ser una Constitución[25] afianza la práctica de limitar el poder del rey por medio de un instrumento legal.[26] Es en el año 1.642 que empiezan los eventos que llevarían a la adopción del *Instrument of Government* de 1.653, la cual Brewer-Carías cataloga como "*...la primera de las Constituciones en la historia constitucional moderna, cuyo objetivo fundamental era el establecimiento de reglas permanentes e inmutables en relación a las cambiantes mayorías de un Parlamento…"*[27]

De esta forma el *Instrument of Government* era la consolidación temprana del pensamiento constitucional inglés, que se venía formulando desde la necesidad de una ley superior que aplicase una norma por encima de otras.[28] Ese fue el rol que jugó la Carta Magna, el rol del *Petition of Rights* y que desembocó en el *Instrument of Government*, el de un instrumento inapelable que lograba poner a otros en posición de hacer frente al poder absoluto del rey, en alguna manera.

A partir de este punto en la historia puede decirse que empiezan una serie de hitos que afectarían y definirían la formación del constitucionalismo moderno. Bajo la advertencia de que no pretendemos ser exhaustivos, es importante observar que hasta este punto el rol de la Constitución era el de organizar al Estado y limitar los poderes.

Vale la pena seguir el mismo orden propuesto por Brewer-Carías, recalcando dos instrumentos. El primero guarda una relación indirecta con nuestro tema, pero un impacto

[24] *Ibid*, 27.

[25] Dieter Grimm, *Constitutionalism. Past, Present and Future* (Nueva York: Oxford University Press, 2016), 72-73. La *Petition of Rights* se trataba una vez más de un acuerdo del rey con un sector de la población, lo cual no le quita mérito al efecto, pero no reputa el *Petition of Rights* como una Constitución, al contrario, era un documento que buscaba afirmar los derechos de los parlamentarios y erradicar las numerosas situaciones arbitrarias producidas por la potestad absolutista del rey.

[26] Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830), y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 31-32.

[27] *Ibid*, 35.

[28] *Ibid*, 36. Sobre este particular ver también: Bruno Leoni, *La libertad y la Ley*, 51-54.

tremendo, pues el *Habeas Corpus Act* de 1.679 fue un instrumento legal que garantiza un derecho a todos los ciudadanos ingleses, ganando entonces el calificativo de "...*second magna carta…"*[29] Precisamente, este fue uno de los hitos que contribuyó a la expansión del rol de las Constituciones, por cuánto influenció el futuro del constitucionalismo.[30]

Pronto, tan solo una década después, los ingleses aprobaron un documento que ponía por escrito derechos individuales y limitaciones al poder, se trataba de la *Bill of Rights* de 1.689 que formalizó a la *Declaration of Rights* que había sido concebida un poco más atrás por un parlamento que peleaba por sus derechos.[31]

Brewer-Carías, convenientemente, resumió lo relevante de este *Bill of Rights* en las siguientes palabras:

> En todo caso, la importancia e influencia del *Bill of Rights* de 1689 radice en dos aspectos principales: primero, en que abrió la vía para la transición entre el antiguo sistema estratificado de clases y privilegios hacia un moderno sistema de derechos del individuo, en el sentido de que el *Bill of Rights* declaró derechos individuales del pueblo inglés en general y no privilegios de clase; y segundo, en su influencia directa en las primeras declaraciones de derechos fundamentales de las colonias inglesas en Norte América.[32]

Ciertamente, suscribimos esa conclusión, de donde además podemos apreciar la transición hacia una concepción de Constitución que no solo limita los poderes del Estado, sino que también positiviza derechos individuales. Adicionalmente, resaltamos sobre el segundo de los aspectos mencionados por Brewer-Carías, que este hito marcó una pauta en cuanto a la formalidad del texto constitucional para las colonias que adoptaron la práctica.

---

[29] William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in four books. Vol. 1*. (Indianapolis: Liberty Fund, Inc., 2011), edición en PDF, 102.

[30] Amanda L. Tyler, "A "Second Magna Carta": The English Habeas Corpus Act and the Statutory Origins of the Habeas Privilege" *Notre Dame Law Review*, Vol. 91, Nro. 5 (2016): 1954-1955.

[31] Lucinda Maer y Oonagh Gay, "The Bill of Rights 1689" *Library of the House of Commons*, disponible en: https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN00293/SN00293.pdf.

[32] Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830), y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 39.

La sombra de las revoluciones y la iluminación liberal

Es así que tras una serie de desarrollos sociales, varios países empezaron también a realizar su aporte al constitucionalismo. Solo por mencionar algunos de los más conocidos y relevantes aportes, debemos pasearnos en el siglo XVIII por las ideas de Hobbes y Locke, que ciertamente influenciaron lo que debíamos entender por poder y afianzaron la necesidad de respetar ciertas libertades que son de alguna forma inherentes a la persona. El pensamiento francés fue también intercontinental.

En Norte América se recogen todas estas acertadas reflexiones, de manera que las colonias inglesas se rebelan y finalmente conciben una declaración de independencia en el año 1776; que llevaría a su vez a la adopción de de un *Bill of Rights* y una *Constitution or Form of Government of Virginia* en el mismo año.[33] El aporte de Virginia para el constitucionalismo consistió en acoger una concepción diferenciadora sobre los derechos que enunció: la de los derechos naturales de la persona.[34]

A partir de ese momento los estados que hoy forman a los Estados Unidos de América empezaron a crear sus propias constituciones, hasta que el 17 de septiembre de 1787 se firmó lo que sería la piedra angular de las Constituciones de la época porvenir: la primera constitución de los Estados Unidos de América. No por nada comentaristas como Blaustein han reconocido a la Constitución como la mayor exportación de los Estados Unidos.[35]

Brewer-Carías resume el aporte de la Constitución estadounidense en seis puntos esenciales: (i) la evolución de la idea de Constitución que a su vez comprende la formalidad y supremacía del texto fundamental, (ii) la democracia y la soberanía del pueblo representada por un cambio en la idea del monarca como único soberano, (iii) la consagración de un modelo federal de Estado, (iv) la separación de los poderes constituidos, (v) la instauración de un poder judicial jerárquico, con competencia para realizar un control judicial de la

[33] *Ibid*, 50-51.

[34] A. E. Dick Howard, "For the Common Benefit: Constitutional History in Virginia as a Casebook for the Modern Constitution-Maker" *Virginia Law Review*, Vol. 4, Nro. 5 (1968): 820.

[35] Albert P. Blaustein, "The U.S. Constitution. America's Most Important Export" *Issues of Democracy*, Vol. 9, Nro. 1 (2009): 6-11.

legislación y el control de constitucionalidad, y finalmente (vi) la declaración de los derechos y libertades fundamentales como derechos naturales.[36]

En nuestra opinión, algunos de los aspectos que destaca el profesor Brewer-Carías habían sido incorporados a la idea de Constitución en otros momentos de la historia, pero lo que es cierto es que esos otros momentos no tuvieron el mismo impacto que la Constitución de los Estados Unidos.

Lo anterior puede ser verificado en la revolución francesa de 1789, que si bien no persigue la instauración de un Estado siguiendo el modelo norteamericano, sí persigue un cambio de orden social mediante la modificación de sus instituciones fundamentales.[37] La declaración francesa que fue producto de esa revolución se benefició en gran medida de la novicia de la revolución americana, cosa que es evidenciada por las similitudes de los textos americanos con la declaración y las múltiples discusiones del parlamento francés que usaban ejemplos americanos.[38]

El texto que siguió a la emblemática Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue nada más y nada menos que la primera Constitución de Francia en el mismo año; sobre la cual se ha afirmado que parece más la Constitución del estado de Pennsylvania que otra cosa.[39]

Aunque el impacto del pensamiento político americano resulte innegable para los avances en Francia, los productos de la revolución francesa tuvieron gran impacto por sí mismos, por tratarse del recibimiento del catálogo de derechos fundamentales con un enfoque

[36] Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830), y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 56-84.
[37] Dieter Grimm, *Constitutionalism. Past, Present and Future*, 53.
[38] Bernard Fay, *The Revolutionary Spirit in France and America - A Study of Moral and Intellectual Relations Between France and the United States at the end of the Eighteenth Century* (Nueva York: Harcourt, Brace & Company, 1928), 266-267.
[39] Rett R. Ludwikowski, "The French Declaration of the Rights of Man and Citizen and the American Constitutional Development" *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 38 (1990): 451.

universalizado[40] que extrapola los avances americanos al pensamiento europeo y reúne la consolidada base filosófica del pensamiento político de la época.

La crisis de las Constituciones en el siglo XIX y la restauración de la estimativa jurídica

En los años venideros tendría lugar la serie de sucesos constitucionales que pertenecen a la revolución iberoamericana, de la cual Ackerman llegó afirmar que se trataba de un intento de copiar a las Constituciones americanas.[41] A semejante afirmación le responde el consumado estudio del profesor Casal Hernández, que pone de manifiesto que al menos la historia constitucional venezolana parte de los sucesos del 19 de abril de 1810, aunque no sea falso afirmar que sí hubo una influencia que venía de los norteamericanos.[42]

En ese sentido, el constitucionalismo iberoamericano se vió marcado por una serie de textos que recogerían toda la tradición del pensamiento político desarrollado en las revoluciones norteamericana y francesa. Consecuentemente, la idea de Constitución había evolucionado a tal punto que el parecido con la idea que tenemos hoy en día es mucho más cercano; pues al nacer bajo la sombra de los sucesos que hemos revisado se nutrían de la teoría del contrato social.

Más allá de la crítica, pensamos que en el momento fue la línea de pensamiento que permitió introducir elementos de "filosofía social" en el pensamiento constitucional, especialmente porque esa teoría puso en el plano tres ideas clave en el pensamiento constitucional: (i) el estado de libertad natural de los individuos, (ii) la razón de ser del Estado que consiste en proteger a sus individuos y (iii) la necesidad de discutir y analizar qué era el "*general welfare*" para los países, siendo esta una discusión que interesaría siempre.[43]

[40] Florence Benoit Rohmer, "France: Foundational Importance of the Declaration of 1789" en First *Fundamental Rights Documents in Europe. Commemorating 800 years of Magna Carta*, ed. por Markku Suksi et. al. (Cambridge: Intersentia, 2017), 149-150.
[41] Bruce Ackerman, "The rise of World Constitutionalism" *Virginia Law Review*, Vol. 83, Nro. 4 (1997): 771.
[42] Jesús María Casal Hernández, *Apuntes para una historia del Derecho Constitucional en Venezuela* (Caracas: Centro de Integración para el Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana, 2019), 77 y ss.
[43] Dieter Grimm, *Constitutionalism. Past, Present and Future*, 9-10.

De ahí que esas constituciones tienen como características que sean textos escritos, que consagran libertades y derechos fundamentales, conciben el poder originario en el pueblo, instauran una separación de poderes y poseen sistemas de administración de justicia necesariamente alejados de la intervención presidencial.[44]

Sin embargo, las constituciones del siglo XIX no eran perfectas. Este periodo del pensamiento constitucional aún presentaba muchas arbitrariedades y discrecionalidades en los países que empezaban a consolidar textos constitucionales; aunque se hubiere llegado a un punto del pensamiento constitucional en el que había una idea clara, de la teoría a la práctica quedaba un trecho que es difícil de obviar.[45]

Durante ese siglo García de Enterría nos reporta que ante la restauración de los sistemas monárquicos gracias a la disrupción creada por los ejércitos napoleónicos y las ideas de la izquierda hegeliana, el sentido genuino de Constitución se perdería durante casi todo el siglo XIX[46], con la consecuencia de que:

> "...La Constitución deja de ser una norma con un origen y un contenido determinados. En consecuencia directa, deja de ser una norma invocable ante los Tribunales, y a va a pasar a teorizarse simplemente, como una mera exigencia lógica de la unidad de ordenamiento…"[47]

A pesar de que a comienzos del siglo XIX ya se cernía sobre el mundo la influencia de la revolución francesa y norteamericana que habían logrado suprimir las barreras que no permitían "*...elevar la autonomía individual a la condición de clave del sistema social, tanto en el ámbito cultural o el de la sociedad civil como en el económico.*"[48] Las Constituciones

[44] Allan R. Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830), y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 136-138.
[45] Kelly L. Grotke y Markus J. Prutsch, "Constitutionalism, Legitimacy and Power. Nineteenth Century Experiences" *Constitutionalism, Legitimacy and Power. Nineteenth Century Experiences*, ed. por Kelly L. Grotke y Markus J. Prutsch (Oxford: Oxford University Press, 2014), 3-13.
[46] Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional* (Madrid: Civitas, 1994), 42.
[47] *Ibid*.
[48] Raúl Sanz Burgos, "El Estado liberal, el Estado social y el Estado constitucional" en *Retos a la eficacia de los derechos humanos en España y la Unión Europea*, coord. por Raúl Sanz Burgos (México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016), 17.

aún seguían experimentando cierta debilidad, probablemente debido a la carencia de la supremacía constitucional.

La búsqueda por esa supremacía es lo que autores como Casal Hernández[49] y García Pelayo[50] han denominado el tránsito hacía un Estado Constitucional de Derecho. La idea de la Constitución aún necesitaba de la infiltración de la estimativa jurídica, es decir, aún era necesario que los avances de las revoluciones se hicieran certeros en los ordenamientos jurídicos.

Ni vago, ni perezoso, entonces era necesario hablar del elefante que siempre había estado en la habitación: los valores y el derecho. ¿Cómo alcanzar la certeza de ley que tanto se echaba en falta en el siglo XIX? La certeza de ley y, en este caso de la Constitución, no era un concepto ajeno a la Europa del siglo XIX, pero sí en cierta forma olvidado; para alcanzarla era necesario entender en qué consiste, Leoni al respecto nos explica que:

> …la certeza de ley se ha concebido de dos maneras diferentes y, en último análisis, incluso incompatibles: primero, como la precisión de un texto escrito emanado de los legisladores, y segundo, como la posibilidad abierta a los individuos de hacer planes a largo plazo basándose en una serie de normas espontáneamente adoptadas por la gente en comunidad, y realmente comprobada por los jueces durante siglos y generaciones.

Para nosotros, la certeza de ley y en especial de la Constitución implica la materialización de la supremacía constitucional. Pero fue un exceso en el pensamiento anterior lo que nos llevó a la pérdida de la idea de la Constitución, ya que en definitiva se practicaba un desdén hacía lo único que podía otorgar una verdadera supremacía constitucional a la Constitución: la integración de la axiología jurídica.[51]

Precisamente es la involución en el pensamiento constitucional de Europa lo que nos llevaría a su evolución. Pues, sin quitar sentido a la afirmación de García de Enterría,

[49] Jesús María Casal Hernández, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2015), 14.
[50] Manuel García Pelayo, "Estado legal y Estado constitucional de derecho" *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Nro. 82 (1991): 38 y ss.
[51] Luis Recasens Siches, *Filosofía del derecho* (México: Editorial Porrúa, 1961), 372.

sostenemos que la pérdida de esa idea de Constitución durante el siglo XIX se debe también a la experimentación de regímenes constitucionales[52], que en definitiva llevaron a descubrir la necesidad por una supremacía constitucional.

Es así como la teoría constitucional se racionaliza y pragmatiza, permitiendo la iluminación del derecho constitucional por medio del escrutinio dedicado de los problemas en las Constituciones de la época. Ahora se hablaba de una Constitución como norma suprema, pues se distingue lo material de lo formal[53], ahora las Constituciones tenían un sentido ontológico, por cuanto se distingue de las Constituciones nominales y semánticas[54], ahora también podían ser rígidas o flexibles; entre otras tipologías.

Sin duda el resultado más notorio del desarrollo de la teoría constitucional del siglo XIX es la consolidación de una base política de la Constitución que se ponía al lado de su carácter como norma[55], cosa que encuentra motivo en lo que Recasens Siches llamó "*...la restauración de la estimativa jurídica…*".[56] Expresión de lo anterior es la teoría de Kelsen sobre la norma fundamental de los ordenamientos jurídicos.

Lejos de ser evidencia de que existe una base política que se empareja con el significado de la Constitución, Kelsen explica que "…*Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de las significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico…"* Entonces ¿cuál es el contenido de esa norma fundamental? Kelsen sigue y afirma que "*...el contenido de la norma fundamental de un*

[52] Günter Frankenberg, *Comparative Constitutional Studies. Between magic and deceit* (Massachusetts: Edward Elgar, 2018), 160.
[53] Claudia Nikken, *Consideraciones sobre las fuentes del derecho constitucional y la interpretación de la Constitución* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana y Centro para la Integración del Derecho Público, 2018), 35-39.
[54] Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (Barcelona: Editorial Ariel, 1982), 217-219.
[55] Jesús María Alvarado Andrade, "Sobre el "Derecho Constitucional" en Venezuela (Panorama general de cómo en el año 2009 se aceleró la idea de abolir la idea de Constitución)" en *Anuario de Derecho Público Año 3* (Caracas: Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteavila y Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2011), 30-31.
[56] Luis Recasens Siches, *Filosofía del derecho*, 372-373.

orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica…"[57]

En el caso de la Constitución es Nikken quien termina por responder cuál es la norma fundamental, cuando afirma:

> Para Schmitt, en efecto, una constitución "reposa sobre una decisión emanada de un ser político relativa al género y a la forma de su propio ser (sic). El término *voluntad* define la naturaleza esencialmente existencial de ese fundamento de validez. Esa decisión política es tomada "por cualquier expresión discernible de (la) voluntad global directa". De hecho, la voluntad constituyente del pueblo "se ubica entonces y sobre todo procedimiento fijado por leyes constitucionales".
>
> De lo anterior aparece que la norma fundamental de Kelsen no es otra cosa que la decisión política fundamental de Schmitt. (Cursivas del texto original).[58]

En nuestra opinión, este es el pensamiento que termina por conectar los distintos puntos claves que han venido integrando la idea de una Constitución, al considerar que la norma fundamental que rige todo ordenamiento jurídico es la decisión global directa, entonces se prueba que las Constituciones responden a las necesidad de una grupo de particulares.

Consecuentemente, hace sentido la afirmación que rescata el profesor Casal Hernández por cuanto nos explica magistralmente que la luz que llevó al pensamiento constitucional a la idea que tenemos en nuestro tiempo se encuentra explicada en la consolidación de la idea de que "*...la Constitución es suprema no solo jerárquica sino también axiológicamente…*"[59]

[57] Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 139.

[58] Claudia Nikken, "Sobre la invalidez de una constitución" en *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías. Tomo I*, coord. por Alfredo Arismendi A. y Jesús Caballero Ortíz (Madrid: Civitas, 2003), 211-212.

[59] Jesús María Casal Hernández, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, 14

Las Constituciones de los Estados Constitucionales de Derecho

Hemos examinado las Constituciones liberales-burgueses que formaron parte de los Estados legales de derecho, pero en la actualidad ya se ha realizado el cambio de paradigma hacía los llamados Estados Constitucionales de Derecho. Como resume Pérez Luciani, el término Estado de Derecho ha sido objeto de crítica, especialmente al considerar la tragedia del *rechtsstaat* y los problemas de las Constituciones sin verdadero contenido axiológico.[60]

García Pelayo nos menciona que estas nuevas Constituciones se caracterizarían separar los poderes, la mejoría en la organización del Estado, la consolidación del principio de la supremacía constitucional, la sumisión a la Constitución de los poderes públicos, la justiciabilidad constitucional y la relación de la jurisdicción constitucional con la política.[61]

Es menester centrarnos en tres aspectos importantes de ese tránsito hacia el Estado de Derecho Constitucional: primero, en la supremacía de la norma constitucional, segundo, en la justicia constitucional y, tercero, las tensiones de las que las Constituciones fueron objeto en esta nueva época.

La supremacía de la Constitución, como en efecto hemos explicado, es un elemento esencial en el pensamiento constitucional desde hace ya tiempo atrás. Las Constituciones del Estado de Derecho Constitucional ponen en práctica la jerarquía normativa que esta tiene y de ello no hay duda alguna, pues ya notamos que la supremacía de la Constitución viene dada no solo por su ubicación jerárquica, sino también por su relevancia axiológica.

Corolario de la supremacía constitucional, se genera el principio de la supralegalidad para poder garantizar la certeza del texto fundamental, es decir que la Constitución sólo sería modificable por el poder constituyente; además estos textos gozarán además de una auténtica fuerza normativa, por lo que debían ser aplicados directa e inmediatamente.[62]

[60] Gonzalo Pérez Luciani, *El principio de legalidad* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009), 110-118.
[61] Manuel García Pelayo, "Estado legal y Estado constitucional de derecho": 38-45.
[62] Humberto Nogueira Alcalá, *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur* (Caracas: Editorial jurídica venezolana, 2006), 24.

Por su lado, la justicia constitucional es probablemente uno de los elementos más novedosos en las Constituciones de esta nueva era. La restauración de la estimativa jurídica y la aceptación de que la Constitución es valiosa nos lleva necesariamente a una redefinición de la significación de los textos fundamentales, ya no se trata de organizar el Estado, se trata de realizar los valores con los que en efecto coincide la decisión política fundamental que hace de base para la norma suprema.

Así las cosas, las Constituciones pasarían a defender y garantizar los derechos individuales, junto con el conjunto de valores que hace parte de los ordenamientos jurídicos. Como nos diría el profesor Casal Hernández: "*La Constitución representa, desde la modernidad, un instrumento fundamental para la organización institucional de poder, el pacífico desarrollo de la convivencia política y la garantía de los derechos esenciales de la persona…"*[63]

Es por esta razón que se hace necesario defender la Constitución y como consecuencia nace la llamada justiciabilidad constitucional, que terminaría por transformarse en la jurisdicción constitucional. Creemos que la clasificación más útil de justicia constitucional nos la otorga Nogueira Alcalá, cuando nos explica que la "*...justicia constitucional se alude a la actividad desarrollada por un órgano jurisdiccional, que actúa como tercero imparcial, confrontando normas jurídicas y actos con la Constitución en sentido formal y material…"*[64]

Mientras que de la jurisdicción constitucional nos menciona:

> …es una forma de justicia constitucional ejercida con la finalidad específica de actuar el derecho de la Constitución como tal a través de procedimientos y órganos jurisdiccionales. Así la jurisdicción constitucional tiene como meta la defensa de la Constitución, por medio de un tribunal y de una técnica jurídica que desarrolla un juicio lógico de conformidad y resuelve juridificando los conflictos.[65]

[63] Jesús María Casal H., *Constitución y Justicia Constitucional* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006), 13.
[64] Humberto Nogueira Alcalá, *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur*, 26.
[65] *Ibid*.

Creemos pues, que las Constituciones de un Estado de Derecho Constitucional incluyen un ámbito de justiciabilidad constitucional en varios sentidos: la aplicación directa e inmediata de la Constitución en virtud de la supremacía constitucional, el control de la constitucionalidad y la creación de la jurisdicción constitucional como elemento del poder judicial.[66]

Finalmente, debemos dedicar un espacio a las tensiones que presionan a las Constituciones de la nueva era. De estas tensiones, que pueden ser demasiado cuantiosas para este trabajo, mencionaremos sólo dos que han atrapado nuestra atención: primero, el rol de los derechos humanos y segundo, el personalismo político.

El profesor Ayala Corao ha sido acertado al hablarnos sobre la mundialización de los derechos humanos, tendencia esta que se hizo patente de forma definitiva luego de la segunda guerra mundial. Así fue como en Europa se adoptó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en 1950, en América se acogió también un texto del mismo corte en el año 1948, bajo el nombre de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en África se adoptó la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, y en el mundo se acogió la Declaración Universal de los Derechos Humanos.[67]

A la fecha, es indubitable que cada una de estas declaraciones ha tenido un impacto importantísimo en las Constituciones de los países[68], ora porque han ejercido una presión para lograr lo que Ayala Corao llama la internacionalización del derecho constitucional por medio del principio de progresividad[69], ora porque esas declaraciones precedieron los sistemas regionales y universales de protección de derechos humanos, los cuales han tenido

[66] Vale la pena acotar que el término justicia constitucional ha sido entendido por nosotros en un sentido que incluye los recursos especiales propios de ella, como el amparo constitucional, la revisión constitucional, entre otros.

[67] Carlos Ayala Corao, "La mundialización de los derechos humanos" en *La Mundialización del Derecho*, coord. por Irene de Valera (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009), 93-103.

[68] Aunque no creemos que alguien lo dude, *cfr*. Carlos Hakkanson, "El impacto de la Declaración Universal de Derechos Humanos en las Constituciones Iberoamericanas" *Persona y Derecho*, Nro. 59 (2008): 57-75, representa una buena exposición de impacto de la Declaración Universal, cosa que creemos se replica con las siguientes declaraciones.

[69] *Ibid*, 105.

un impacto significativo en las Constituciones de esta nueva era gracias al control de convencionalidad. Sea cual sea el caso, creemos que nuestras nuevas Constituciones son respetuosas de cierta noción globalizada sobre los derechos que deben contener.

Mientras que el personalismo político representado por el presidencialismo en América Latina consiste en un sistema de gobierno que concentra los poderes en el poder ejecutivo. Ahora bien, un sistema presidencialista no es necesariamente un problema[70], pero puede serlo si pasa de ser un presidencialismo a un hiperpresidencialismo, como en Venezuela por ejemplo.[71]

Lo cierto es que un sistema hiperpresidencialista, que además se configure como un régimen híbrido que combine elementos de Constituciones modernas pero reinterpretados a conveniencia, es en definitiva un elemento que afectará la disposición de los textos fundamentales.[72]

Estos elementos han generado un impacto en el desarrollo de los textos fundamentales, alterando su estructura para balancear las expectativas y/o para instrumentalizar el propio texto, dependiendo del caso. Ambos extremos han generado, en mayor o menor medida, lo que muchos han aceptado como la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

El fenómeno de la constitucionalización viene dado en cierta medida por el nacimiento del derecho administrativo luego de la revolución francesa, que sin duda representaría el desarrollo de la justiciabilidad frente a los actos del poder público.[73] Si bien

[70] Alejandro Olivares L. et. al. "Presidencialismo en América Latina: consideraciones para el debate" *Iberoamericana*, Vol. 22, Nro. 79 (2022): 211.
[71] Michael Penfold, "La democracia subyugada: El hiperpresidencialismo venezolano" *Revista de Ciencia Política*, Vol. 30, Nro. 1 (2010): 21-40.
[72] Para un mayor entendimiento de la configuración de regímenes políticos y su impacto en las instituciones constitucionales ver: *cfr*. Inmaculada Smolzka Vida, "Los regímenes políticos híbridos: Democracias y autoritarismos con adjetivos. Su conceptualización, categorización y operacionalización dentro de la tipología de regímenes políticos" *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Nro. 147 (2010): 103-135.
[73] Eduardo García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa* (Madrid: Civitas, 1992), 43-47.

el nacimiento de derecho administrativo no implicaba su constitucionalización desde un inicio, con el tiempo se desarrolló la teoría de las bases constitucionales.

Puesto de otra forma, la consolidación de la idea de supremacía constitucional se materializó en la aplicación directa e inmediata de la fuente de las fuentes del derecho. Esto ha evolucionado hasta el punto en el que las Constituciones suelen incluir disposiciones sobre los principios de la administración pública y, como consecuencia, ha nacido el llamado derecho administrativo constitucional.[74] O como nos explica Casal Hernández, entre las consecuencias de tránsito hacia un Estado Constitucional de Derecho "*...ocurre una expansión de la Constitución que ha irradiado su fuerza normativa hacia espacios acaso no sospechados, lo que suele examinarse bajo la categoría de la constitucionalización del ordenamiento jurídico.*"[75]

Así, los esfuerzos por garantizar los derechos de los particulares terminaron por generar una expansión de la Constitución, que pasó de organizar el Estado, limitar los poderes y consagrar derechos a contener disposiciones sobre otras materias de capital relevancia para la defensa de esos derechos. No obstante, siempre es importante recordar que:

> La constitucionalización no necesariamente implica que la Constitución sea extremadamente invasora ni que se supriman los espacios para la discrecionalidad legislativa, según la terminología italiana, o para la libertad de configuración del legislador según la conceptualización alemana. Esto parecería describir más bien una situación de exceso de constitucionalización…[76]

De esta manera, la evolución del pensamiento constitucional se encuentra caracterizada por una serie de hitos históricos en los cuales se fue modificando el rol que jugaban las Constituciones. Desde Grecia hasta hoy, la Constitución siempre ha jugado un rol fundamental: servir como la base de toda comunidad al organizar el poder y fijar las bases para la convivencia de los individuos que hacen vida en esa comunidad.

[74] José Araujo Juárez, *Manual de derecho administrativo* (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2024), 45-46.
[75] Jesús María Casal Hernández, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, 15.
[76] *Ibid*, 21.

Entre los aportes que la historia ha dado al pensamiento Constitucional nos interesa resaltar los siguientes: primero, la idea de una Constitución escrita, segundo, el reconocimiento del poder originario en el pueblo, tercero, la racionalización de la organización del Estado, cuarto, el- reposicionamiento jerárquico de la Constitución en vista de su valor axiológico, quinto, la consolidación de la idea de la supremacía constitucional, y sexto, la expansión de las materias reguladas por los textos fundamentales en vista de las presiones ejercidas sobre estos.

El entender estos seis aspectos nos permitirá abordar el problema de la exacerbada constitucionalización, desde la perspectiva de un excesivo número de disposiciones de rango constitucional. Pues son los momentos que someramente hemos analizado los que justifican el aumento de esas disposiciones, pero queda por resolver si esas justificaciones deben ser entendidas en el sentido perjudicial que motiva la redacción de este trabajo.

III. LA NORMA CONSTITUCIONAL

Entre el principio y la regla

La distinción entre principio y regla es una que ha persistido en la teoría general del derecho desde hace tiempo. Para nosotros es relevante plantearnos si las Constituciones tienen reglas o principios porque creemos que elegir entre una u otra tendría una repercusión directa en la cantidad de disposiciones que contengan esos textos.[77]

En relación con esa dicotomía, Ferrajoli divide el constitucionalismo en dos clases: principialista y garantista. El primero responde a la concepción de las disposiciones en la Constitución "*...no como reglas susceptibles de observancia o inobservancia, sino, más bien, como principios que se respetan en mayor o menor medida y que, por ello, son susceptibles de ponderación cuando entran en conflicto entre sí…*" El segundo se trata del avance del positivismo jurídico, mediante el condicionamiento de la producción normativa a su

[77] *Ibid*, 54.

coherencia con derechos fundamentales y la limitación de los poderes vía garantías institucionales.[78]

Más allá del profundo debate que rodea esta concepción, lo importante es entender cómo la escogencia de una tesis u otra afecta preponderantemente a la producción constitucional. Para lo cual es relevante comprender que los principios son reglas jurídicas que tienen al menos tres características esenciales: la fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad.[79]

Precisamente como nos explicaría Casal Hernández, un modelo de constitucionalismo principialista realzaría la relevancia de la argumentación jurídica, por cuanto daría espacio a la ponderación de principios cuando ellos colisionan entre sí, cosa que no extraña dada su vaguedad, dando entonces nacimiento a un problema que pivota en el subjetivismo y nos hace pelear por un objetivismo en la interpretación constitucional.[80]

Caso en el que la racionalidad de la interpretación constitucional se haría un elemento vital para sostener el Estado Constitucional de Derecho, pues de lo contrario habría un ejercicio ilegítimo de los poderes de la jurisdicción[81], que se opondría a la certeza de elementos sustantivos formulados en la misma. El paradigma actual de la Constitución nos ha provisto de un espacio relevante para la interpretación constitucional, que además se colige de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, pero ¿cómo debe ser esa interpretación?

En nuestro caso particular, no podemos negar que la Constitución venezolana contiene valores y principios, como en efecto nos reporta Sosa Gómez cuando intenta enumerar cuales expresamente se encuentran contenidos en nuestra Constitución.[82]

---

[78] Luigi Ferrajoli, "Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista" *Doxa,* Nro. 34 (2011): 21-27.

[79] Ramón Ruiz Ruiz, "La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho" *Derecho y realidad*, Nro. 20 (2012): 147.

[80] Jesús María Casal Hernández, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*, 58.

[81] *Ibid*.

[82] Cecilia Sosa Gómez, "Los principios y valores constitucionales aseguran la vigencia de la Constitución y los Derechos Humanos" *Revista de Derecho Público*, Nro. 163/164 (2020): 304.

Por lo que nuestro constitucionalismo es uno principialista, o cuanto menos es uno en el que hay cabida para valores y principios, por lo se otorga un mayor papel a la interpretación de la Constitución por quienes la aplican. Más allá de las razones que justifiquen ese mayor papel, al tratarse de principios constitucionales la ponderación de los mismos nos llevaría inevitablemente a desear alejarnos del subjetivismo, lo que de alguna forma termina por generalizar el producto de la interpretación que se realicé.

Consecuentemente, debemos intentar entender la relación entre las normas constitucionales con otras normas, para luego pasar a analizar cómo se configura la potestad interpretativa de la Constitución en Venezuela. Así podremos analizar cómo se ha pasado de una constitucionalización como síntoma globalizado de la evolución del pensamiento constitucional, a una híper-constitucionalización como malestar creciente en nuestro país.

Constitucionalización: entre la norma constitucional y otras normas

Algunos autores han definido el fenómeno de la constitucionalización como la total impregnación del ordenamiento jurídico de normas constitucionales, en donde el programa constitucional incluye no sólo limitaciones al poder, sino también derechos fundamentales y valores y principios. Para que se de esta constitucionalización, debe existir una supremacía y rigidez constitucional, garantizada jurisdiccionalmente, junto con un entorno jurídico donde la interpretación constitucional abunde, tenga la posibilidad de ser vinculante e interfiera en alguna medida con el ordenamiento jurídico.[83]

Pero como ya nos había expuesto Casal Hernández, la constitucionalización de un ordenamiento jurídico no implica que la Constitución sea invasora; lo que examinamos en este ensayo es precisamente como se ha llegado a una híper-constitucionalización. Por ello, en primer lugar, debemos entender cuál es la relación de las normas constitucionales con otras normas del ordenamiento jurídico.

Peña Solís nos ayuda a reafirmar la conclusión a la que habíamos llegado anteriormente luego de examinar los momentos de la historia que aportaron a la evolución

[83] Miguel Carbonell y Rubén Sánchez Gil, "¿Qué es la constitucionalización del derecho?" *Quid Iuris*, Vol. 15 (2011): 33-55.

de la idea de la Constitución, ya que al hablarnos del momento histórico de los Estados legales de Derecho, nos explica que se transita hacia los Estados constitucionales de derecho "*...cuando las Constituciones adquieren en Europa carácter normativo, y pasan a ocupar en el Estado el lugar que hasta ese momento había ocupado la Ley…*"[84]

La afirmación anterior es el resultado de haber dejado atrás la primacía de la ley y, como habíamos explicado, lograr ubicar la Constitución como norma suprema; lo cual trajo consigo un avance significativo para el pensamiento constitucional, así como la constitucionalización gradual del ordenamiento jurídico que viene dada necesariamente por la relación renovada entre la norma constitucional y las otras leyes.

Esa relación, sostenemos, es una de subordinación e incluso de interferencia. De subordinación porque la aplicación de otras leyes está sujeta a ser coherente con las disposiciones constitucionales y de interferencia porque las normas constitucionales interfieren con el desarrollo propio de otras normas.

La relación de subordinación en el caso venezolano viene dada por el artículo 7 y 334 constitucional, que establecen textualmente la sujeción del poder público y, en especial, del poder judicial, a la Constitución. Dando por resultado que en la aplicación de la ley venezolana, siempre debe darse prioridad a la Constitución y no puede aplicarse una norma que vaya en contra de una disposición constitucional, de ahí que tengamos un sistema mixto de control de constitucionalidad en Venezuela. Por su lado, esa regla se replica en el ámbito de otras personas del territorio por lo dispuesto en el artículo 131.

La relación de interferencia es de notar cuando las normas constitucionales empiezan a desarrollar normas subconstitucionales, o lo que es lo mismo, disposiciones que necesariamente informan y son fuentes del derecho privado, o para el efecto, de cualquier ramificación del derecho.[85]

[84] José Peña Solís, *Los tipos normativos en la Constitución de 1999 (Tesis sobre los principales problemas interpretativos que origina su regulación)* (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2006), 32.
[85] María Candelaria Domínguez Guillén, *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)* (Caracas: Centro para la Integración y el Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana, 2018), 36-37.

En ese sentido, lo que este trabajo plantea es el análisis de los problemas típicos de la crítica a ese fenómeno. La medida en la que un texto fundamental debe aventurarse a contener normas de contenido distinto al fundamental o, hasta que punto debemos consentir que la Constitución detente una eficacia material que sea en detrimento de otras normas del mismo ordenamiento.

La Constitución abierta

Ahora bien, la constitucionalización como logro del neoconstitucionalismo implica además un problema de ampliación, por cuanto los regímenes constitucionales de hoy plantean mecanismos con la potestad de ampliar normas constitucionales. A lo que nos referimos, en efecto, es a la modificación del ordenamiento jurídico por medio de la interpretación de normas bajo un razonamiento constitucional o lo que es lo mismo, a la materialización de los llamados guardianes de la Constitución.

Ejemplo de lo anterior lo constituye el mandato del artículo 334 de nuestra Constitución, que significa que los jueces deberán observar la coherencia de las leyes en relación con el texto fundamental. Donde además, una jurisdicción constitucional -la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia- dio paso para el engendramiento de un *stare decisis* a la venezolana.[86] Pero antes de abordar este tema, conviene primero entender en qué se fundamenta la interpretación de normas constitucionales.

Como ya hemos abordado, la restauración de la estimativa jurídica llevó a la Constitución a una nueva posición de jerarquía en el orden jurídico, pero esa restauración se encuentra motivada por un cambio del positivismo al naturalismo jurídico. El positivismo, entre otras cosas, tenía el defecto de ser altamente hermético, negando desde siempre la vinculación de la norma fundamental con cualquier elemento axiológico.

[86] El principio del *stare decisis* o del precedente vinculante ha sido analizado en la jurisprudencia venezolana, por ejemplo en: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia Nro. 1309/2001 de fecha 19 de julio de 2001, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1309-190701-01-1362.htm; así como por la doctrina, como por ejemplo en: Ramón Escovar León, "El precedente constitucional: Definición y Límites" *Revista de Derecho Constitucional*, Nro. 8 (2003): 231-257 y en Allan Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2000), 130.

Es por eso que el naturalismo resurge, porque se trata de la teoría del derecho que permite posicionar a la Constitución en un orden normativo verdaderamente supremo. Sin embargo, la Constitución requería de normas que pudieran adaptarse a las realidades cambiantes del mundo, entonces nace la posibilidad de una Constitución abierta.[87] Como en efecto nota Vélez García, el problema con una norma abierta es quién debe cerrarla, por decirlo de alguna forma. Es decir, quién debe interpretar la norma en cuestión. Vélez nos narra el caso colombiano, que es también el venezolano: quien debe interpretar la Constitución es el que se sienta en la cima de la jurisdicción constitucional, en nuestro caso la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.[88]

En lo que nos interesa, Brewer-Carías nos explica que la supremacía de nuestra Constitución, como elemento imprescindible de un Estado Constitucional de Derecho, se encuentra asegurada por "*...todo un sistema de justicia constitucional para garantizar dicha supremacía de carácter mixto o integral, que combina tanto el llamado método difuso como el método concentrado de control de constitucionalidad"*[89] Lo que implica que el quién debe interpretar la Constitución no se encuentra solo limitado a la Sala Constitucional.

Esto se trata del conjunto de recursos propios de la justicia constitucional, como del mandato establecido en el artículo 334 constitucional del que nace el control difuso y luego del 335 *eiusdem* nace el control concentrado de la constitucionalidad. Este último artículo consagra el carácter vinculante de las interpretaciones realizadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual se sitúa como la primera y última intérprete de la Constitución venezolana.

Pero la interpretación de las normas jurídicas del ordenamiento jurídico venezolano va mucho más allá. Aunque siempre haya formado parte del sistema legal venezolano[90], con

[87] Jorge Vélez García, "La Constitución: una norma abierta" en *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías. Tomo I*, coord. por Alfredo Arismendi A. y Jesús Caballero Ortíz (Madrid: Civitas, 2003), 188.
[88] *Ibid*, 189.
[89] Allan R. Brewer-Carías, *Práctica y distorsión de la justicia constitucional en Venezuela (2008-2012)* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012), 14.
[90] Gonzalo Pérez Salazar, "El recurso de interpretación en Venezuela" *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Nro. 120 (2001): 217-220.

la Constitución de 1999 la interpretación de normas constitucionales da un vuelco, cuando mediante una sentencia de la Sala Constitucional se abre el espacio para interpretar en abstracto las disposiciones constitucionales que expresan valores y/o principios, textualmente dijo el sentenciador:

> No existe en la legislación vigente un sistema mediante el cual los jueces puedan consultar con la Sala Constitucional la constitucionalidad de las normas a aplicar; y ello es así, porque -en principio- el mantener la supremacía constitucional es tarea de todos los jueces, lo que realizan mediante el control difuso de la Constitución. Pero, lo conveniente es que las normas y **principios** de la Carta Fundamental que requieren de interpretación, la reciban, a fin de su más certera aplicación, sobre todo por no ser la Constitución un cuerpo estático, anclado en el tiempo, sin adaptarse al cambio natural que sufren los principios que la informan.
>
> **Ante la necesidad de una Constitución viva, lo natural es que ella esté activa, sin necesidad de esperar que el azar, producto de juicios en curso, traiga a la Sala el problema a** resolver. Es esta otra causa de justificación para la existencia del recurso autónomo de interpretación constitucional.[91] (Resaltado nuestro).

La controversial sentencia instauró en Venezuela el recurso autónomo de interpretación constitucional, lo cual además incluye la interpretación de principios. Más allá de la crítica, debemos reconocer que esta sentencia, además de constituir un ejemplo del activismo judicial ejercido por nuestra sala constitucional, es el inicio de la competencia de la Sala Constitucional para modificar las normas constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico. Aunque como veremos más adelante, no se trata del único caso.

Creemos que esta sentencia es un claro ejemplo de la hiper-constitucionalización que se cierne sobre nuestro país porque como lo ha explicado Herrera Orellana:

> Pretender, como lo pretende la actual Sala Constitucional, conocer y decidir todos los asuntos antes mencionados a través de esa invención contra legem que es el recurso de interpretación abstracta de la Constitución, **además de implicar una reducción del potencial interpretativo de la vigente Norma Fundamental para adaptarse en el tiempo a través de argumentos interpretativos, y así proveer soluciones**

[91] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia Nro. 1077/2000 de fecha 22 de septiembre de 2000, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1077-220900-00-1289.HTM.

> **eficaces y** aceptables **a los problemas que surjan en la realidad nacional**, supone limitar el carácter democrático del sistema de gobierno en Venezuela, desconocer el principio fundamental de división en ramas del Poder Público y destruir por completo la independencia y arbitrio judicial de todos los jueces de la República, incluidas las restantes Salas del Máximo Tribunal, tan guardianes como la Sala de la supremacía de la Constitución.[92] (Resaltados nuestros).

Veremos pues, que si bien los tiempos actuales ponen de manifiesto la necesidad de una Constitución viva o abierta, en Venezuela la apertura se ha traducido en soslayamiento y lo vivo se ha convertido exánime. La constitucionalización es un logro del constitucionalismo moderno en cuanto permita el desarrollo de los principios y valores recogidos en la Constitución, pero cuando esos principios y valores terminan por irradiar otras normas de tal forma que las hacen casi inútiles, difícilmente se puede hablar de una constitucionalización en términos no perjudiciales.

IV. ENTRE LA HÍPER-CONSTITUCIONALIZACIÓN Y EL EXCESO DE NORMAS CONSTITUCIONALES

El exceso de normas constitucionales como presupuesto de la híper-constitucionalización

Ya hemos comprendido cuáles son las razones históricas que justifican la concepción de una idea de Constitución que incluya un mayor número de normas constitucionales, o dicho de otra forma, la configuración de textos fundamentales con un contenido altamente variado y numeroso. Sin embargo y como hemos notado antes ¿hasta qué punto debemos consentir que eso suceda?

Lejos de responder esa pregunta, creemos que es importante aportar un argumento en contra de consentir que nuestros textos fundamentales se encuentren cargados de normas subconstitucionales. Para ello, en esta sección analizaremos el problema del exceso de

[92] Luis Alfonso Herrera Orellana, "El "recurso" de interpretación de la Constitución: reflexiones críticas desde la argumentación jurídica y la teoría del discurso" *Revista de Derecho Público*, Nro. 113 (2008): 29.

normas constitucionales como un presupuesto para la hiper-constitucionalización; dividiendo nuestra argumentación en dos aspectos.

En primer lugar, debemos mencionar que un mayor número de normas constitucionales de contenido distinto al fundamental, es decir que regulan materias, a través de reglas y no principios, que no están directamente relacionadas con el objeto de la Constitución, genera un problema de orden práctico. A la hora de aplicar esas disposiciones constantemente colisionan con otras normas.

No parece ilógico pensar que la colisión con otras normas por sí misma suponga un problema, pues de serlo sería resuelto por el mecanismo judicial apropiado. Es más, bajo la actual lógica constitucional lo correcto es pensar que las áreas del derecho cedan ante el derecho constitucional[93], tratándose de la vigencia del Estado de Derecho Constitucional es lo que Corral Talciani explica para el derecho civil, en tanto que:

> …Es claro que el derecho civil no puede pretender mantener el método lógico-exegético a la hora de tratar esas normas, como si fueran preceptos del Código. **Será necesaria la interpretación teleológica o según principios que es la que conviene al texto constitucional**.[94] (Resaltado nuestro).

Sin embargo, el problema de orden práctico que anunciamos se encuentra contenido en la célebre regla de la vida cotidiana: todo en exceso es malo. En palabras de Corral Talciani: "*Un exagerado entusiasmo la constitucionalización puede conducir a sobrevalorar la Constitución y a incurrir en un régimen de "autarquía" más que de supremacía constitucional*"[95]

En apoyo de la idea anterior, Candelaria Guillén nos expone que "*Como la constitucionalización del derecho busca afirmar la supremacía de la Constitución y*

[93] María Candelaria Domínguez Guillen, "Proyección constitucional del derecho de obligaciones" *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Nro. 7 (2016): 90.
[94] Hernán Corral Talciani, "Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado" *Revista de Derecho Mayor*, Nro. 3 (2004): 61.
[95] *Ibid*, 62.

valorizar la fuerza normativa de los principios y valores que son subyacentes a todo orden jurídico, descuida otros aspectos sumamente importantes…"[96]

Es cierto que ya no se puede pensar en otras normas sin antes considerar si contrarían o no lo establecido en la carta magna, puesto que de lo contrario la Constitución no sería de aplicación directa e inmediata; pero no es menos cierto que una sobrevaloración de la norma constitucional o una invasión de la materia normativa terminaría por generar, inevitablemente, un impacto en la eficacia de otras normas que siguen estando vigentes.

Un segundo problema se encuentra además en un orden teórico, pues sostenemos que no puede pretenderse un óptimo desarrollo legislativo si la constitucionalización del ordenamiento jurídico es entendida únicamente como un mayor número de normas constitucionales. Curiosamente, este es el momento para preguntarnos ¿qué fue primero, el huevo o la gallina?

Para responder, conviene recordar lo que es y lo que no es la constitucionalización, si bien se trata de un ordenamiento impregnado de cierto razonamiento constitucional, no creemos que ello deba implicar un excesivo e invasivo número de normas constitucionales. En nuestra opinión el deseo de lograr la constitucionalización motiva el incremento de normas constitucionales, así parece correcto afirmar que primero fue la constitucionalización y luego el exceso.

Aunque no es incorrecto entender que la constitucionalización puede lograrse a través de una serie de medios, dentro de los cuales se encuentra un número excesivo de normas constitucionales que interfieren con todas las materias, lo que supondría un cambio en el orden. En cualquier caso, nosotros preferimos la primera tesis, porque somos de la opinión de que un texto fundamental con un número excesivo de normas constitucionales sólo puede estar motivado por los sueños de un autócrata o por una constitucionalización mal concebida.

[96] María Candelaria Domínguez Guillén, *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*, 173.

La reflexión anterior representa las bases que permiten entender cómo un mayor número de normas constitucionales genera un problema en nuestra sociedad, toda vez que al entender que una sobrestimación de las normas constitucionales o, el pensamiento de que la constitucionalización solo puede ser lograda a través de la regulación por medio de la Constitución de materias subconstitucionales, nos lleva un malestar sistemático de difícil solución.

El ejemplo del arbitraje

Los problemas de una Constitución viva nos llevan a lo que hemos abordado en este trabajo ya que permiten expandir el contenido de las normas constitucionales según lo considere prudente el sentenciador constitucional. Así las cosas, es importante definir primero cuáles son las sentencias por medio de las cuales la Sala Constitucional ha ampliado su competencia.

Sin ánimos de consolidar un estudio sobre las sentencias que explican cómo la Sala Constitucional ha amplificado su competencia, debemos mencionar tan solo algunas que explican cómo nuestra Sala Constitucional ha desarrollado su competencia para conocer casos en una diversidad de materias, pero no por los motivos que debería.

Ya hemos mencionado la sentencia Servio Tulio, por medio de la cual la Sala Constitucional crea un recurso autónomo de interpretación constitucional en abstracto y permite la interpretación de principios constitucionales. La letra del artículo 335 incluye principios constitucionales, pero esta sentencia representa la posibilidad de interpretar principios y normas, haciendo que esa interpretación afecte otros ámbitos normativos. Entre los problemas asociados a la interpretación de la Constitución, se encuentra por ejemplo, el de la Sala Constitucional determinando que es la última intérprete del texto fundamental[97], cuando en realidad la Constitución nunca menciona esto.

[97] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 833/2001 de fecha 25 de mayo de 2001, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/833-250501-00-2106%20.HTM. Dice la sentencia textualmente: "Con base en que el artículo 335 constitucional otorga al Tribunal Supremo de Justicia la garantía, supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, se ha argüido que las Salas del Tribunal Supremo de Justicia ejercen tal garantía, pero de la letra del artículo y de lo que, en teoría,

Por otro lado, la sentencia Emery Mata Millán y otros la Sala Constitucional acaparó la competencia para conocer de las:

> …acciones de amparo que se intenten contra las decisiones de última instancia emanadas de los Tribunales o Juzgados Superiores de la República, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal que infrinjan directa e inmediatamente normas constitucionales.[98]

Este fallo comporta una de las vías que habilitaría a la Sala Constitucional para conocer de amparos constitucionales y que termina por ampliar el ámbito de ejercicio de sus potestades.

En la misma línea de ideas, nos parece importante mencionar también la sentencia Corpoturismo, que amplió el recurso de revisión constitucional al establecer que:

> Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por **las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando** expresa **o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado**, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.[99] (Resaltados nuestros).

Lo dispuesto en esta sentencia revolucionó el sentido del recurso de revisión constitucional, ampliando completamente la procedencia del mismo. Sin embargo, la sentencia sigue y establece que:

> Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, **en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la** interpretación **de la**

corresponde a la jurisdicción constitucional, **lo que se evidencia es que es a la Sala Constitucional a quien se refiere el artículo 335 y no a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia**…"

[98] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 1/2000 de fecha 20 de enero de 2000, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/01-200100-00-002.HTM.

[99] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 93/2001 de fecha 6 de febrero de 2001, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/93-060201-00-1529%20.HTM.

> **norma constitucional.** En estos casos hay también un errado control constitucional.

Lo anterior se ve ratificado por la sentencia Osmar Gómez, cuando reafirma la procedencia de recursos de revisión constitucional por encontrarse incurso en la errada interpretación de la Constitución.[100]

Por último, también conviene mencionar como mediante la desaplicación del artículo 42.29 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia extendió la posibilidad del avocamiento a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia[101], que como nos narra Chavero Gazdik tuvo importantes implicaciones en la legislación venidera.[102]

Todos estos son criterios que han servido como base para hacer patente una hiper-constitucionalización, que además se encuentra basada en el ejercicio de una discreción excesiva e inconstitucional por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Creemos que un buen ejemplo de esto puede ser encontrado en la jurisprudencia sobre arbitraje. Empezando por la interpretación realizada del artículo 258 de la Constitución por la Sala Constitucional en la Sentencia Hildegard Rondón de Sansó y otros, en donde la Sala interpretó lo siguiente:

> Los medios alternativos de solución de conflictos y, en particular el arbitraje, producen decisiones que se convierten en cosa juzgada -vgr. Laudo arbitral- y, por tanto, **son** parte **de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia, pero no del Poder Judicial** -Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 1.139/00, 827/01 y 1.393/01-, y que por tal virtud son capaces de vincular (al igual que lo haría una sentencia) a las partes intervinientes en tales procedimientos.
>
> También se ha reconocido el carácter constitucional del arbitraje y que *"(...) el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje*

[100] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia Nro. 727/2003 de fecha 8 de abril de 2003, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/727-080403-03-0002.HTM.

[101] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 806/2002 de fecha 24 de abril de 2004, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/806-240402-00-3049.HTM.

[102] Rafael Chavero Gazdik, *El control constitucional de las decisiones judiciales* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana y Centro para la Integración y el Derecho Público, 2018), 48-50.

> *(artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje (…)"* -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-.; **pero dejando a salvo que lo anterior no significa la promoción de un sistema de sustitución de los remedios naturales de control sobre el arbitraje**, por los mecanismos propios de la jurisdicción constitucional (por ejemplo la errónea sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral, por un amparo constitucional que a todas luces resultaría inadmisible a tenor de lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).[103] (Cursivas originales y resaltados nuestros).

Esta sentencia, entre otras cosas, representa un ejemplo de lo que en ella misma se denomina la "...*constitucionalización del arbitraje*…", que se ha hecho patente por la extensa labor realizada por la Sala Constitucional por permitir que las acertadas palabras con las que se acompaña la caracterización constitucional de este fenómeno "...*no significa la promoción de un sistema de sustitución de los remedios naturales de control sobre el arbitraje*…" nunca cobrarán verdadera vigencia en nuestro ordenamiento jurídico.

De esa forma en materia de amparo constitucional, en sentencias como Compañía Anónima Venezolana de Televisión se abrió la posibilidad de ejercer la acción de amparo constitucionales contra procedimientos arbitrales[104], posibilidad que luego se vió afianzada por la última de las sentencias del caso Consorcio Barr, C.A.[105] y que recientemente fue reafirmada en el caso de Alimentos Polar Comercial, C.A. cuando nuestra Sala Constitucional afirmó:

> Finalmente, aprecia esta Sala, que de persistir las lesiones de orden constitucional, luego de realizadas las observaciones respectivas al "borrador del laudo definitivo" y una vez dictado el laudo arbitral

[103] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 1541/2008 de fecha 17 de octubre de 2008, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM.

[104] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia Nro. 1981/2001 de fecha 19 de octubre de 2001, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1981-161001-00-2759.HTM. En este caso el amparo fue presentado contra el acta de misión, que es el documento que nace luego de constituido el tribunal arbitral.

[105] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia Nro. 2635/2004 de fecha 19 de noviembre de 2004, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2635-191104-04-0163%20.HTM.

> definitivo, **la respectiva impugnación del mismo, de considerarse pertinente, procedería bien por la vía ordinaria ante la interposición de un eventual recurso de nulidad de laudo arbitral de conformidad con lo establecido en la Ley de Arbitraje Comercial, o bien por vía excepcional a través del ejercicio de una acción de amparo constitucional o mediante el mecanismo de revisión constitucional**, según corresponda.[106] (Resaltados nuestros).

La misma Sentencia del caso Alimentos Polar Comercial, C.A. deja firme la posibilidad de intentar la revisión constitucional, que venía siendo explicada por la Sala Constitucional en la sentencia del caso Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas[107] y en la sentencia del caso Van Raalte de Venezuela, C.A.[108], donde la Sala declaró conjuntamente la recepción del recurso de amparo constitucional en el contexto del arbitraje:

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

Aunque el caso de Van Raalte consistió en una solicitud de revisión constitucional de una sentencia que declaró inadmisible el recurso de nulidad contra el laudo arbitral, consideramos que sigue siendo relevante para entender cómo se ha venido extendiendo la aplicación de los recursos de la justicia constitucional en el arbitraje.

No es de extrañar que debamos volver a la sentencia de Alimentos Polar Comercial, C.A. para explicar la procedencia del avocamiento contra el arbitraje en la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Mediante una primera sentencia, la Sala ordenó la suspensión del

[106] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 151/2021, de fecha 30 de abril de 2021, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/312015-0151-30421-2021-20-106.HTML

[107] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 347/2018, de fecha 11 de mayo de 2018, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/211103-0347-11518-2018-17-0126.HTML.

[108] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 1773/2011, de fecha 30 de noviembre de 2011, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1773-301111-2011-11-0381.HTML. Por cierto, la Sala ordenó la publicación de esta sentencia en la gaceta oficial.

procedimiento arbitral que cursaba en un tribunal arbitral constituido de conformidad con las reglas del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) e igualmente ordenó la remisión del expediente.[109]

La sentencia que hemos analizado en este trabajo en conexión con el amparo y la revisión constitucional, decide que no se dan los supuestos para el avocamiento, sin embargo, es imposible dejar de preguntarse: ¿Es qué acaso se pueden dar los supuestos para un avocamiento en un arbitraje? Creemos que la Sala Constitucional dejó abierta la puerta para ello al suspender el procedimiento arbitral y ordenar que le pasaran el expediente, cuando lo que en realidad debía haber hecho es declarar inadmisible el recurso por tratarse de un arbitraje.

De lo que hemos revisado, podemos notar que la potestad de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para conocer de recursos autónomos de interpretación dió lugar a una sentencia que reconoció el carácter jurisdiccional del arbitraje, recalcando su constitucionalización por parte de nuestro texto fundamental.

Incluso antes de la interpretación realizada por la Sala Constitucional, se había dejado la puerta abierta para admitir amparos constitucionales contra arbitrajes, lo cual terminó evolucionando a la aceptación del recurso de amparo constitucional y de revisión constitucional como recursos que pueden ser ejercidos contra el laudo arbitral. Aún más preocupantemente, las sentencias que conocían de recursos de amparo o de revisión a menudo citaban el criterio jurisprudencial según el cual se admitían ambos contra los laudos arbitrales.

Finalmente, la Sala incluso llegó a tramitar una solicitud de avocamiento contra un procedimiento arbitral, por mucho que al final no hubiese procedido realmente, ello no es suficiente para olvidar que la respuesta de la Sala no fue: no puede ser declarado admisible por tratarse de un arbitraje; sino que en verdad fue: no se cumplen los supuestos en este caso.

[109] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia Nro. 042/2020 de fecha 20 de febrero de 2020. Esta sentencia no se encuentra disponible en la página del Tribunal Supremo de Justicia, aunque sí aparece el fichero.

Dando a entender que en algún momento esos supuestos podrían llegar a cumplirse o lo que es igual, dejando la zozobra de que en cualquier momento y con los argumentos correctos, podría lograrse el avocamiento contra arbitrajes.

Pensamos que esta breve crónica es un buen ejemplo del tema que hemos tratado en este trabajo por varias razones. De primeras, la inclusión de los medios alternativos de resolución de conflictos en la Constitución como novedad es un ejemplo perfecto de un exceso de normas constitucionales. De segundas, la crónica que hemos observado describe el impacto que se ha generado sobre la eficacia del artículo 43 de nuestra Ley de Arbitraje Comercial, que dispone textualmente:

> **Artículo 43. Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad.** Este deberá interponerse por escrito ante el Tribunal Superior competente donde se hubiere dictado el laudo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente. El expediente sustanciado por el tribunal arbitral deberá acompañar al recurso interpuesto.
>
> La interposición del recurso de nulidad no suspende la ejecución de lo dispuesto en el laudo arbitral a menos que, a solicitud del recurrente, el Tribunal Superior así lo ordene previa constitución por el recurrente de una caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en caso de que el recurso fuere rechazado.[110] (Resaltado nuestro).

La regla de nuestra ley de arbitraje comercial es lo suficientemente clara para entender que nuestro legislador nunca quiso aceptar que contra el laudo arbitral procediera ningún otro recurso más que el de nulidad, pero nuestra Sala Constitucional ha encontrado la vía para constitucionalizar completamente el arbitraje e interpretar que forma parte de la jurisdicción, permitir el uso del recurso de amparo contra actas de misión, laudos parciales y laudos finales, así como la revisión de sentencias de nulidad contra el laudo y el avocamiento contra procedimientos de arbitraje. Carrillo, Mezgravis y Saghy mencionan acertadamente que

> La solución propuesta por la Sala Constitucional y por algunas voces de la doctrina sobre la revisión de estas sentencias (las de nulidad) solamente a través del recurso de amparo y de revisión constitucional de las sentencias,

[110] Ley de arbitraje comercial venezolana, publicada en la Gaceta Oficial Nro. 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.

> nos parece peligroso y equivocado. Peligroso porque el recurso de amparo es impredecible y nada tiene que ver ni con el arbitraje comercial ni con la evolución legal normal de las interpretaciones legales. Además, el amparo no puede convertirse en la vía ordinaria de revisar ningún acto o sentencia. Eso es un vicio que debería [ser] reconocido y rechazado. Equivocado, porque la constitucionalización del arbitraje comercial al igual que ha sucedido en muchas otras materias [genera] problemas de certitud en la apreciación concreta de los supuestos de hecho y atenta en contra de la anhelada seguridad jurídica.[111] (Añadidos nuestros)

Compartimos en todo esta opinión, ya que en definitiva se trata de la ejemplificación de una autarquía constitucional, un exceso de normas constitucionales y una híper-constitucionalización del ordenamiento jurídico en materia de arbitraje.

CONCLUSIONES

Hemos querido plasmar, en una extensión que es breve para lo extenso que puede llegar a ser este tema, las ideas que rodean uno de los puntos que aún debe ser determinado para la victoria rotunda del llamado neoconstitucionalismo. La idea de Constitución ha evolucionado para alcanzar uno de los logros de esa corriente de pensamiento: la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Sin embargo desde Grecia hasta hoy, no ha habido instrumento más importante que el de la Constitución, ya que siempre se ha tratado de la base de toda sociedad política. En consecuencia, lograr esa constitucionalización es algo que tiene que ser visto con excesivo cuidado, de lo contrario se puede atrofiar el ordenamiento jurídico y terminar por restar importancia a otras normas, distintas de la constitucional, que se encuentran presentes en el mismo.

Así las cosas, es innegable que una serie de movimientos por la reivindicación del individuo en todas las sociedades ha impreso en la Constitución la necesidad de responder al llamado de la libertad individual. Esto hizo que las Constituciones se colocarán como norma

[111] Andrés A. Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy, "El recurso de nulidad contra el laudo arbitral", en *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, coord. por Luis Alfredo Araque Benzo et al. (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas-Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje-Club Español de Arbitraje, 2013), 556.

suprema de los países e incluso que adquieran cierta vinculación con la moral y los valores. Pero en la búsqueda por la optimización de los textos fundamentales se llegó a la fórmula de la constitucionalización a través de un gran número de normas constitucionales.

Entre otros muchos elementos, tales como la justicia y la jurisdicción constitucional en sus distintos modelos y/o la evolución de mecanismos jurisdiccionales para el logro de la defensa de la Constitución, resulta ser que el modelo de Constitución que combinaba estos elementos con un gran número de normas constitucionales dio como resultado lo que consideramos puede ser llamado una híper-constitucionalización.

Ese fenómeno, al menos en Venezuela, viene dado por una constitucionalización mal practicada. Quisiéramos afirmar que se trata solo del excesivo número de normas constitucionales, pero lo cierto es que se hace evidente la confluencia de un artífice adicional, que es nuestra Sala Constitucional. La cual en el caso particular del arbitraje ha construido una jurisprudencia sumamente consolidada que ha venido dejando parcialmente infeliz el recurso de nulidad.

Lo curioso del caso especial del arbitraje, es que la reflexión sobre lo malo de su constitucionalización viene acompañada de la preocupación por lo sucedido en otras áreas del derecho[112]; por lo que en definitiva se haría mal si se piensa que el solo ejemplo del arbitraje es un caso especialísimo, todo lo contrario, el arbitraje es uno de muchos casos en los que creemos que es posible observar este problema.

Por ejemplo, Ruan Santos apunta que este problema también puede encontrarse en el derecho tributario por la jurisprudencia gestada desde el Tribunal Supremo de Justicia[113], igualmente lo viene haciendo Domínguez Guillén respecto del derecho civil en su consolidada obra[114], aunque probablemente las palabras que más resuenan en nosotros son

[112] *Ibid*, 556.

[113] Gabriel Ruán Santos, "¿Se encuentra en crisis el principio de legalidad?" en *Estudios de Derecho Tributario constitucional e internacional. Homenaje latinoamericano a Victor Uckmar*, coord. por Pasquale Pistone y Heleno Taveira Torres (Buenos Aires: Editorial Ábaco y Universidad Austral), 389-405.

[114] María Candelaria Domínguez Guillén, *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)...*; ver también: María Candelaria Domínguez Guillén, "Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil Venezolano" *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nro. 10 (2019): 52-91, y además: María Candelaria

las del profesor Pedro Luis Planchart Pocaterra en su trabajo los jueces ni crean ni derogan leyes, cuando concluyó de su articulada exposición lo siguiente:

> De la exégesis de los textos constitucionales y legales analizados en estas glosas, reiteramos que ninguna Sala del Tribunal Supremo de Justicia, incluyendo la Sala Constitucional, está por encima de la Constitución y, por lo tanto, sus potestades están delimitadas dentro del marco del mismo texto constitucional. Por lo que ni la Sala Constitucional ni ninguna otra Sala del Tribunal Supremo de Justicia pueden atribuirse potestades en materia de creación, modificación o derogatoria de leyes que no les conceden ni el texto constitucional ni la ley, tal como de manera incontestable postulan los artículos 136 y 137 de la Constitución:[115]

Nos recordaban Carrillo, Mezgravis y Saghy que con la constitucionalización del arbitraje se pone en peligro el tan añorado principio de legalidad y ciertamente, no son pocos los autores que coinciden, incluyéndonos.

Sobre las otras áreas del derecho resta, necesariamente, observar en qué caso se ha desvirtuado la eficacia de las respectivas normas por la presencia desmedida del fenómeno que hemos estudiado en este trabajo, pero como principal conclusión del mismo, además de las ya aportadas, bastará con señalar que hay que responder las siguientes preguntas para poder dar con una respuesta:

Primero, ¿En relación a qué normas se aplican las normas constitucionales bajo examen? Segundo, ¿Quién aplica esas normas y bajo qué razonamiento? Y tercero, ¿Cómo se ha visto la norma desplazada por una norma constitucional?

Sobre el arbitraje, ya hemos dicho que es en relación con el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial. La Sala Constitucional ha permitido la aplicación de recursos propios de la jurisdicción ordinaria y en especial de la jurisdicción constitucional contra el arbitraje en virtud de la constitucionalización de los medios alternativos de resolución de conflictos *ex* artículo 258 constitucional. La jurisprudencia que ha consolidado la Sala ha permitido que

Domínguez Guillen, "Proyección constitucional del derecho de obligaciones" *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Nro. 7 (2016): 87-124; entre otros muchos trabajos.

[115] Pedro Luis Planchart Pocaterra, "Los jueces ni crean ni derogan leyes" en *XI Jornada Aníbal Dominici en Memoria de la Dra. María Candelaria Domínguez Guillén. La importancia del Derecho civil hoy*, coord. por José G. Salaverría L. (Caracas: Abediciones, 2022), 264.

las personas prefieran el recurso de amparo, así como otros recursos, para intentar recurrir el laudo, cuando el legislador previó expresamente que solo sería recurrible de nulidad.

Es así como el exceso de normas constitucionales para lograr la constitucionalización del ordenamiento jurídico puede terminar por invadirlo, mermando la felicidad y/o la eficacia de otras normas que existen en este ordenamiento y produciendo entonces una híper-constitucionalización del ordenamiento en cuestión, sobrevalorando así la norma constitucional por encima de otra norma que puede igualmente ser aplicada.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Ackerman, Bruce, "The rise of World Constitutionalism" *Virginia Law Review*, Vol. 83, Nro. 4. 1997.

Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho.* Barcelona: Gedisa, 2004.

Alexy, Robert, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Alvarado Andrade, Jesús María, "Sobre el "Derecho Constitucional" en Venezuela (Panorama general de cómo en el año 2009 se aceleró la idea de abolir la idea de Constitución)" en *Anuario de Derecho Público Año 3*. Caracas: Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteavila y Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2011.

Araujo Juárez, José, *Manual de derecho administrativo*. Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2024.

Ayala Corao, Carlos, "La mundialización de los derechos humanos" en *La Mundialización del Derecho*, coordinado por Irene de Valera. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009.

Benoit Rohmer, Florence,"France: Foundational Importance of the Declaration of 1789" en *First Fundamental Rights Documents in Europe. Commemorating 800 years of Magna Carta*, editado por Markku Suksi et. al. Cambridge: Intersentia, 2017.

Blackstone, William, Commentaries on the Laws of England in four books. Vol. 1. Indianapolis: Liberty Fund, Inc., 2011, edición en PDF

Blaustein, Albert P.,"The U.S. Constitution. America's Most Important Export" *Issues of Democracy*, Vol. 9, Nro. 1. 2009.

Brewer-Carías, Allan R., *Práctica y distorsión de la justicia constitucional en Venezuela (2008-2012)*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

Brewer-Carías, Allan R., *Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830), y sus aportes al constitucionalismo moderno*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana y Ediciones Olejnik, 2019.

Brewer-Carías, Allan, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2000.

Bulygin, Eugenio, "The concept of efficacy", traducido por Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson en Eugenio Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, editado por Carlos Bernal et. al. Nueva York y Londres: Oxford University Press, 2015.

Carbonell, Miguel y Rubén Sánchez Gil, "¿Qué es la constitucionalización del derecho?" *Quid Iuris*, Vol. 15, 2011.

Casal H., Jesús María, *Constitución y Justicia Constitucional*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006.

Casal Hernández, Jesús María, *Apuntes para una historia del Derecho Constitucional en Venezuela*. Caracas: Centro de Integración para el Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana, 2019.

Casal Hernández, Jesús María, *La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2015.

Chavero Gazdik, Rafael, *El control constitucional de las decisiones judiciales*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana y Centro para la Integración y el Derecho Público, 2018.

Corral Talciani, Hernán, "Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado" *Revista de Derecho Mayor*, Nro. 3. 2004.

de Montesquieu, Charles de Secondat, *De l'esprit des lois*, versión en PDF, disponible en: http://www.archives.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400/14055_MONT.pdf.

Dick Howard, A. E., "For the Common Benefit: Constitutional History in Virginia as a Casebook for the Modern Constitution-Maker" *Virginia Law Review*, Vol. 4, Nro. 5. 1968.

Domínguez Guillén, María Candelaria, *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*. Caracas: Centro para la Integración y el Derecho Público y Editorial Jurídica Venezolana, 2018.

Dominguez Guillen, María Candelaria, "Proyección constitucional del derecho de obligaciones" *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Nro. 7. 2016.

Domínguez Guillén, María Candelaria, "Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil Venezolano" *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nro. 10. 2019.

Escovar León, Ramón, "El precedente constitucional: Definición y Límites" Revista de Derecho Constitucional, Nro. 8 (2003).

Fay, Bernard, *The Revolutionary Spirit in France and America - A Study of Moral and Intellectual Relations Between France and the United States at the end of the Eighteenth Century*, Nueva York: Harcourt, Brace & Company, 1928.

Ferrajoli, Luigi, "Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista" *Doxa*, Nro. 34 (2011)

Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia.* Madrid: Editorial Trotta, 2013.

Frankenberg, Günter, *Comparative Constitutional Studies. Between magic and deceit.* Massachusetts: Edward Elgar, 2018.

García de Enterría, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid: Civitas, 1992.

García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional.* Madrid: Civitas, 1994.

García Pelayo, Manuel, "Estado legal y Estado constitucional de derecho" *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Nro. 82. 1991.

Grimm, Dieter, *Constitutionalism. Past, Present and Future*. Nueva York: Oxford University Press, 2016.

Grotke, Kelly L., y Markus J. Prutsch, "Constitutionalism, Legitimacy and Power. Nineteenth Century Experiences" *Constitutionalism, Legitimacy and Power. Nineteenth Century Experiences*, editado por Kelly L. Grotke y Markus J. Prutsch. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Hart, H.L.A., *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

Herrera Orellana, Luis Alfonso, "*El "recurso" de interpretación de la Constitución: reflexiones críticas desde la argumentación jurídica y la teoría del discurso*" Revista de Derecho Público, Nro. 113. 2008.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducida por Moisés Nilve. Buenos Aires: Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1971.

Leoni, Bruno, *La libertad y la Ley,* S.L.: El Cato y Liberty Fund, s.f.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución.* Barcelona: Editorial Ariel, 1982.

Lowenstein, Karl, "Roma y la teoría general del Estado" *Revista de Estudios Políticos,* Nro. 174 (1970).

Ludwikowski, Rett R., "The French Declaration of the Rights of Man and Citizen and the American Constitutional Development" *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 38. 1990.

Maer, Lucinda, y Oonagh Gay, "The Bill of Rights 1689" Library of the House of Commons, disponible en: https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN00293/SN00293.pdf.

McIlwan, Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Nueva York: Cornell University Press, 1947.

Mezgravis, Andrés A., Marcos Carrillo y Pedro Saghy, "El recurso de nulidad contra el laudo arbitral", en *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, coord. por Luis Alfredo Araque Benzo et al. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas-Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje-Club Español de Arbitraje, 2013.

Navarro, Pablo, y José Juan Moreso, "Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas" *Isonomía*, Nro. 5 (1996): 120.

Nikken, Claudia, "Sobre la invalidez de una constitución" en *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías. Tomo I*, coordinado por Alfredo Arismendi A. y Jesús Caballero Ortíz. Madrid: Civitas, 2003.

Nikken, Claudia, *Consideraciones sobre las fuentes del derecho constitucional y la interpretación de la Constitución*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana y Centro para la Integración del Derecho Público, 2018.

Nogueira Alcalá, Humberto, *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur*. Caracas: Editorial jurídica venezolana, 2006.

Olaso S.J., Luis María, *Curso de Introducción al Derecho. Introducción filosófica al estudio del derecho. Tomo I*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007.

Olivares L., Alejandro, et. al. "Presidencialismo en América Latina: consideraciones para el debate" *Iberoamericana*, Vol. 22, Nro. 79. 2022.

Patterson, C. Perry,"The evolution of Constitutionalism" *Minnesota Law Review*, Vol. 32, Nro. 5. 1948.

Penfold, Michael, "La democracia subyugada: El hiperpresidencialismo venezolano" *Revista de Ciencia Política*, Vol. 30, Nro. 1. 2010.

Peña Solís, José, *Los tipos normativos en la Constitución de 1999 (Tesis sobre los principales problemas interpretativos que origina su regulación)*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2006.

Pérez Luciani, Gonzalo, *El principio de legalidad*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009.

Pérez Salazar, Gonzalo, "El recurso de interpretación en Venezuela" *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Nro. 120. 2001.

Planchart Pocaterra, Pedro Luis, "Los jueces ni crean ni derogan leyes" en *XI Jornada Aníbal Dominici en Memoria de la Dra. María Candelaria Domínguez Guillén. La importancia del Derecho civil hoy,* coord. por José G. Salaverría L. Caracas: Abediciones, 2022.

Posner, Eric A., "The Constitution of the Roman Republic: A Political Economy Perspective" *John M. Olin Law & Economics Working Paper Nro. 540; Public Law and Legal Theory Working Paper Nro. 327 (2010),* disponible en: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1496&context=law_and_economics.

Recasens Siches, Luis, *Filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1961.

Ross, Alf, *On Law and Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

Ruán Santos, Gabriel, "¿Se encuentra en crisis el principio de legalidad?" en *Estudios de Derecho Tributario constitucional e internacional. Homenaje latinoamericano a Victor Uckmar,* coordinado por Pasquale Pistone y Heleno Taveira Torres. Buenos Aires: Editorial Ábaco y Universidad Austral.

Ruiz Ruiz, Ramón, "La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho" *Derecho y realidad,* Nro. 20. 2012.

Sanz Burgos, Raúl, "El Estado liberal, el Estado social y el Estado constitucional" en Retos a la eficacia de los derechos humanos en España y la Unión Europea, coord. por Raúl Sanz Burgos (México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016)

Sosa Gómez, Cecilia, "Los principios y valores constitucionales aseguran la vigencia de la Constitución y los Derechos Humanos" *Revista de Derecho Público,* Nro. 163/164. 2020.

Tyler, Amanda L., "A "Second Magna Carta": The English Habeas Corpus Act and the Statutory Origins of the Habeas Privilege" *Notre Dame Law Review,* Vol. 91, Nro. 5. 2016.

Vélez García, Jorge, "La Constitución: una norma abierta" en *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías. Tomo I,* coordinado por Alfredo Arismendi A. y Jesús Caballero Ortíz. Madrid: Civitas, 2003.

Jurisprudencia

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 151/2021, de fecha 30 de abril de 2021, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/312015-0151-30421-2021-20-106.HTML

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 1773/2011, de fecha 30 de noviembre de 2011, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1773-301111-2011-11-0381.HTML

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 347/2018, de fecha 11 de mayo de 2018, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/211103-0347-11518-2018-17-0126.HTML.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia Nro. 042/2020 de fecha 20 de febrero de 2020. Esta sentencia no se encuentra disponible en la página del Tribunal Supremo de Justicia, aunque sí aparece el fichero.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 1/2000 de fecha 20 de enero de 2000, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/01-200100-00-002.HTM.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia Nro. 1077/2000 de fecha 22 de septiembre de 2000, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1077-220900-00-1289.HTM.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia Nro. 1309/2001 de fecha 19 de julio de 2001, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1309-190701-01-1362.htm

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 1541/2008 de fecha 17 de octubre de 2008, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia Nro. 1981/2001 de fecha 19 de octubre de 2001, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1981-161001-00-2759.HTM.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia Nro. 2635/2004 de fecha 19 de noviembre de 2004, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/2635-191104-04-0163%20.HTM.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia Nro. 727/2003 de fecha 8 de abril de 2003, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/727-080403-03-0002.HTM.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 806/2002 de fecha 24 de abril de 2004, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/806-240402-00-3049.HTM.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 833/2001 de fecha 25 de mayo de 2001, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/833-250501-00-2106%20.HTM

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 93/2001 de fecha 6 de febrero de 2001, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/93-060201-00-1529%20.HTM.

Rosana Lezama Sánchez

INVESTIGACIÓN E INFORMACIÓN DE FUENTES ABIERTAS EN PROCESOS DE JUSTICIA INTERNACIONAL POR VIOLACIONES AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Rosana Lezama Sánchez
Segundo Lugar en el Concurso de Investigaciones Jurídicas

Resumen: El presente artículo recoge una investigación y análisis de las experiencias de tribunales internacionales y organismos de investigación de derechos humanos que se han visto en la necesidad de valorar los insumos probatorios originados en espacios de fuentes abiertas en atención a su competencia y estándar de prueba, destacando así la evolución de criterios, los retos y oportunidades actuales.

Palabras clave: Investigación de fuentes abiertas; información de fuentes abiertas; justicia internacional; estándar de prueba; fiabilidad; veracidad; autenticidad

OPEN SOURCE RESEARCH AND INFORMATION IN INTERNATIONAL JUSTICE PROCEEDINGS FOR HUMAN RIGHTS LAW AND INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW VIOLATIONS

Abstract: This article gathers a research and analysis of the experiences of international tribunals and human rights investigative bodies that have found it necessary to assess the evidentiary inputs originated in open source spaces in terms of their competence and standard of proof, thus highlighting the evolution of criteria, challenges and current opportunities.

Keywords: open source research; open source information; international justice; standard of proof; reliability; veracity; authenticity.

INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías, independientemente de la forma que tomen, siempre han planteado oportunidades para el desarrollo, pero rara vez han estado exentas de retos y preocupaciones asociadas a la capacidad de adaptación a los cambios que plantean. A pesar de ello, la historia ya ha demostrado el valor agregado que le da la tecnología a las labores de investigación. La tecnología es una aliada, casi natural, de la investigación, particularmente como herramienta para ampliar su alcance, verificar y preservar la información.

En la era digital la generación y difusión de información se ha democratizado en virtud de la propagación de redes sociales y medios de comunicación de acceso público y general, y a pesar de las prácticas utilizadas para generar la desinformación, estas han dado un valor agregado al desarrollo del debate público y a la posibilidad de visibilizar hechos y circunstancias relevantes en distintos entornos, incluyendo situaciones de violaciones masivas de derechos humanos.

Quienes se dedican a la investigación en esta materia han podido identificar sus bondades y ventajas y a lo largo de los años han desarrollado métodos de investigación en fuentes abiertas a los fines de complementar los que tradicionalmente se han utilizado en el trabajo de campo. Ello va cobrando cada vez más relevancia, pues en experiencias nacionales e internacionales han surgido retos que hay que enfrentar y oportunidades que deben aprovecharse de manera óptima y efectiva. Con ello en mente, el propósito del presente trabajo es el de comentar las experiencias, estándares y criterios que se han desarrollado en las últimas dos décadas con el enfoque en su valoración en procesos de justicia internacional en los que, hasta la aparición de la evidencia recabada en espacios digitales, predominaban los criterios adecuados a los métodos tradicionales de investigación.

I. ANTECEDENTES

La búsqueda, identificación y recolección de la información puede resultar una actividad meramente intuitiva en la medida en la que surgen nuevas herramientas, motores de búsquedas y aplicaciones; sin embargo, manejar la investigación de esa manera se traduce en la ausencia de una metodología clara para el levantamiento de información, lo cual inevitablemente atenta contra su valor, particularmente cuando ésta es presentada como evidencia en procesos de justicia internacional. Por ello, ante la ausencia de estándares, en el año 2023 la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en conjunto con el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Berkley, elaboró el Protocolo de Berkeley, en el cual se desarrollan los estándares mínimos de que debe tener el uso de fuentes abiertas en la investigación.

Dirigido a Estados, organismos internacionales, y como referencia para organizaciones internacionales e investigadores, el Protocolo refleja un marco conceptual, los principios y marco jurídico aplicable en materia de reglas de procedimiento y protección de derechos de terceros, así como estándares de seguridad, de desarrollo de procesos de investigación y de presentación de resultados.

A pesar de su naturaleza no vinculante, el Protocolo creó criterios unificados a ser implementados en todas las etapas que integran la investigación en fuentes abiertas con atención a estándares de prueba y experiencias pasadas en procesos judiciales o investigaciones internacionales independientes.

II. MARCO CONCEPTUAL

En la medida en la que han avanzado las técnicas de comunicación e información (TICs), son muchos los conceptos que, por compartir la característica común de expresarse en el espacio digital, se confunden entre sí y son utilizados como sinónimos en áreas en las que, la precisión conceptual determina su valor en el ámbito jurídico. Por ende, como punto previo se deben definir una serie de términos propios del universo en el que conviven las

distintas actividades en el espacio digital de fuentes abiertas. Para ello se aclara que, a pesar de existir distintas definiciones de acuerdo a las discusiones y debates desarrollados en el tema, en el presente trabajo se tomarán estos conceptos según se ha entendido en el Protocolo de Berkley, emitido por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas en conjunto con el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Berkeley, California[1], pues como se verá más adelante, se trata del instrumento con criterios estandarizados para el uso de información de fuentes abiertas en todas sus fases.

En primer lugar, por ser el género que abarca las demás especies corresponde definir la información de fuentes abiertas, entendida esta como: *"...información al alcance del público que cualquier particular puede observar, adquirir o solicitar sin necesidad de tener una categoría jurídica especial y sin acceder a ella ilegalmente"*[2]. Aunque comúnmente puede tenerse esta información como aquella disponible en redes sociales y páginas web, se extiende a bases de datos y estadísticos en la medida en las que sean de acceso público[3]. Sobre esto, es necesario aclarar que si bien el término ha adquirido relevancia en la era digital por los retos y oportunidades que plantea, la información de fuentes abiertas también se refiere a aquella que, sin estar en línea, es de acceso público, como lo puede ser la prensa.

Luego, es necesario definir el concepto diametralmente opuesto al anterior: la información de fuentes cerradas, que se corresponde a la información cuyo acceso está, por ley, restringido al público, siendo posible acceder a ella bajo procesos privados determinados de solicitud de información[4] de acuerdo con los procedimientos administrativos o jurisdiccionales nacionales. Un ejemplo de ello se refiere a datos financieros, informes médicos o documentos del Estado considerados confidenciales por motivos de seguridad nacional. Estos insumos no son el objeto de análisis del presente trabajo, pero se deben tener

[1] Naciones Unidas, *Protocolo de Berkley* (Nueva York, 2023). Disponible en:https://www.ohchr.org/sites/default/files/2024-01/Berkeley-Protocol-Spanish_0.pdf.
[2] Ibidem, pág 6, pár 14.
[3] Sam Dubberly, Alexa Koeing, y Daragh Murrary., ed., *Digital Witness: Using open source information for human rights investigation, documentation and accountability.* (Nueva York: Oxford University Press, 2020), 6.
[4] Naciones Unidas, *Protocolo de Berkley*, 7, párr 14.

como punto referencial a fines de excluir y descartar la naturaleza de las fuentes de información según sea el caso.

Ahora bien, sobre la información de fuente abierta recaen dos tipos de actividades: la inteligencia y la investigación, las cuales se diferencian entre sí en el uso que se les otorgue. Ambas tienen el objeto común: la información, pero, dependiendo del uso que se les dé, los métodos y estrategias utilizadas podrían variar. Así, el primer concepto se entiende como una "subcategoría de información de fuentes abiertas"[5], tradicionalmente asociado con actividades militares, policiales e incluso políticas. Su elemento central es el uso de los insumos provenientes de fuentes abiertas con un objetivo específico de inteligencia; es decir, la información se recaba y procura de manera tal que pueda servir a esos fines. A pesar de su uso en el aparato estatal, incluso llegando a plantear retos a la protección de datos a la hora de evaluar las facultades de cuerpos de seguridad y militares en estas actividades[6], plantea un valor agregado en el trabajo de documentación e investigación en materia de derecho internacional humanitario y derechos humanos, pues puede ser utilizado como "fuente secundaria" al momento de evaluar la seguridad de actores como equipos de investigación en el terreno y testigos[7].

Luego, el segundo concepto resulta más amplio, pues se entiende como la actividad propia de identificar, recabar, y analizar la información obtenida en los espacios digitales[8]. Así, la diferencia entre ambos conceptos radica en que mientras uno recae sobre un objeto y fin específico, el otro se refiere al mero proceso que conlleva la investigación. Dicho de otro

[5] Naciones Unidas, *Protocolo de Berkley,* 7, párr 19.
[6] Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Universidad de Palermo, *Inteligencia basada en fuentes abiertas (OSINT) y derechos humanos en latinoamérica: un estudio comparativo en Argentina, Brasil, Colombia, México y Uruguay* (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2023), 2-4. Disponible en: https://www.palermo.edu/Archivos_content/2023/cele/papers/233008-reporte-regional-OSINT.pdf.
[7] Naciones Unidas, *Protocolo de Berkley,* 8, párr 19.
[8] Sam Dubberly, Alexa Koeing, y Daragh Murrary., ed., *Digital Witness,* Pág 9.
"Open source investigation for human rights", Freedom Lab, acceso el 2 de marzo de 2024. Disponible en:https://freedomlab.io/open-source-investigation-for-human-rights/.

modo, la inteligencia de fuentes abiertas necesariamente implica la investigación, pero no toda investigación en fuentes tiene fines de inteligencia.

Formas de información de fuentes abiertas

Tal y como se estableció anteriormente, la información de fuentes abiertas puede tomar distintas formas y a fines de ubicarlas, los investigadores Alexa Koenig, Doragh Murray e Yvonne McDermott plantearon un esquema de clasificación con base no solo a la forma que pueden tomar los insumos provenientes de fuentes abiertas, sino a la naturaleza propia de cada uno[9]. Tal distinción, es de aclarar, cumple con un propósito meramente didáctico y no debe tomarse como un criterio estático, pues las dinámicas cambiantes de las tecnologías de la comunicación y la información a menudo generan cambios en la ubicación de los insumos en una categoría específica.

Dicho esto, el esquema planteado busca clasificar la información de fuentes abiertas con base en dos variables específicas: i) su carácter de fuente primaria o fuente secundaria y ii) el formato en el que se presenta la data: a) Como data única e individual; es decir, un sola pieza de información o; b) Data agregada, entendida como información que se desarrolla basada en un conjunto de datos.

Sobre la primera variable, se entienden por fuentes primarias de fuentes abiertas como aquellas documentadas o generadas directamente por la fuente que presenció o que tomó parte en los hechos. Un ejemplo de ello pueden ser los videos, fotografías, transcripciones de juicios, actas públicas, imágenes transmitidas en circuitos de televisión o en satélites, etc. Por otra parte, son fuentes secundarias aquellas que, sin haber presenciado directamente los hechos, generan contenido sobre los mismos tras un proceso de investigación que termina por contextualizar o reconstruir total o parcialmente lo ocurrido. Un ejemplo de ello son los reportes generados por organizaciones internacionales o los reportajes periodísticos.

[9]Alexa Koeing, Yvonne McDermott y Doragh Murrary, "Mapping the Use of Open Source Research in UN Human Rights Investigations", *Journal of human rights practice* 14 (2022): 557, doi: 10.1093/554-581..

Ahora bien, sobre la segunda variable según el formato de la data, se entiende que la data única e individual se refiere a una sola pieza de información; es decir, no se compone ni se constituye de un conjunto de datos, sino que se basta en sí misma para reflejar su contenido. En contraste, la información desarrollada con la incorporación de un conjunto de datos se entiende por un insumo de información que necesariamente se compone de datos individuales y que existe partiendo de esa recopilación y agrupación de datos. Dicho de otro modo, varias piezas individuales de información debidamente agrupadas componen la información desarrollada partiendo conjuntos de datos.

De acuerdo con Koenig et al., la clasificación de un insumo en cualquiera de estas categorías depende del contexto. Por ejemplo, un video tomado en una protesta por un manifestante se puede tener como data única e individual tomado por una fuente primaria, pues se trata de una sola pieza de información gráfica generada por una persona, que por haber presenciado los hechos, tiene el carácter de fuente primaria. A su vez, según el ejemplo planteado por Koenig, una imagen de satélite puede considerarse como data única y de primera fuente si se trata de una sola imagen, pero, si las imágenes de satélite individuales se recopilan y se utilizan para crear un mapa, se convertiría en una fuente secundaria basada en un conjunto de datos.[10]

A pesar de no tratarse de una clasificación cerrada o estática, este esquema resulta útil a fines tanto de ubicar la información de fuentes abiertas, como para argumentar el valor probatorio que pueden tener en procesos de justicia internacional, pues, como se verá más adelante, los cuestionamientos de la autenticidad, veracidad y fiabilidad de pruebas resultantes de investigación en fuentes abiertas generalmente van dirigidas a su origen en el campo digital.

III. EXPERIENCIAS INTERNACIONALES

Evolución jurisprudencial de la Corte Penal Internacional

[10] Ibidem, 558

La Corte Penal Internacional (en adelante, CPI o "la Corte") ha sido uno de los primeros y principales actores internacionales que se ha enfrentado al uso de evidencia basada en investigación de fuentes abiertas, pues por la naturaleza de los crímenes bajo su competencia y de sus reglas de procedimiento, la Fiscalía se ha decantado por utilizar evidencia proveniente del espacio digital, así como información proveniente de la investigación de organismos internacionales, como agencias y misiones de investigación de Naciones Unidas y de organizaciones internacionales de la sociedad civil que llevan a cabo labores de investigación y documentación[11].

Bien es cierto que la Corte Penal Internacional tiene la competencia para conocer de cuatro crímenes, de acuerdo con el Estatuto de Roma. A saber: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crímenes de genocidio y crímenes de agresión[12]. Además, tiene reglas de procedimiento que admiten suficiente discrecionalidad de parte de los Jueces para la admisibilidad de las pruebas[13]; sin embargo, también es cierto que en el plano práctico, la Fiscalía podría enfrentarse a una serie de limitaciones a la hora de llevar a cabo las investigaciones. Estos retos se asocian principalmente la dependencia de la cooperación de otros Estados[14] para obtener información en el marco de las investigaciones, pues está se ve cada vez más obstaculizada por motivaciones políticas. Sobre ello, es necesario recordar que la cooperación con la CPI, a pesar de la realidad práctica, no se concibe como una actividad facultativa de los Estados, sino que consiste en una obligación general[15] fundamentada en la falta de fuerza de coacción de la Fiscalía y la necesidad de que los Estados colaboren con ella, especialmente en los procesos de investigación y recopilación de pruebas[16].

Por ello, inicialmente la evidencia proveniente de fuentes abiertas tenía mayor utilidad en la fase preliminar del proceso ante la CPI, para determinar si había "motivos

[11] Sam Dubberly, Alexa Koeing, y Daragh Murrary., ed., *Digital Witness, 51*.
[12] Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma, artículo 5.
[13] Corte Penal Internacional, *Reglas de Procedimiento y Prueba.* (Nueva York, 2002), regla 63
[14] Kenyans for Peace with Truth and Justice, *All Bark, No Bite? State Cooperation and the International Criminal Court*. (Kenia: Africa Centre for Open Governance, 2012), 3
[15] Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma, art 85
[16] Zhu W, "Acerca de la cooperación de los Estados que no son parte de la Corte Penal Internacional", *International Review of the Red Cross,* n 869 (2006)

suficientes" para creer que en un determinado territorio se estarían cometiendo crímenes de la competencia de la Corte[17] y posteriormente abrir una investigación formal. Ahora bien, en sus inicios, solo en esa fase podría ser admisible, en sentido amplio, el uso de la información de fuentes abiertas en el ámbito de la Corte Penal Internacional. Tal y como se desprende de los casos Calixte Mbarushama[18] , Laurent Gbagbo[19] y Ngudjolo[20], al momento de presentarse como evidencia información proveniente de fuentes abiertas, la Fiscalía enfrentó críticas por parte de los Magistrados por considerar que se le estaba dando un *sobre uso* a estos insumos.

En los precitados casos, la Corte valoró escasamente las evidencia recabada en el espacio digital y cuestionó las prácticas de investigación de la Fiscalía, llegando incluso a afirmar en el caso de Mbarushama que la información generada por organizaciones y organismos internacionales constituían una suerte de "hearsay anónimo", que por no poder confirmar su veracidad, sólo podría ser utilizada para corroborar otros insumos probatorios[21].

A pesar de ello, para el año 2015 se comenzó a notar un avance relevante para las posteriores discusiones y oportunidades en materia de admisibilidad de las pruebas provenientes de espacios digitales. Por ejemplo, en el caso Ahmad Al Faqui - Al Maldi relativo al crimen de guerra de destrucción de propiedad cultural[22], la Fiscalía utilizó como evidencia en su contra videos, y resultados de procesos de geolocalización para demostrar cómo Al Faqui- Al Maldi, había tomado parte en la destrucción de Mezquitas en Mali, Timbuktu en el marco del conflicto armado interno de Mali[23]. En esta oportunidad, el acusado se declaró culpable, por lo cual la Corte no evaluó las pruebas recabadas, pero es cierto que haber introducido tales insumos coadyuvó a la declaratoria de culpabilidad.

[17] Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Berkley, California, *The New Forensics: Using Open Source Information to Investigate Grave Crimes* (California: Universidad de Berkley, 2018)
[18] Corte Penal Internacional. Oficina de la Fiscalía vs Callixte Mbarushimana, párr 117 - 120, 232 y 233 y 238
[19] Corte penal Internacional. Oficina de la Fiscalía vs Laurent Gbagbo, ICC-02/11-01/15
[20] Corte Penal Internacional. Oficina de la Fiscalía vs Mathieu Ngudjolo Chui para 117 - 119.
[21] Corte Penal Internacional, *Oficina de la Fiscalía vs Callixte Mbarushimana*, párrs 77 y 78.
[22] Corte Penal Internacional, *Case information sheet: The prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi* (2022). Disponible en:https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2011_22538.PDF
[23] Antionio Cascais, "Mali's crisis hits 10 year mark", *Deutsche Welle*, 30 de marzo de 2022, acceso el 7 de marzo de 2024, https://www.dw.com/en/malis-crisis-hits-10-year-mark/a-61302175.

Ello sentó las bases para que, en el 2017, la CPI emitiera la primera orden de aprehensión con base en evidencia recabada de fuentes abiertas en el caso de Al-Werfalli. En esta oportunidad, Al- Werfali, miembro del Alto Mando Militar en el ejército de Libia durante la guerra de Libia[24], fue acusado del crimen de guerra de asesinato[25] de más de 30 personas tras haberse encontrado un video, publicado en redes sociales, en el que se reflejaba su participación directa en la comisión de los hechos[26].

Las decisiones de la Corte Penal en las que se ha valorado positivamente la evidencia recabada a través de fuentes abiertas presentan un incentivo no sólo para la Fiscalía, sino para las organizaciones internacionales dedicadas a la investigación, para continuar utilizando estos métodos en la documentación de violaciones de derechos humanos; sin embargo, no se debe dejar de lado las preocupaciones iniciales de la Corte en la que se cuestionaba el valor probatorio de estos insumos por preocupaciones relativas a su veracidad, e integridad. Por ello, es deber tanto de la Fiscalía, como de los demás actores que llevan a cabo estas actividades, adecuarse a altos estándares de rigor y metodología que permitan garantizar la integridad de las pruebas, a fines de que no se ponga en riesgo su valoración en procesos judiciales ante la Corte Penal Internacional.

Experiencias en Misiones de investigación creadas por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas

Como parte de su mandato, el Consejo de Derechos Humanos tiene la facultad de crear misiones o comisiones de investigación para países o situaciones específicas que versen sobre graves violaciones de derechos humanos, independientemente de que se trate o no de un Estado parte de las Naciones Unidas[27].

[24] Borzou Daragahi, 17 de febrero de 2021, "ten years ago, Libyans staged a revolution. Here's why it has failed", https://www.atlanticcouncil.org/blogs/menasource/ten-years-ago-libyans-staged-a-revolution-heres-why-it-has-failed/.
[25] Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma (2002), artículo 8(2)(c)(i).
[26] Corte Penal Internacional. Oficina de la Fiscalía *vs Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli, párr 29.*
[27] "Comisiones de investigación, misiones de Determinación de los hechos y otras investigaciones", Consejo de Derechos Humanos, acceso del 10 de marzo de 2024, https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/co-is.

Estos cuerpos no son órganos jurisdiccionales; las misiones tienen un mandato meramente investigativo que se delimita, en competencia material, territorial y temporal, con la resolución que los crea[28]. Por ende, es necesario resaltar que su estándar de prueba es más bajo que aquel que se requiere en instancias jurisdiccionales. En este caso, no se busca satisfacer el estándar de la "duda razonable", sino el de tener "suficientes motivos para creer" que se están cometiendo determinados hechos según su mandato. Este último se ha entendido como "un conjunto de pruebas fidedignas, concordantes con otras informaciones, de que se produjo el hecho"[29].

Su objetivo puede variar de acuerdo con el mandato, pero en líneas generales las misiones o comisiones de investigación se enfocan en identificar patrones de violaciones a fines de caracterizarlas, e incluso, considerarlas como potenciales crímenes de guerra, de lesa humanidad o de genocidio.[30] En el presente trabajo se hará alusión a solo a 4 de ellas por la relevancia que tienen en el uso de evidencia digital.

En primer lugar, se hace referencia a la Comisión de investigación de la República Árabe de Siria creada en 2011 cuyo mandato culminará el 31 de marzo de 2024. La Comisión se ha encargado de investigar las graves violaciones de derechos humanos y al derecho internacional humanitario en el marco del conflicto armado Sirio y los hechos subsecuentes a este.[31] El trabajo de esta comisión resulta valioso en tanto permite identificar la evolución de la valoración de la información de fuentes abiertas, pues sus informes iniciales, la mención al uso de información de fuentes abiertas es bastante escasa, a pesar de los retos asociados a la imposibilidad de entrar al país. En los informes presentados entre los años 2011 y 2015,

[28] Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, "*Comisiones de investigación y misiones de determinación de los hechos en derechos humanos y derecho internacional humanitario"* HRC/19/69,, (Ginebra: Naciones Unidas, 2015), 41.
[29] Comisión de investigación independiente sobre la situación de la República Árabe Siria, *Informe de la Comisión de investigación independiente sobre la situación de la República Árabe Siria,* (Ginebra, 2012), 6 párr 10.
[30] Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, "*Comisiones de investigación y misiones de determinación de los hechos en derechos humanos y derecho internacional humanitario"* 40.
[31] Consejo de Derechos Humanos, *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos* A/HRC/RES/S-17/1, (Ginebra, 2011) 2, párr 7.

los apartados sobre la metodología de trabajo de la Comisión se hicieron menciones, casi incidental de la información de fuentes abiertas, pudiendo llegar a asumir que tenían se valoraron preeminentemente como fuentes secundarias[32]; sin embargo desde el 2015 hasta el más reciente informe publicado en el 2023, se incorpora, aunque no de forma tan clara en comparación con otras misiones, al uso de imágenes de satélite, fotografías y videos en el trabajo de investigación.

En segundo lugar, resulta valioso el trabajo de la Misión internacional independiente para Myanmar creada en el 2017[33] para investigar las denuncias de graves violaciones de derechos humanos perpetradas por las fuerzas militares y de seguridad, particularmente, detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, desplazamiento forzado, violencia sexual y destrucción ilícita de bienes[34]. Su mandato culminó en el año 2019 con la presentación de su segundo y último informe de hallazgos[35]. Ambos informes siguieron la misma metodología, la cual años más tarde se vería replicada, salvando las distancias propias de la diferencia de contextos, en la Misión para el Territorio Ocupado de Palestina: Se consideró como información de primera fuente o "directa" información de fuentes abiertas como las imágenes de satélite, fotografías, y videos en la medida en la que estuviesen autenticados; luego, para corroborar dicha información la Misión utilizó otras fuentes como, entrevistas con víctimas, testigos y expertos.

Luego, en el año 2018 el Consejo de Derechos Humanos creó la Comisión de Naciones Unidas sobre las protestas de 2018 en el territorio ocupado de Palestina a fines de corroborar las denuncias de graves violaciones de derechos humanos y de derecho

[32]Comisión Independiente de Investigación sobre la República Árabe de Siria, *Documentación,* acceso el 7 de marzo de 2024, https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g11/170/97/pdf/g1117097.pdf?token=0Bh6DbWk9GvrnRLm5Y&fe=true .

[33] Consejo de Derechos Humanos, *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 24 de marzo de 2017* A/HRC/34/22, (Ginebra, 2017) https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g17/082/03/pdf/g1708203.pdf?token=UZPazavXHxfixtmTuq&fe=true.

[34] Ibidem, 3, párr 11.

[35] Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos para Myanmar, *Informe de la Misión internacional de investigación sobre Myanmar* A/HRC/42/50, (Ginebra, 2019), 9, párr 32 y 33.

internacional humanitario[36] ocurridas desde el 30 de marzo de 2018 hasta la presentación de su informe ante el Consejo en marzo de 2019, fecha para la cual culminó su mandato. En el apartado sobre la metodología de trabajo de su informe de hallazgos destaca que la determinación de los hechos se basó al menos en una "fuente directa" de información, que a su vez habría sido corroborada contrastando con otras fuentes. Bajo este apartado, la misión incluyó fotografías, videos, documentos e imágenes de satélite como una de esas de información en la medida en las que se tratasen de insumos autenticados. Adicional a ello, la Misión describió las acciones tomadas para evaluar la fiabilidad y credibilidad de las fuentes que consideró "directas", basadas en el contraste con declaraciones de testigos, organizaciones en el terreno, expertos, entre otros.[37]

Finalmente, uno de los casos más recientes es el de la Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos creada para Venezuela (en adelante MIID), por el Consejo de Derechos en el año 2019[38] para investigar, la comisión de torturas, desapariciones forzadas, y detenciones arbitrarias y ejecuciones extrajudiciales ocurridas en el país desde 2014. El Estado venezolano ha rechazado la mera existencia de la misión por cuestionar su legitimidad[39], por lo cual no se le ha permitido el ingreso al país desde su creación; por ello, así como sus antecesoras en otros países, la misión ha tenido que adaptar su metodología de trabajo a fines de llevar a cabo la investigación sin poder visitar el terreno.

Esto se ha reflejado en sus informes de hallazgos en los que, en el apartado de la metodología de trabajo, se ha incorporado directamente el uso de información proveniente de fuentes abiertas para 1) identificar y verificar víctimas y perpetradores y 2) Contextualizar

[36] Consejo de Derechos Humanos, *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 18 de mayo de 2018* A/HRC/RES/s-28/1, (Ginebra, 2018), 2, párr 5.
[37] Comisión de Naciones Unidas sobre las protestas de 2018 en el territorio ocupado de Palestina, *Conclusiones detalladas de la Comisión de Naciones Unidas sobre las protestas en el territorio ocupado de Palestina* A/HRC/20/CRP.2, (Ginebra, 2019) 12-13, párr 19-22.
[38] Consejo de Derechos Humanos, *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 27 de septiembre de 2019* A/HRC/RES/42/25, (Ginebra, 2019).
[39] Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, "Venezuela rechaza las falsas acusaciones de la mal llamada Misión Internacional de Determinación de los Hechos", 10 de marzo 2021, acceso el 3 de marzo de 2024, https://mppre.gob.ve/comunicado/venezuela-rechaza-falsas-acusaciones-mision-internacional-determinacion-de-los-hechos/.

los hechos.[40] Entre los insumos utilizados destacan como fuentes directas imágenes de satélite, videos, fotografías y publicaciones en redes sociales, y demás información del dominio público que pudiese ser verificada[41] Ello, entonces, se integra dentro de toda su metodología de trabajo, que se constituye de otros métodos y estrategias de investigación que, visto de forma general, han permitido la identificación y caracterización de los patrones de violaciones ocurridas en Venezuela, llegando incluso a tener "motivos razonables para creer" que en Venezuela se han cometido crímenes de lesa humanidad.[42]

Es claro que las Misiones de investigación creadas por el Consejo de Derechos Humanos han hecho cada vez mayor uso de la información de fuentes abiertas. Ello quizás pueda obedecer a su operación bajo un estándar probatorio menor al de los organismos jurisdiccionales; sin embargo, ello no es óbice para aplicar una menor rigurosidad en las investigaciones. Por el contrario, entre mayor sea la credibilidad y fiabilidad de la información recabada, mayor serán las probabilidades de que está sea valorada como insumo para procesos de justicia tanto nacionales, como internacionales.

Experiencia en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La experiencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de fuentes abiertas se corresponde al caso Ucrania y el Reino de Países Bajos vs Rusia, declarado admisible en enero de 2023[43]. En este caso, Ucrania alegó violaciones a derechos humanos en la Región Oriental del país cometida por grupos bajo el control del gobierno Ruso, y el Reino de Países Bajos alegó el derribe del avión comercial que resultó en la muerte de 283 pasajeros, de los cuales 198 eran nacionales holandeses.[44] En el marco de este caso, el Reino de Países Bajos creó una Misión Conjunta de Investigación de los hechos, y al tratarse de un cuerpo creado por el gobierno nacional, el proceso de investigación contó con

[40] Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos, *Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos* A/HRC/45.CRP.11 (Ginebra, 2020) 3, párr 9.
[41] Ibidem 4, párr 14.
[42] Ibidem, 434, párr 2086.
[43] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ucrania y el Reino de los Países Bajos vs Federación de Rusia*, (Strasbourg, 2023), 225.
[44] Ibidem, 29-61.

la cooperación de otros gobiernos, lo cual facilitó el proceso de levantamiento de información[45].

En el curso de este caso el gobierno Ruso cuestionó las pruebas presentadas por el Reino de los Países Bajos con el alegato de que se trataba de informes recabados por la ONG Bellingcat[46], reconocida por su experticia en la investigación de fuentes abiertas; sin embargo, a pesar de guardar semejanza con los casos iniciales en los que la Corte Penal Internacional rechazó estas evidencias por el mismo motivo, el Tribunal Europeo descartó el argumento tras haber comprobado que el gobierno del Reino de los Países Bajos llevó a cabo un proceso de autenticación y corroboración de la información con el enfoque en la rigurosidad del ámbito penal de investigación en el orden doméstico y que ello nada tenía que ver con que la información de la Misión Conjunta de Investigación coincidiese con aquella presentada por Bellingcat. Con ello, tras haber verificado que las pruebas presentadas eran fiables y auténticas, el Tribunal las admitió y advirtió que en aquellos casos en los que un Estado parte de una controversia desease cuestionar la validez de las pruebas necesarias por los peticionarios, debía hacerlo a través de un argumento individualizado[47].

IV. JURISDICCIÓN UNIVERSAL E INVESTIGACIÓN EN FUENTES ABIERTAS

El eje central del presente trabajo ha sido la experiencia internacional, pero resulta de igual importancia hacer mención a las alternativas de los procesos de justicia internacionales en tanto es necesario reconocer que, aunque valiosos, organismos como la Corte Penal Internacional se encuentran limitados por una serie de retos burocráticos, políticos y/o propios de su competencia, por lo que el transcurso del tiempo para la obtener una sentencia no siempre se adecúa con las necesidades de justicia del país, y, particularmente, de las víctimas. Por ello, es necesario acudir al principio de jurisdicción universal pues es una de

[45] Ibidem, 59, párr 341.
[46] Ibidem, 89, párr 464.
[47] Ibidem, 90, párr 467.

las oportunidades más valiosas para obtener justicia y reparación por la grave violación de derechos humanos, crímenes de guerra, de genocidio y de lesa humanidad.

La jurisdicción universal surge como respuesta a los distintos obstáculos a los que se enfrenta la justicia internacional. Dicha noción plantea que, los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma y las graves violaciones a los derechos humanos tienen una magnitud tal, que es obligación de todos los Estados poner en marcha procesos de justicia cuando se encuentren bajo su jurisdicción personas directamente responsables de estos hechos. Es decir, se fundamenta en la gravedad de los hechos, no necesariamente en la tipificación de estos en tratados internacionales y otros instrumentos jurídicos, aunque estos sean la fuente de la cual se deriva dicho principio[48].

Ahora bien, bajo esta premisa, las Corte nacionales tienen la facultad de conocer en el orden interno de casos relativos a los hechos citados anteriormente, por lo cual los procesos de investigación para recabar el material probatorio podrían potenciar principalmente en el ámbito doméstico. De ello son ejemplo países como Alemania, Suecia, y Finlandia, en donde ya se han conocido de casos en virtud de la jurisdicción universal que, además, han valorado formalmente como evidencia información obtenida en fuentes abiertas[49]. En los tres países se han condenado a criminales de guerra del conflicto armado en Siria e Iraq, particularmente a aquellos pertenecientes a grupos terroristas. El elemento común en los casos es la presentación y valoración de piezas de evidencia bajo la forma de material gráfico autenticado que había sido publicado en páginas de internet en los que se mostraba a los acusados participando directa e indirectamente en decapitaciones y mutilaciones[50]. Evidentemente el uso de estos insumos por sí solo no conllevó a la convicción, pero, en la medida en la que se garantizó su autenticación y veracidad, se le asignó un mayor valor

[48] International Centre for Transitional Justice, *Advancing Global Accountability: the Role of Universal Jurisdiction in Prosecuting International Crimes*, (Nueva York, 2020), 12.
[49] Eurojust, *"Prosecuting war crimes of outrage upon personal dignity based from evidence from open sources - Legal framework and recent developments in the Member States of the European Union"* (La Haya: Genocide Network Secretariat, 2018), 3.
[50] Ibidem, 7-15.

probatorio en el ámbito de la justicia nacional en atención al ordenamiento doméstico en materia probatoria.

V. RETOS ACTUALES

A pesar de las oportunidades que han presentado las herramientas de tecnología para la investigación, no deja de ser cierto que por la naturaleza y la aparente volatilidad de la información que circula en los espacios digitales surgen retos y preocupaciones que amenazan la integridad y legitimidad de información recabada en fuentes abiertas. En la medida en la que continúen propagándose herramientas digitales, estas seguirán siendo utilizadas para procurar pruebas en procesos de justicia, bien sea ante de tribunales internacionales, o en cortes nacionales en virtud del principio de la jurisdicción universal. Por ello, resulta importante fomentar espacios de discusión y consulta en la que tomen parte los distintos actores para los cuales este tema resulta relevante; es decir, no solo se trata del intercambio de ideas entre abogados e investigadores expertos en la materia, sino que se debe procurar el modelo de gobernanza digital *multistakeholder*, bajo el cual se busca incluir a empresas, la academia, organizaciones de la sociedad civil, empresas, profesionales de las ciencias sociales y demás sectores de la sociedad en la discusión y desarrollo de prácticas, políticas públicas y regulaciones en el ámbito digital. Ello, entonces favorecería la participación ciudadana, la transparencia y la legitimidad[51]. Ello a fines de continuar en el desarrollo de criterios que permitan mitigar los riesgos de los retos actuales.

Información generada por inteligencia artificial

Las herramientas de inteligencia artificial han probado ser útiles para la investigación, pero también lo han sido para la generación de información falsa que luego ha sido presentada en redes sociales y la opinión pública como información verídica. Con la proliferación de herramientas con capacidad de alterar y manipular el material gráfico, aumenta la posibilidad

[51] Internet Society, *"Why the multistakeholder approach works"*, (2016).

de que estas sean utilizadas para difundir información falsa que, sin un proceso riguroso de debida verificación, pretendan ser presentadas como evidencia en procesos nacionales.

Frente a ello es necesario acotar que en la medida en la que surgen herramientas que pueden que acarreen el riesgo utilizadas para la creación de noticias falsas, también se han desarrollado sistemas, páginas, aplicaciones y estrategias para robustecer el proceso de verificación de datos. Los investigadores en fuentes abiertas, ingenieros informáticos y periodistas se han podido adaptar con herramientas cada vez más sofisticada para contrastar la información, pero lo que ocurre mayormente es que los riesgos de la inteligencia artificial tienen mayor cobertura que las posibles alternativas para mitigarlos. Por ello, es necesario fomentar su socialización, especialmente en actores judiciales, a fines de generar confianza, en lugar de temor, a las oportunidades que se presentan en la investigación de fuentes abiertas.

Riesgos en materia de protección de datos digitales

La investigación en fuentes abiertas se presenta como una moneda dos caras: así como puede ser utilizada para recabar evidencias en casos de violaciones de derechos humanos, también puede ser utilizada por agencias estatales militares, policiales o de inteligencia, para recabar información que en ocasiones, podría llegar colisionar con preocupaciones relativas a la protección de datos en el entorno digital, en especial si se considera la multiformidad de algunos insumos digitales cuyo alojamiento en el dominio público es debatible.

Adicionalmente, en referencia a conceptos anteriores, la inteligencia en fuentes abiertas puede llegar a convertirse en una herramienta de para generar un efecto inhibitorio[52] en voces críticas por parte de actores estatales o grupos de control, particularmente en entornos restrictivos. Frente a ello, si bien la capacidad de controlar o neutralizar esta amenaza se encuentra limitada en el ámbito de la sociedad civil y la ciudadanía frente al

[52] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, (Washington: Organización de los Estados Américanos, 2017), 8, párr 200.
Amnistía Internacional, *Ending the targetting surveillance of those who defend our rights*, (Londres: Amnistía Internacional, 2019), 9.

Estado, no es menos cierto que con el auge de las vulneraciones a los datos personales, y la vigilancia estatal, las capacitación y conciencia de la seguridad digital ha ido en aumento, por lo que teniendo herramientas para el desenvolvimiento seguro en entornos digitales, se pueden llevar a cabo acciones coordinadas y articuladas tendientes a mitigar estos riesgos.

En la raíz de ambos retos se encuentra, aunque con enfoques distintos, una suerte desconfianza al uso del contenido encontrado en fuentes abiertas, bien sea por tratarse encontrarse en medios digitales de acceso común y general al público y que por ende están expuestos a su manipulación, o por la falta de información sobre el manejo y almacenamiento de los datos ingresados a la red. En ambos casos, la reacción no debe ser la inhibición ni el aislamiento de estos entornos. Por el contrario, resistirse e ignorar los cambios que necesariamente implican el uso de información de fuentes abiertas para evitar los riesgos, implicaría cerrar la puerta a lo que ya no son meras oportunidades, sino necesidades a las que hay que responder en la investigación de derechos humanos para ampliar su alcance, acceso y procurar su calidad.

CONCLUSIÓN

La investigación en fuentes abiertas ha ganado cada vez mayor campo en los procesos de justicia internacional, no solo por las bondades que representa en el ámbito probatorio, sino porque es una de las actividades con mayor capacidad de hacer frente a obstáculos de cooperación internacional y restricciones de ingreso al terreno que se derivan de la justicia internacional. Por ello la importancia de robustecer la metodología en la investigación de fuentes abiertas: no solo se trata de verificar la veracidad de la información, sino de tener procesos estandarizados que acrediten su fiabilidad en cada parte del proceso de investigación a fines de no poner en riesgo su admisibilidad y valoración.

La socialización de conceptos como fuentes abiertas y fuentes cerradas, de la clasificación de la información, y de las distintas actividades y uso que recaen sobre la información es uno de los primeros pasos que, particularmente en la región, se deben tomar para avanzar en su valoración en procesos internacionales de justicia. Durante la última

década la Corte Penal Internacional le ha dado a esta información de fuentes abiertas mayor importancia, y aunque inicialmente se planteó en respuesta a los retos en el ámbito de la cooperación internacional, poco a poco se ha demostrado que aún sin esa variable la investigación en fuentes abiertas ha permitido al acceso a información que de otro modo no habría podido ser obtenida. Lo propio han hecho, aunque con un estándar de prueba más bajo debido a su naturaleza jurídica, la misiones y comisiones de investigación creadas por el Consejo de Derechos Humanos. Estas han aprovechado aún más la información de fuentes abiertas y como resultado, sus informes de hallazgos van adquiriendo cada vez más fortaleza como insumo para potenciar acciones internacionales, no solo relativas a procesos de justicia, sino a acciones de incidencia orientadas a generar cambios en el terreno.

Asimismo, los procesos nacionales de justicia fundamentados en el principio de jurisdicción universal presentan una oportunidad invaluable para construir criterios nacionales para la valoración de pruebas provenientes de fuentes abiertas. En este proceso, el diálogo jurisprudencial tanto entre sistemas internacionales, como en cortes nacionales, será uno de los procesos centrales para el desarrollo de estándares que, a la vez que se adecúen a los distintos contextos, satisfagan criterios mínimos que garanticen el debido proceso y le den valor al contenido de las fuentes abiertas, bien sea bajo criterios estrictamente procesales de admisibilidad, o de valoración de la validez, fiabilidad, veracidad y autenticidad de los insumos procurados en fuentes abiertas.

Con ello en mente, se propone, en primer lugar, propiciar espacios regionales y nacionales de discusión y debate con base al modelo *multistakeholder* de la gobernanza digital a fines de ubicar prácticas que ya se estén desarrollando en la investigación de fuentes abiertas y los retos contextuales que se presentan, estén estos asociados al cierre del espacio cívico o a la falta de conectividad, o a la preeminencia de la vigilancia estatal. Asimismo, desde un punto de vista académico resultaría valioso fomentar la participación de investigadores especializados en fuentes abiertas en las distintas visiones doctrinales que surjan en el ámbito jurídico, pues el Derecho y la investigación de fuentes abiertas no deben

entenderse como dos universos separados, sino como dos ecosistemas que se nutren el uno del otro dentro del espacio digital.

Finalmente, en el ámbito de la metodología aún mucho queda por recorrer, y aunque el Protocolo de Berkley dio uno de los pasos más importantes para establecer estándares mínimos, es necesario tomar las medidas correspondientes para que tanto en los sistemas internacionales de protección, como en las organizaciones internacionales dedicadas a la materia se cumpla con estos estándares con cada vez mayor rigurosidad. Ello, es de aclarar, atiende a asuntos estructurales como la asignación de recursos para la capacitación de personal y contratación de profesionales en la materia, así como también la retroalimentación constante entre agencias, misiones, y organizaciones que lleven a cabo estas actividades.

La tecnología en la investigación de derechos humanos y derecho internacional humanitario seguirá siendo utilizada en la medida en la que continue demostrando su valor para demostrar la comisión de hechos violatorios a derechos, y la formación y discusión al respecto es una responsabilidad de quienes día a día trabajan en ese campo y solo en la medida en la que se entienda como tal, se podrá fortalecer la convicción y compromiso en acciones dirigidas a su uso ético, eficiente y efectivo.

BIBLIOGRAFÍA

Athlantic Council, "ten years ago, Libyans staged a revolution. Here's why it has failed", acceso el 26 de febrero de 2024, https://www.atlanticcouncil.org/blogs/menasource/ten-years-ago-libyans-staged-a-revolution-heres-why-it-has-failed/

Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Berkley, California, *The New Forensics: Using Open Source Information to Investigate Grave Crimes*. California: Universidad de Berkley, 2018

Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Universidad de Palermo, *Inteligencia basada en fuentes abiertas (OSINT) y derechos humanos en latinoamérica: un estudio comparativo en Argentina, Brasil, Colombia, México y Uruguay* (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2023),

Comisión de investigación independiente sobre la situación de la República Árabe Siria. *Informe de la Comisión de investigación independiente sobre la situación de la República Árabe Siria.* Ginebra, 2012),

Comisión de Naciones Unidas sobre las protestas de 2018 en el territorio ocupado de Palestina. *Conclusiones detalladas de la Comisión de Naciones Unidas sobre las protestas en el territorio ocupado de Palestina* A/HRC/20/CRP.2. Ginebra, 2019

Comisión Independiente de Investigación sobre la República Árabe de Siria, *Documentación*, acceso el 7 de marzo de 2024, https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g11/170/97/pdf/g1117097.pdf?token=0Bh6DbWk9GvrnRLm5Y&fe=true

Consejo de Derechos Humanos "Comisiones de investigación, misiones de Determinación de los hechos y otras investigaciones", , acceso del 10 de marzo de 2024, https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/co-is

Consejo de Derechos Humanos. *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 27 de septiembre de 2019* A/HRC/RES/42/25. (Ginebra, 2019)

Consejo de Derechos Humanos. *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 18 de mayo de 2018* A/HRC/RES/s-28/1.

Consejo de Derechos Humanos. *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 24 de marzo de 2017* A/HRC/34/22. Ginebra, 2017

Consejo de Derechos Humanos. *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos* A/HRC/RES/S-17/1. Ginebra, 2011

Corte Penal Internacional, *Case information sheet: The prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi* (2022).

Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma (2022)

Corte Penal Internacional, *Reglas de Procedimiento y Prueba.* Nueva York, 2002

Corte Penal Internacional. Oficina de la Fiscalía vs Callixte Mbarushimana (2011)

Corte penal Internacional. Oficina de la Fiscalía vs Laurent Gbagbo, ICC-02/11-01/15

Corte Penal Internacional. Oficina de la Fiscalía *vs Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli* (2017)

Corte Penal Internacional. Oficina de la Fiscalía vs Mathieu Ngudjolo Chui (2012)

Deutsche Welle, "Mali's crisis hits 10 year mark", acceso el 7 de marzo de 2024, https://www.dw.com/en/malis-crisis-hits-10-year-mark/a-61302175

Dubberly, S, Koeing A y Murray, D. ed. *Digital Witness: Using open source information for human rights investigation, documentation and accountability.* Nueva York: Oxford University Press, 2020

Eurojust. *"Prosecuting war crimes of outrage upon personal dignity based from evidence from open sources - Legal framework and recent developments in the Member States of the European Union".* La Haya: Genocide Network Secretariat, 2018.

Freedom Lab, "Open source investigation for human rights", acceso el 2 de marzo de 2024,

Ginebra, 2018

https://freedomlab.io/open-source-investigation-for-human-rights/

International Centre for Transitional Justice. *Advancing Global Accountability: the Role of Universal Jurisdiction in Prosecuting International Crimes.* Nueva York, 2020.

Kenyans for Peace with Truth and Justice, *All Bark, No Bite? State Cooperation and the International Criminal Court*. Kenia: Africa Centre for Open Governance, 2012

Koeing, A, McDermott, Y, y Murray D, "Mapping the Use of Open Source Research in UN Human Rights Investigations", *Journal of human rights practice* 14 (2022): 554-581, doi: 10.1093/554-581

Internet Society, *"Why the multistakeholder approach works"*, (2016)

Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, "Venezuela rechaza las falsas acusaciones de la mal llamada Misión Internacional de Determinación de los Hechos", acceso el 3 de marzo de 2024, https://mppre.gob.ve/comunicado/venezuela-rechaza-falsas-acusaciones-mision-internacional-determinacion-de-los-hechos/

Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos. *Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos* A/HRC/45.CRP.11. Ginebra, 2020

Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos para Myanmar. *Informe de la Misión internacional de investigación sobre Myanmar* A/HRC/42/50. Ginebra, 2019

Naciones Unidas, *Protocolo de Berkley* (Nueva York, 2023).

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, "*Comisiones de investigación y misiones de determinación de los hechos en derechos humanos y derecho internacional humanitario",* Ginebra: Naciones Unidas, 2015

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Ucrania y el Reino de los Países Bajos vs Federación de Rusia* (2023)

Wenqi Z, "Acerca de la cooperación de los Estados que no son parte de la Corte Penal Internacional", *International Review of the Red Cross*, n 869 (2006)

Alejandro Bauza

EL RÉGIMEN DEL MUNICIPIO EN VENEZUELA Y LA TERGIVERSACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL BUEN GOBIERNO LOCAL.

Alejandro Bauza
Segundo Lugar en el Concurso de Investigaciones Jurídicas

Resumen: En Venezuela el régimen municipal siempre ha tenido dificultades para ser la expresión institucional del derecho al autogobierno derivado del fenómeno social e histórico del asentamiento poblacional, propiciando un modelo territorial y uniforme de Municipio muy distinto al de las democracias desarrolladas europeas. Si bien es cierto que desde 1961 eso se ha pretendido cambiar por medio de las disposiciones constitucionales, estas nunca han podido concretarse de manera efectiva y, hoy en día, la legislación abiertamente contradice a la Constitución en cuanto a los principios del régimen local, formándose un proceso de debilitamiento del municipio. Ante tal situación el presente estudio plantea una metodología dogmática que permita abordar la situación actual del Municipio en Venezuela. Se encontró que existen las ya mencionadas contradicciones y se plantearon posibilidades de reforma para lograr una municipalización verdadera y efectiva.

Palabras clave: Municipio, gobierno local, autonomía municipal, municipalización, descentralización, Poder Público Municipal.

THE MUNICIPAL REGIME IN VENEZUELA AND THE TERGIVERSATION OF THE PRINCIPLES OF GOOD LOCAL GOVERNMENT.

Abstract: In Venezuela, the municipal regime has always had difficulties to be the institutional expression of the right to self-government derived from the social and historical phenomenon of population settlement, promoting a territorial and uniform model of Municipality very different from that of the European developed democracies. Although it is true that since 1961 this has been intended to be changed through constitutional provisions, these have never been able to materialize effectively and, today, the legislation openly contradicts the Constitution in terms of the principles of the local regime, forming a process of weakening of the Municipality. Faced with such a situation, the present study proposes a dogmatic methodology that allows to address the current situation of the Municipality in Venezuela. It was found that the aforementioned contradictions exist and possibilities for reform were raised to achieve a true and effective municipalization.

Keywords: Municipality, local government, municipal autonomy, municipalization, decentralization, Municipal Public Power.

INTRODUCCIÓN

El Municipio puede ser entendido como la expresión institucional del asentamiento poblacional, que es lo mismo a decir que el municipio es la propia comunidad que, al vivir y compartir en un determinado lugar, tiene reconocido el derecho a resolver los asuntos que le son propios de manera autónoma[1], en pocas palabras, el derecho al autogobierno. En Venezuela dicha conceptualización de municipio se corresponde con el precepto constitucional que establece al mismo como *"la unidad política primaria de la organización nacional"*[2], bajo el cual debería de existir un Municipio por aglomeración urbana, cuando la realidad es que esto no es así.

Ahora bien, cabe destacar que la fortaleza del régimen municipal y su cercanía con el ciudadano son propios de las democracias desarrolladas, por lo que la tendencia global hoy en día es a que los países vayan reconociendo paulatinamente la importancia del gobierno local, no solo para la gobernanza efectiva y eficiente, sino para la democracia en sí, lo que conlleva un proceso de municipalización, que no es más que el establecimiento de más y mejores municipios. Sin embargo, Venezuela, a pesar de lo que diga la Constitución, ha emprendido el proceso contrario, es decir, la desmunicipalización del país, por lo que no se ha logrado consolidar el modelo de municipio previsto en el texto constitucional e, incluso, se ha atacado directamente a través de figuraras paralelas que pretenden usurpar el espacio y funciones naturales de la municipalidad.

Entendiendo dicha coyuntura es que se plantea el presente trabajo, que tiene por objetivo estudiar cuál es la situación del municipio en Venezuela actualmente, así como la capacidad de reforma y mejora del mismo por medio de la municipalización, ese proceso que Brewer-Carías denominó *"la gran reforma política democrática"*[3] para el país, teniendo

[1] Fortunato González Cruz «Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal» en *Ley Orgánica del Poder Público Municipal: Estudios*, ed. por Allan R. Brewer-Carías (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2007) 250

[2] Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (enmendada), del 17 de febrero de 2009 (Gaceta Oficial N°5908, extraordinario) art. 168

[3] Allan R. Brewer-Carías, «El municipio, la descentralización política y la democracia» (conferencia, XXV Congreso Iberoamericano de Municipios, Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal, 31 de octubre de 2001) 9

siempre en mente la idea de que Venezuela pudiera llegar a ser como las democracias desarrolladas, donde el régimen local es de gran importancia para el desarrollo de la ciudadanía y la formación de la cotidianeidad democrática. Para ello, se plantea una estructura en tres capítulos destinada al análisis de cada uno de los aspectos importantes para evaluar la situación actual del Municipio en Venezuela.

Primero, se debe entender qué es lo que hace a un buen municipio según los criterios de las democracias desarrolladas, para así poder establecer un marco que sirva de referencia a la hora de comparar y analizar el régimen municipal venezolano. Para ello el primer capítulo plantea la aproximación conceptual y caracterización del municipio y del gobierno local en las democracias desarrolladas, entendiendo su naturaleza, importancia y rasgos distintivos.

Un segundo capítulo se adentra de lleno en el análisis del Poder Público Municipal y el proceso de desmunicipalización de la Venezuela actual desde el punto de vista constitucional y principista. En resumidas cuentas, se busca contraponer lo dispuesto entre la Constitución y la ley orgánica respectiva, en lo que refiere a esos principios o elementos esenciales del Municipio y los gobiernos locales en las democracias desarrolladas. De tal forma se podrá entender que, si bien el ordenamiento jurídico tiene una conceptualización de municipio apropiada, esta misma se contradice por las disposiciones existentes que impiden el establecimiento en Venezuela de municipios verdaderamente cercanos a la población.

Por último, el tercer capítulo de este trabajo plantea una serie de posibilidades de reforma y mejora al régimen del Poder Público Municipal en Venezuela, partiendo de la base de que se pueden lograr más y mejores municipios en el país, y que esto se constituye como una necesidad para la buena gobernanza, por un lado, y para el fortalecimiento y profundización de la democracia y la participación ciudadana, por el otro. Conseguir un régimen local de calidad en Venezuela pasa por muchas cosas, entre ellas adecuar la regulación legal a los principios constitucionales, así como el desmantelamiento del Estado Comunal, que ha usurpado el espacio natural de los municipios.

I. CARACTERÍSTICAS DEL BUEN MUNICIPIO Y DEL BUEN GOBIERNO LOCAL EN LAS DEMOCRACIAS DESARROLLADAS

El gobierno local constituye el punto de partida de la democracia y la participación dentro de un sistema político, por ello, si la democracia no existe a nivel local, difícilmente existirá en los niveles superiores[4]. Asumiendo esta realidad, la tendencia global es el renacimiento y fortalecimiento de la democracia y el gobierno local, impulsada por las nuevas demandas de la sociedad[5]. En definitiva, el mundo de hoy reconoce la necesidad de impulsar al gobierno local como medio para el desarrollo y crecimiento de las comunidades.

En tal sentido, y partiendo de esta correlación, no es sorpresa que en países con democracias desarrolladas tales como Francia o Alemania el nivel local es un escenario importante para la participación ciudadana, siendo los gobiernos locales actores relevantes para el sistema político y la vida de las comunidades. Por el contrario, los países con democracias débiles o poco desarrolladas suelen tener gobiernos locales opacados por la sombra de un gran Estado centralizado, perdiendo su valor como escenario para la participación y como proveedor de soluciones para la ciudadanía.

Es por ello que preocupa sobremanera que Venezuela, en pleno siglo XXI, vaya contra esta tendencia global y que, por el contrario, viva un proceso de desmunicipalización del país y recentralización del poder. En este contexto cobra importancia la defensa y rescate del gobierno local, para lo que es menester conocer la naturaleza de éste, su importancia y, claro está, las características que permiten a esta institución constituirse como bastiones para la democracia y la buena gestión.

La naturaleza del municipio como institución del gobierno local.

La concepción que se tenga sobre la naturaleza del gobierno local influye sobremanera en las características que éste termina por adoptar dentro de un determinado sistema político y normativo. Así, el estudio de dicha naturaleza gira en torno a dos grandes debates: primero, entre el historicismo y el racionalismo como visiones contrarias sobre el

[4] Horst Risse et al. «Local Government in Federal Systems» (conferencia, Forum of Federations, 2008) 4
[5] Timothy D. Sisk et al., *Democracia al Nivel Local* (Estocolmo: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2001) 7

origen de las instituciones del gobierno local; y segundo, entre el territorio y la colectividad como sustrato de la personalidad jurídica de dichas instituciones.

Respecto del primer debate, la postura historicista plantea que la autonomía de las ciudades para dotarse de instituciones propias que regulen la vida local es una propiedad ontológica de estas, siendo la más notoria de estas instituciones el municipio, que llega a identificarse con la propia ciudad[6]. En tal sentido, el municipio es el producto del proceso histórico-social del asentamiento humano, constituyéndose como una entidad política de origen natural que tiene como misión el gobierno local[7].

En contraposición, la concepción racionalista es aquella que considera al municipio como una entidad de origen normativo, cuyo poder no es originario sino delegado. Es el ordenamiento positivo el que crea la institución, asignándole una serie de competencias fijadas discrecionalmente para la administración de los intereses de la población en un determinado territorio[8]. De tal manera, desde la perspectiva racionalista o normativista, los fenómenos históricos o sociales que han llevado al establecimiento de un asentamiento humano son irrelevantes a la hora de delimitar el municipio.

Estas posturas sobre el origen del municipio como institución encargada del gobierno local se relacionan profundamente con el sustrato que da el ordenamiento a la personalidad jurídica del mismo. Así, habría dos modelos de municipio: el municipio-colectividad y el municipio-territorial. El municipio territorial corresponde a la concepción racionalista, siendo una demarcación territorial artificial producto del diseño de un poder central o superior, mientras que el municipio colectividad, historicista en su naturaleza, es, en palabras de Urdaneta Troconis, "la expresión institucional del fenómeno real de la aglomeración urbana"[9].

[6] Roberto Dromi, *Ciudad y Municipio: Gerenciamiento y Gobernabilidad Local* (Buenos Aires: Ciudad Argentina e Hispania Libros,2007) 320
[7] *Ibidem,* 321
[8] *Ibidem,* 323
[9] Gustavo Urdaneta Troconis, *La idea de municipio en Venezuela. El arduo tránsito del municipio territorial al municipio colectividad* (Caracas: Centro para la Integración y el Derecho Público, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2022) 58

Así, ambos modelos de municipio encuentran el sustrato de su personalidad jurídica en elementos distintos. El municipio territorial, como demarcación creada por el ordenamiento, sustenta su personalidad jurídica en el territorio, mientras que la personalidad jurídica del municipio colectividad proviene de *"el grupo humano asentado de manera estable, unido por vínculos de vecindad"*[10]. Esta diferencia lleva a que, en un caso, el municipio es una entidad territorial, y en el otro será una entidad política o social, donde el factor determinante no es el territorio, sino las personas asentadas en él.

Ahora bien, en las democracias desarrolladas, particularmente las europeas, las municipalidades tienen un origen histórico, directamente relacionado con la colectividad del grupo humano asentado en un lugar determinado. Por otro lado, en América Latina y Venezuela, el municipio suele ser entendido como una creación normativa, una mera división del territorio dotada de personalidad jurídica. Este fenómeno es producto, en buena medida, del fenómeno impuesto desde la *metrópoli* en tiempos pasados, cuando se trató de implementar las instituciones existentes en Europa en América como medio de dominación, sin atender a las peculiaridades de los gobiernos locales ya existentes en el continente.

Importancia del municipio y el gobierno local en la mejora y profundización de la democracia.

Roberto Dromi plantea que el municipio es *"la escuela donde el pueblo aprende a realizar sus* intereses, conocer sus derechos y convivir bajo costumbres cívicas"11, siendo esta otra forma de plantear lo referido ut supra, es decir, que la democracia empieza a nivel local, y sin este nivel, difícilmente puede existir en el resto. Hoy en día el debate entre autoritarismo y democracia está más vigente que nunca, y la supervivencia de la democracia depende en que se entienda el carácter perfectible de esta. Dicha condición de perfectibilidad genera la necesidad de procesos de mejora y profundización que lleven a una mejor distribución del poder, espacio en el que el municipio y el gobierno local juegan un papel crucial.

[10] *Ibidem,* 59
[11] Roberto Dromi, *ob. cit.*, 320

El núcleo de la mayoría de estos procesos de mejora y profundización se encuentra en el diseño de sistemas más participativos y representativos, lo que requiere de un orden institucional que permita limitar y controlar el ejercicio del poder. Ese orden institucional se logra no solo a través de la división y separación horizontal del poder, sino a través de la distribución vertical del mismo, acercándolo al ciudadano. Es tan sencillo como entender que nunca ha habido democracias descentralizadas, y que una democracia no puede sobrevivir en el largo plazo si el poder está centralizado[12].

Una democracia es participativa cuando el sistema fomente la inclusión política, es decir, que "el ciudadano sea parte de su comunidad política y pueda contribuir en la toma de decisiones que le conciernen"13. Ello no se agota en la mera existencia de mecanismos de democracia directa como la iniciativa legislativa, los cabildos abiertos o la consulta popular, pues la participación no consiste en el ejercicio de un derecho, sea el sufragio o cualquier otro, sino que tiene que ver, irremediablemente, con un sentido de pertenencia a una comunidad determinada.

En tal sentido, es la noción de pertenencia a un determinado orden social y político lo que permite que los ciudadanos se sientan incluidos y motivados a tener sus manos puestas en la toma de decisiones, lo que lleva al florecimiento de una cotidianeidad democrática, que no es más que la verdadera participación política. Dicho fenómeno solo puede producirse a nivel local, en el municipio, pues solo ahí "se puede montar una organización participativa que permita la inclusión del ciudadano individual, o en grupos o en comunidades, en la vida pública"14.

Así, el municipio es el espacio natural e ideal para el desarrollo de la democracia participativa. Este logra dicho cometido en la medida que es más pequeño y cercano al individuo, puesto que el territorio más pequeño permite generar el sentido de pertenencia

[12] Allan R. Brewer-Carías, «El municipio, la descentralización política y la democracia» 4

[13] Allan R. Brewer-Carías «Sobre la globalización, la lugarización y el pequeño municipio» (Conferencia, X Jornadas de Federalismo, Descentralización y Municipio, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, diciembre de 2004) 3

[14] Allan R. Brewer-Carías, «Introducción General al Régimen del Poder Público Municipal» en *Ley Orgánica del Poder Público Municipal: Estudios*, ed. por Allan R. Brewer-Carías (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2007) 47

requerido por la cotidianeidad democrática, eliminando las mediatizaciones en la participación y poniendo al ciudadano en contacto personal, directo y cercano con el proceso político. Es por ello que un municipio territorial, de grandes dimensiones y demarcado artificialmente, siempre estará limitado a la hora de promover la participación ciudadana.

Ahora bien, la participación política que solo puede producirse en los municipios tiene una importancia vital para la gestión de los intereses y necesidades colectivas. En primer lugar, porque la participación, en sí misma, es una necesidad de la ciudadanía que "interviene directamente y transversalmente optimizando el acceso a la satisfacción de las demás necesidades"[15]. En segundo lugar, y como consecuencia natural de la satisfacción de la necesidad de participación, la gestión pública termina por ser de mayor calidad, pues la inclusión de la ciudadanía en el proceso decisorio permite identificar correctamente las necesidades de la población e idear políticas adecuadas para atenderlas.

De esta manera, el municipio es el espacio adecuado para generar condiciones positivas de gobernabilidad, entendida esta como la alineación de los intereses de quienes dirigen una determinada organización política con lo intereses de quienes son propietarios de la misma, es decir, los ciudadanos. Así, se produce un escenario adecuado para la acción de gobierno, es decir, la gobernanza, por lo que la tendencia global es al fortalecimiento de las capacidades del municipio para atender las necesidades más inmediatas de la ciudadanía. En tal sentido, las instituciones locales son vistas hoy en día no solo como motores para el crecimiento, sino para el desarrollo[16].

En resumidas cuentas, el municipio y el gobierno local desarrollan un papel importante en la mejora y profundización de la democracia a través de sistemas más participativos, pues solo en el espacio de la municipalidad puede verdaderamente generarse el sentido de pertenencia necesario para la cotidianeidad democrática. Esto tiene un impacto crucial, además, en la gestión de los intereses a nivel local y la adecuada gobernanza, puesto

[15] Julio Alguacil Gómez «Los desafíos del nuevo poder local: la participación como estrategia relacional en el gobierno local» *Polis* N°12 (2005) 4

[16] Nico Steytler, «Introduction» en *The place and role of local governments in federal systems,* ed. Por Nico Steytler (Johannesburg: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005) 2

que el municipio, como entidad más cercana al ciudadano, está llamado a atender sus necesidades más inmediatas, pudiendo este tener voz en las decisiones adoptadas para tal fin.

Las características de los municipios y gobiernos locales fuertes.

Ahora bien, para que el municipio logre adquirir la importancia democrática y gerencial que le corresponde requiere de una serie de elementos que permiten dotar a la institución de fortaleza. En tal sentido, son muchas las características del municipio (o cualquier otro nombre que reciba la entidad encargada del gobierno local) en las democracias desarrolladas, sin embargo, aquí se pretende hacer referencia a dos que, particularmente en el contexto venezolano, deben ser estudiadas: la cercanía al ciudadano y la diversidad organizativa.

Cercanía al ciudadano: el municipio colectividad o la adecuada distribución territorial del Poder Público.

El dilema de la adecuada distribución territorial del Poder Público se relaciona con el debate entre municipio colectividad y municipio territorial, siendo el primer modelo el más adecuado para producir la cercanía al ciudadano. Al respecto, Brewer-Carías plantea que se trata de una elección entre dos opciones: "el municipio desparramado por todos los rincones de un Estado, (…) situado bien cerca del ciudadano; o el gran municipio urbano o rural (…) situado bien lejos del ciudadano" [17].

En lo esencial, Urdaneta Troconis plantea una serie de rasgos que permiten diferenciar al municipio territorial del municipio colectividad: extensión territorial, alcance de la cobertura espacial, sustrato de su personalidad jurídica, cantidad, sede, nombre y coexistencia con otras instancias[18]. Puesto que el municipio colectividad encuentra el sustrato de su personalidad jurídica en el fenómeno de la aglomeración urbana su extensión territorial suele ser pequeña, limitándose a las zonas pobladas. Asimismo, como tiene un origen histórico-social y no se trata de una mera creación normativa o división administrativa, este no cubre exhaustivamente el territorio de la entidad político-territorial dentro de la cual

[17] Allan R. Brewer-Carías «Sobre la globalización, la lugarización y el pequeño municipio» 7
[18] Gustavo Urdaneta Troconis, *ob. cit*, 58-62

se ubica, por ejemplo, el Estado. En otras palabras: "no tiene por qué copar exhaustivamente todo ese espacio, ellos van a existir solo donde haya aglomeraciones estables efectivamente radicadas"[19], por lo que el territorio sin población no constituye Municipio alguno.

En consecuencia, que los municipios sean pequeños da como resultado que estos sean mucho más numerosos en el país, y por corresponderse con centros poblados reales no requieren de nombres artificiales como "Libertador" o "Independencia", ni tampoco precisan de una capital, pues no abarcan más de un centro poblado, cosa que sí ocurre en el municipio colectividad. Así, el municipio colectividad no tiene uso alguno para figuras cuasi-municipales o divisiones administrativas sin personalidad jurídica como la parroquia, que existen solamente en el municipio territorial para administrar una vasta extensión de terreno.

En este sentido, una buena forma de ejemplificar lo anteriormente expuesto es atendiendo a las cifras. Mientras Venezuela tiene 335 municipios, en Alemania hay 12.013 y el Francia el número asciende a las 35.498. Sin embargo, no se debe atender exclusivamente al número de municipalidades, sino a la relación poblacional, es decir, en Venezuela hay unos 84.179 habitantes por municipio en promedio, mientras que Francia, un país con el doble de población, tiene alrededor de 1.908 habitantes por municipio en promedio.

El hecho de que el municipio esté desparramado por todos los rincones del Estado, tal y como planteaba Brewer-Carías, no es más que un signo de una adecuada distribución territorial del Poder Público. Es decir, el poder está verdaderamente cerca del ciudadano en la medida que el municipio se corresponde más y más con los asentamientos poblacionales, lo que, como ya fue explicado, permite el surgimiento de un sentido de pertenencia que propicia el florecimiento de la cotidianeidad democrática y de una buena gestión de los intereses colectivos y de las necesidades más inmediatas de la ciudadanía. Así, las democracias desarrolladas requieren de municipios colectividad, numerosos y desparramados a lo largo y ancho del Estado.

Diversidad organizativa según la realidad propia de cada localidad.

[19] *Ibídem,* 59

Para que el municipio colectividad tenga sentido y fuerza las formas de organización del poder local han de ser diversas, atendiendo a las realidades concretas de cada lugar. Si se pretende que exista un municipio por cada aglomeración urbana se debe entender, necesariamente, que la realidad de una gran ciudad es muy distinta a la de un pueblo rural o un pequeño caserío. En palabras de Urdaneta Troconis: *"las realidades locales son muy diversas y esa diversidad aconseja que cada región adopte la forma para su organización que mejor se adapte a las características propias de su zona"*[20].

La diversidad organizativa está presente en distintos países y responde a criterios variados. Por ejemplo, en el caso español existe la figura del Concejo Abierto, que cuenta con un alcalde y una Asamblea Vecinal, una forma de gobierno que se reconoce a ciertos municipios o bien por su condición geográfica o bien por mera tradición y voluntad de organizarse así21. También existe diversidad en el municipio español ordinario en la medida que ciertos órganos como la Junta de Gobierno Local o los órganos de estudio, informe o consulta solo existen en municipios con más de cinco mil habitantes22.

En el caso de federaciones, como Argentina, la organización de los municipios corresponde en las provincias y sus constituciones, siendo escasas las que "conciben una única identidad municipal y aún menos prescriben una única forma de gobierno local"23, incluso algunas provincias, cuando los municipios cumplen requisitos mínimos de población, los habilitan para dictarse su propia carta orgánica y darse su propia forma de gobierno local. Y es que, aunque la diversidad organizativa no está solo presente en los regímenes locales de las federaciones, si guarda estrecha relación esta forma de Estado, en particular en relación a la potestad de los estados o provincias de organizar sus municipios a lo interno.

Así, hemos tratado de circunscribir las buenas prácticas del gobierno local en torno a dos principios fundamentales: el municipio colectividad y la diversidad organizativa. De

[20] Gustavo Urdaneta Troconis, *ob. cit*, 92
[21] Cortes Generales de España. Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE núm. 80, de 3 de abril de 1985) art. 29
[22] *Ibidem*, art. 20
[23] Mónica Silvana Iturburu, *Municipios Argentinos, Potestades y Restricciones Constitucionales para un Nuevo Modelo de Gestión Local* (Buenos Aires: Instituto Nacional de la Administración Pública, 2000) 63

tal manera, se puede decir que allá donde exista un asentamiento de población debe existir un municipio, entendido este como un producto de los procesos histórico-sociales, cuya organización y forma de gobierno debe, necesariamente, atender a las circunstancias particulares del lugar, de forma tal que pueda producirse un gobierno efectivo y participativo.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PODER PÚBLICO MUNICIPAL EN LA VENEZUELA ACTUAL: CONTRADICCIONES Y DESMUNICIPALIZACIÓN

Si bien es cierto que con la Constitución de la República de Venezuela del año 1961 se intentó cambiar el enfoque del régimen local venezolano esto no produjo de manera efectiva la municipalización del país, a pesar del desarrollo legislativo que hubo para la época. Por otro parte, el constituyente de 1999 se abocó en consagrar muchos de los avances producidos en las cuatro décadas anteriores, así como los cambios producidos con el proceso de descentralización política en Venezuela entre la década de los 80 y 90. Sin embargo, a día de hoy, más de dos décadas después, el Municipio y la descentralización en el país se encuentran en franco retroceso, acorralados por el desarrollo legislativo y por las políticas emprendidas desde el Poder Central para restar importancia al régimen regional y local.

Teniendo en cuenta la base construida en el capítulo anterior, se puede afirmar que el buen Municipio, que requiere de una serie de elementos y características esenciales, está ligado innegablemente a la existencia de una buena democracia. En Venezuela, mientras tanto y al igual que en muchos otros países de América Latina, el Municipio "ha adquirido un ámbito territorial tan alto y extraño al ciudadano, que hace que no sirva ni para gerenciar adecuadamente los intereses locales ni para configurarse en instancia de participación política de la ciudadanía"[24], a esta distancia con el ciudadano se suman los intentos recientes por debilitar al Municipio en cuanto a lo orgánico, reemplazándolo por otros instancias al servicio de un Poder Central.

En tal sentido, merece la pena realizar un análisis de la situación actual del régimen municipal en el ordenamiento jurídico venezolano. Para ello se analizará el municipio desde

[24] Allan R. Brewer-Carías «Sobre la globalización, la lugarización y el pequeño municipio» 13

lo dogmático y lo orgánico, primero en la Constitución de la República Bolivariana de 1999 como punto de partida de las contradicciones existentes en el ordenamiento, y luego en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, que termina por tergiversar todos los principios constitucionales en la materia. En último lugar, se analizará el proceso de desmunicipalización que se ha venido gestando en Venezuela en las últimas dos décadas, contrario a la tendencia global.

El municipio en la Constitución como punto de partida de las contradicciones.

A la hora de analizar el trato que da el ordenamiento jurídico venezolano al municipio es importante partir, necesariamente, de los principios establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, puesto que se trata de la norma suprema que sienta las bases para todo desarrollo legislativo posterior. Por medio de dicho ejercicio de análisis se puede tener una aproximación más real a cómo el constituyente quiso que se tratara al municipio en el ordenamiento jurídico, entendiendo los principios rectores del régimen local y las garantías al mismo.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el Poder Público Municipal se encuentra regulado, de manera general, en el Capítulo IV del Título IV, abarcando un total de dieciséis artículos. En dicho articulado, y a pesar del empeño del constituyente por refundar la República, son pocos los cambios que se produjeron respecto del texto constitucional de 1961, pues en palabras de Urdaneta Troconis "se reproduce casi exactamente ese régimen, en sus aspectos más fundamentales y característicos"[25]. Cierto es que se constitucionalizaron algunos de los logros alcanzados con el proceso de descentralización política de los 80 y 90, tal como la figura del alcalde, pero más allá de eso la regulación en cuanto a principios mantiene la misma esencia.

Vale la pena hacer mención de algunas disposiciones constitucionales fuera del referido capítulo, pero que aun así pueden ser consideradas influyentes a la hora de analizar el trato que hace el ordenamiento jurídico del municipio. Primeramente, puede ser destacado el carácter constitucional de la descentralización que, según el art. 158, "como política

[25] Gustavo Urdaneta Troconis, *ob. cit* 131

nacional, debe profundizar la democracia y acercar el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales"[26]. En dicha disposición se aprecia claramente la doble importancia que tiene el municipio como ente descentralizado más cercano a la población, con un fin democratizador y de gobernanza eficiente.

Por otro lado, para poder hacer efectiva dicha descentralización, se permite a la Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes atribuir a los Estados o Municipios ciertas materias de competencia nacional[27]. El texto constitucional establece, además, que la descentralización y la autonomía municipal deberán de estar garantizadas en la ley que regule la división político territorial[28], por lo que de ahí se extrae una primera garantía del carácter autónomo del Municipio.

Ahora bien, el Capítulo IV del Título IV denominado "Del Poder Público Municipal" comienza replicando, de manera casi idéntica, la definición de municipio encontrada en el texto constitucional de 1961. El art. 168, en su primer párrafo, dice que los municipios son "la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de esta Constitución y las leyes"[29]. Según Urdaneta Troconis, esta disposición tiene, al igual que lo tuvo en 1961, la intención de consagrar al Municipio colectividad, por cuanto este "no debe ser entendido como un territorio, sino como una agrupación humana: la agrupación humana básica"[30]. En tal sentido, el constituyente dota al municipio de personalidad jurídica no por ser una división administrativa territorial, sino por ser una realidad social con intereses propios y que, por tanto, requiere de un cierto nivel de autonomía. Dicha autonomía es descrita por el artículo en tres numerales, que se traducen en autonomía política (elección de sus autoridades), la gestión de las materias que le competen y la creación, recaudación e inversión de sus ingresos.

[26] Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 158
[27] *Ibídem,* art. 157
[28] *Ibídem,* art. 16
[29] *bídem,* art. 168
[30] Gustavo Urdaneta Troconis, *ob. cit* 132

Además de esta definición, el artículo 168 agrega algo nuevo sobre los preceptos de la Constitución de 1961, pues su segundo párrafo añade la necesidad de incorporar la participación ciudadana a todas las actuaciones del municipio, en particular al diseño de la gestión pública y la evaluación de sus resultados. Esto afianza aún más la importancia del municipio, en particular del municipio colectividad, pues reconoce el potencial que tiene este, al ser la instancia de poder más cercana al individuo, para promover la participación ciudadana y generar una verdadera cotidianeidad democrática.

Por otro lado, la Constitución de 1999 consagra otros dos principios esenciales para el ámbito municipal: la pluralidad de entidades locales y la diversidad organizativa. El primero de estos principios deriva de la escogencia de palabras que hace la Constitución, al referirse al "Municipio y demás entidades locales"[31], dejando gran parte de la regulación de este aspecto al desarrollo legislativo posterior. El propio texto constitucional menciona tres de estas entidades: mancomunidades, distritos y parroquias.

Las mancomunidades derivan de la asociación intergubernamental de dos o más municipios entre sí o con otros entes público territoriales "para fines de interés público de su competencia"[32]. Por otro lado, el distrito metropolitano hace referencia a la unión de dos o más municipios de una misma "entidad federal que tengan relaciones económicas, sociales y físicas que den al conjunto las características de un área metropolitana"[33], dicha creación debe de darse por ley orgánica. Por último, se tiene que las parroquias son una nueva incorporación al rango constitucional, no se trata de una entidad con personalidad propia, sino de una mera creación "con el objeto de proveer la desconcentración de la administración del Municipio"[34]. En tal sentido las parroquias son cuasi municipios, una forma de perpetuar el municipio territorial, en palabras de Urdaneta Troconis: "un sucedáneo imperfecto del municipio que deberíamos tener los vecinos de toda aglomeración"[35], ya que, si se tuviese

[31] Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 169
[32] *Ibídem,* art. 170
[33] *Ibídem,* art. 171
[34] *Ibídem,* art. 173
[35] Gustavo Urdaneta Troconis, *ob. cit* 138

un verdadero municipio colectividad, cercano al ciudadano, no haría faltar establecer divisiones territoriales para la administración.

El principio de diversidad organizativa deriva también del artículo 169, que en su segundo párrafo plantea que la ley "establecerá distintos regímenes para su organización, gobierno y administración (la de los Municipios)"[36]. En tal sentido, el principal cambio que rescata Urdaneta Troconis respecto de la regulación constitucional anterior es que ya no se trata ahora de una recomendación al legislador, sino de una disposición imperativa[37], la cual tiene como finalidad acabar con el modelo único de organización del Municipio, permitiendo que existan distintas formas organizativas según la realidad local, y extendiéndose este mandato incluso hasta la determinación de competencias y recursos.

Es imperativo mencionar que la Constitución se contradice inmediatamente en cuanto a este principio, desvirtuándolo por completo al establecer, con rango constitucional, una única forma de organización: el modelo Alcalde, Concejo Municipal, Contraloría Municipal[38], dificultando y dejando sin sentido la imposición al legislador de establecer distintos regímenes de organización, gobierno y administración. En este sentido la Constitución cae un vicio de reglamentarismo, pues regula materias que debieran regularse por leyes estadales u ordenanzas municipales. Esto es un claro error, y González Cruz plantea que un Estado federal, como pretende denominarse Venezuela, "no debiera tener un régimen municipal nacional regulado con tanto detalle, sino que, por el contrario, el régimen municipal nacional debiera ser esquemático, fijando unos principios fundamentales y permitiendo su desarrollo mediante la legislación territorial"[39].

Al respecto, estudios de derecho comparado han como el realizado por Rabell García han determinado que, contrario a lo que intuitivamente pudiera pensarse, son los países cuyas constituciones tienen una menor codificación del gobierno local los que

[36] *Ibídem*, art. 169 pár. 2

[37] Gustavo Urdaneta Troconis, *ob. cit* 135

[38] Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 174-176

[39] Fortunato González Cruz, «Sobre el régimen municipal uniforme en la Constitución Bolivariana de Venezuela y en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal», *Revista de Derecho Público* n°100 edición especial (1980-2005): 355-373. 364

"presentan mayor diversidad y, además, respeto por las prácticas políticas y administrativas del mismo"[40]. Así, es evidente que el exceso de regulación constitucional ya constituye, de por sí, una mala práctica a la hora de hacer operante el principio de diversidad organizativa que pretende consagrar.

Siendo pues, que la Constitución establece de por sí el modelo organizativo, vale la pena ahondar brevemente en las atribuciones que da a cada figura. En líneas generales, al Alcalde o Alcaldesa corresponde la función de gobierno y administración del Municipio; al Concejo Municipal corresponde la función legislativa y a la Contraloría Municipal el "control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes municipales"[41]. De tal manera, y al igual que ocurre en el caso de los Estados, los únicos poderes verdaderamente descentralizados vienen a ser el Ejecutivo y el Legislativo, siendo la Contraloría apenas uno de los órganos del Poder Ciudadano, por lo que no sería del todo correcto afirmar que esté se encuentra igualmente descentralizado.

Por otro lado, la Constitución recoge las competencias del Poder Público Municipal en el artículo 178, estableciendo una serie de áreas que van desde la ordenación territorial y el patrimonio histórico, pasando por la vialidad urbana y atención primaria en salud, hasta llegar a la prestación de servicios básicos, la justicia de paz y la policía municipal[42]. Ahora bien, lo que se debe resaltar es que, respecto de dichas áreas, el Municipio gobierna, administra y gestiona "en cuanto concierne a la vida local"[43]. Dicha expresión, la de asuntos propios de la vida local, constituye un concepto jurídico indeterminado, haciendo un llamado a la legislación a que ahonde en la conceptualización del mismo, aunque bien es cierto que el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional ha establecido varios criterios al respecto, diciendo que las materias que conciernen a la vida local son aquellas que "no tienen trascendencia nacional"[44].

[40] Enrique Rabell García, «El camino a la diversidad municipal», *Cuestiones Constitucionales* n°24 (2011): 247-270. 256

[41] Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 176

[42] *Ibídem,* art. 178

[43] *Ibídem*

[44] Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, Sentencia N°2641, de fecha 1 de octubre de 2003

Teniendo en cuenta que, de acuerdo con la Constitución es el legislador el que está llamado a desarrollar una multitud de principios de los que depende la existencia de un Municipio fuerte, autónomo y funcional, es imperativo revisar qué trato ha dado la legislación vigente a dichos principios constitucionales. En tal sentido, merece la pena abordar dicha cuestión, manteniendo la óptica en aquellos aspectos que son de mayor importancia.

La tergiversadora Ley Orgánica del Poder Público Municipal vigente.

Como se expuso en el apartado anterior de este capítulo, la Constitución hace un llamado claro a que sea el legislador quien desarrolle muchos de los principios y conceptos concernientes al régimen municipal en Venezuela. Con tal propósito existe la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (LOPPM), cuya versión vigente es del año 2010, que recoge como su objeto *"desarrollar los principios constitucionales, relativos al Poder Público Municipal, su autonomía, organización y funcionamiento, gobierno, administración y control"*[45]. Por tanto, se espera del texto legal que profundice en los principios consagrados por el constituyente de los cuales emana, por lo menos, la intensión de un cambio del modelo de municipio en Venezuela.

Sin embargo, así como la Constitución se contradice así misma en algunos aspectos como lo es el principio de la diversidad organizativa, la LOPPM, en especial la vigente, incurre en la disposición de varias normas que tergiversan los principios constitucionales, pudiéndose afirmar que produce un debilitamiento del municipio, más que fortalecerlo y blindarlo. En tal sentido, se puede hacer un análisis de lo antes afirmado al concentrarse en los dos aspectos a los que, en el capítulo anterior, se dio particular importancia: el municipio colectividad como forma adecuada de distribución territorial del Poder Público y el principio de diversidad organizativa.

Imposibilidad de cercanía a la comunidad: perpetuación del municipio-territorial a través de las restrictivas disposiciones de la LOPPM.

[45] Asamblea Nacional de Venezuela, Ley Orgánica del Poder Público Municipal (reformada), del 28 de diciembre de 2010 (Gaceta Oficial N°6.015, extraordinario) art. 1

La LOPPM replica la disposición constitucional relativa a la definición del municipio en su artículo 2, aquella que dice que se trata de "la unidad política primaria de la organización nacional"[46], misma disposición que, como ya fue explicado, tiene como finalidad consagrar la noción de municipio colectividad, es decir, que exista una municipalidad por cada aglomeración poblacional, dividiendo territorialmente el Poder Público y acercándolo verdaderamente al ciudadano. Esta disposición ya existía en la Constitución de 1961, y no pudo aplicarse efectivamente debido al desarrollo legislativo, y lo mismo ocurre en el caso de la Constitución de 1999 y la LOPPM vigente.

Si en Venezuela se hubiese verdaderamente implementado el modelo de Municipio colectividad el territorio debiera de estar lleno de municipalidades, "en cada villa, pueblo y caserío, situado bien cerca *del ciudadano"*[47], como diría Brewer-Carías. Sin embargo, la realidad es que en Venezuela a día de hoy existen tan solo 335 municipalidades, muy por debajo de las 35.498 que hay en Francia, los 8.131 que hay en España o, siquiera, los 1.828 que hay en el Perú. Y más allá de eso, en Venezuela se tiene, en promedio, 84.179 habitantes por municipio. Vale la pena preguntarse entonces ¿Qué fue lo que pasó? Y la respuesta comienza por las limitativas disposiciones que impone la LOPPM a la creación de municipios.

La LOPPM, en su artículo 10, establece tres condiciones para que un Consejo Legislativo pueda crear un municipio. La primera es que exista una población asentada en un determinado territorio con carácter estable y vínculos de vecindad; dicha condición a la luz de la teoría sobre el municipio colectividad es la única necesaria para que pueda formarse una Municipalidad. Sin embargo, luego agrega que se requiere una población no menor a la media poblacional del resto de Municipios del Estado, excluyendo los dos de mayor población y que, en caso de que dicha comparación no pueda hacerse, la municipalidad no podrá tener menos de diez mil habitantes[48].

[46] *Ibídem,* art. 2
[47] Allan R. Brewer-Carías «Sobre la globalización, la lugarización y el pequeño municipio» 7
[48] Asamblea Nacional de Venezuela, Ley Orgánica del Poder Público Municipal, art. 10

Al respecto, Urdaneta Troconis destaca que estas exigencias mínimas poblacionales hacen referencia no a toda la municipalidad, sino a esa población asentada en determinado territorio, mismo que fungiría de capital del municipio[49], lo que dificulta aún más las cosas, puesto que a efectos prácticos toda municipalidad terminaría teniendo, así sea por poco, un número mayor a la media poblacional del resto de municipios del Estado o a los diez mil habitantes.

Estas disposiciones imposibilitan la consolidación de la municipalidad pequeña, natural y cercana al ciudadano que caracteriza al municipio territorial. Por ejemplificar, si se quisiera crear hoy en día un nuevo municipio en el Estado Miranda, al aplicar exactamente las reglas de los dos primeros numerales del art. 10 de LOPPM se tendría como resultado que no podría crearse un Municipio con una población menor a los 134.639 habitantes aproximadamente, lo que constituye una cifra gigantesca e inaplicable a núcleos de población que, por todo derecho, debieran de ser Municipios. Por poner otro ejemplo, en Lara no podría crearse un municipio con una población menor a los 39.927 habitantes. De esta manera se evidencia la traba que representa la LOPPM para alcanzar el municipio definido en la misma y en la Constitución.

El tercer requisito establecido en el artículo 10 de la LOPPM ya no tiene que ver con la población, sino con la autosuficiencia de ingresos, diciendo que para crearse un nuevo municipio este deberá de tener "capacidad para generar recursos propios suficientes para atender los gastos de gobierno y administración general, y proveer la prestación de los servicios mínimos obligatorios"[50], dicha capacidad debe ser determinada en opinión favorable por el órgano rector nacional en materia de presupuesto público. Fortunato González Cruz, en el año 2007, estimaba que de los 335 municipios del país no más de 60 estaban en capacidad de generar recursos suficientes, esto por diversos motivos como la pobreza, que genera que no haya base tributaria suficiente o por los costos mismos del

[49] Gustavo Urdaneta Troconis, *ob. cit* 144

[50] Asamblea Nacional de Venezuela, Ley Orgánica del Poder Público Municipal, art. 10.3

gobierno municipal en venezolano[51], por lo que parece absurdo la imposición de este criterio con uniformidad a cualquier municipio que pretenda crearse.

Un aspecto que destacan varios autores, entre ellos Urdaneta Troconis, es la injerencia del Poder Público Nacional en la verificación de los requisitos establecidos por el artículo 10 de la LOPPM. En el caso del requisito poblacional debe ser el Servicio Nacional de Estadística quien lo verifique, y en el caso del tercer requisito su certificación se deja al órgano rector nacional en materia de presupuesto público. Esto es una intromisión en las competencias estadales[52], pues son los Estados quienes crean sus Municipios y, por tanto, quienes deberían de verificar cualquier criterio que pudiese existir.

Puede afirmarse, en general, que los requisitos previstos en la LOPPM hacen imposible la consolidación del municipio colectividad en Venezuela. En definitiva, van en contra al derecho al municipio, consagrado constitucionalmente, que como bien lo define González Cruz es el derecho colectivo que "un centro poblado asentado de manera permanente y que haya generado relaciones de vecindad tiene (…) al autogobierno"[53]. Si todos los centros poblados tienen este derecho, por ser esa unidad política primaria, es impensable entonces que se establezcan requisitos tales que impidan que el mismo sea ejercido.

La falsa diversidad organizativa.

Se puede decir que una de los indicios de que en el ordenamiento jurídico venezolano no se está en presencia verdaderamente de un modelo de municipio cercano al pueblo es con la existencia de las parroquias y otras entidades locales de nivel inframunicipal. Es tan sencillo como comprender que, si se requiere que el Municipio sea dividido en niveles aún menores, no se está pensando en este como la unidad política primaria de organización social[54]. Por el contrario, la LOPPM establece, por medio de estas figuras, una falsa

[51] Fortunato González Cruz «Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal» en *Ley Orgánica del Poder Público Municipal: Estudios,* 256
[52] Gustavo Urdaneta Troconis, *ob. cit* 145
[53] Fortunato González Cruz «Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal» en *Ley Orgánica del Poder Público Municipal: Estudios,* 253
[54] Gustavo Urdaneta Troconis, *ob. cit* 145

pluralidad de entidades locales, puesto que no están verdaderamente a nivel local, ni tienen personalidad propia, son sencillamente una cuasi municipalidad, una división administrativa necesaria para la gestión de municipios de territorio tan extenso.

Las parroquias se definen en el artículo 30 de la LOPPM como "demarcaciones creadas con el objeto de desconcentrar la gestión municipal"[55], es decir, no tienen una verdadera autonomía, sino funciones delegadas por el municipio para tratar de mejorar la eficiencia de la gestión. El mismo carácter de sencillas demarcaciones tienen la urbanización, el barrio, la aldea y el caserío previstos en el artículo 19[56], dejando el desarrollo de estas a las leyes estadales. Las otras entidades locales reconocidas son las figuras asociativas de mancomunidad y Distrito Metropolitano, sin mucho éxito en la historia venezolana, y la comuna, una figura introducida en la reforma del 2010 con finalidad de instaurar el Estado Comunal para reemplazar al municipio.

Respecto de la diversidad organizativa, la LOPPM establece prácticamente la misma contradicción que la Constitución de 1999, solo que respecto de las parroquias. La idea es que sea el Concejo Municipal quien organice cada parroquia según sean creadas por ordenanza[57], pero posteriormente, en el párrafo segundo del artículo 35 dispone que esta ha de ser gestionada por una junta parroquial integrada por cinco miembros[58], contradiciendo el principio de diversidad organizativa respecto de las mismas.

Ahora bien, en cuanto al Municipio y más allá de las figuras asociativas, no se establece una verdadera diversidad organizativa como lo exige el imperativo del artículo 169 constitucional, sino que LOPPM se limita a repetir los principios del texto constitucional sin establecer distintas formas para la organización del nivel local. Va incluso más allá, delegando la función que originalmente la Constitución le impone al legislador nacional al legislador estadal[59], evadiendo por completo la tarea. Por el contrario, la ley afianza más la división rígida Alcalde, Concejo Municipal y Contraloría Municipal, y pone aún más

[55] Asamblea Nacional de Venezuela, Ley Orgánica del Poder Público Municipal, art. 30
[56] *Ibídem,* art. 19
[57] *Ibídem,* art. 31
[58] *Ibídem,* art. 35
[59] *Ibídem,* art. 47

requisitos de uniformismo, al decir que en todo Municipio habrá un Secretario, y un Síndico. La imposición de esta uniformidad organizativa hace que los pequeños Municipios que pudieran llegar a existir tengan que acatarla, lo que la mayoría de las veces no tiene justificación convirtiéndose en una nueva traba para el funcionamiento del Municipio cercano al ciudadano.

El Estado Comunal como mecanismo para la desmunicipalización del país.

Según Brewer-Carías, el régimen que lleva las últimas dos décadas en el poder impidió la municipalización por medio de la LOPPM y con otra ley, la de los Consejos Comunales, pretendió arrebatarle al municipio el carácter de unidad política primaria para dárselo a una instancia dependiente del Ejecutivo Nacional, iniciándose una inconstitucional desmunicipalización del país[60]. Dicho proceso de desmunicipalización se relaciona directamente con los intentos del régimen en construir el llamado Estado Comunal y el Poder Popular, instancias paralelas a las autonomías establecidas en la Constitución que tienen como finalidad usurpar los espacios naturales que ocupa el gobierno local en el país.

La construcción del Estado Comunal parte del fallido intento de reforma constitucional en el 2007, tras el cual se fueron implementando muchas de las disposiciones rechazadas por medio de leyes orgánicas, todas con un carácter completamente contrario a la descentralización y a la autonomía de las regiones y municipal. De tal manera que, si a la luz de la Constitución el municipio era, al menos conceptualmente, la unidad política primaria, el Estado Comunal encontró otra definición más satisfactoria para el modelo que se pretendía adoptar: *"la célula fundamental de conformación del estado comunal es la comuna"*[61].

Al respecto, Urdaneta Troconis destaca que, curiosamente, las comunas de las denominadas leyes del poder popular se parecen más al municipio colectividad que el propio municipio de la LOPPM, al ser entidades locales con una memoria histórica compartida

[60] Allan R. Brewer-Carías, «Reto actual para la descentralización en Venezuela», en *Descentralización versus Neocaudillismo,* coord. por Carlos Tablante y Mariela Morales (Caracas: Observatorio Internacional para la Democracia y la Descentralización, 2009) 21

[61] Asamblea Nacional de Venezuela, Ley Orgánica de Comunas, del 21 de diciembre de 2010 (Gaceta Oficial N°6.011, extraordinario) art. 4.10

asentadas en un territorio[62], aunque impregnadas de un matiz ideológico y que, claro está, buscan un fin más siniestro.

Por el contrario, la idea de la comuna, en vez de reforzar al municipio o tratar de constituirse como otra forma organizativa del nivel local se transforma en un instrumento del Estado Comunal para eliminar el aparato estatal establecido[63], incluido el régimen municipal. La idea del Estado Comunal inicia formalmente en el 2006 con la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, que creó un "esquema organizacional completamente paralelo y desvinculado con la descentralización política o la distribución vertical del poder"[64], compuesto por unos consejos locales pero dependientes del Ejecutivo Nacional. Dicho carácter centralizado deriva de que el registro y validación de los Consejos Comunales es dependiente de un Ministerio, están sujetos a este por dependencia económica y el mismo ejerce rectoría sobre sus actividades[65].

Debe destacarse que, en definitiva, todo el entramado de leyes del poder popular y la implementación del Estado comunal es bastante complejo, y se trata de un tema lo suficientemente amplio como para que sean realizados estudios enteros al respecto. Sin embargo, algo se puede afirmar con certeza, y es que el modelo de Estado comunal es incompatible con el régimen de gobierno local, por cuanto busca reemplazar a los municipios como instancias naturales de la participación ciudadana por entidades centralizadas que no sirven a la participación, sino a la movilización política de un determinado sector.

Tristemente, otro de los defectos que tiene la LOPPM vigente es la injerencia que ha tenido el poder popular en esta. Partiendo de que, por ejemplo, para ser miembro de la junta parroquial se debe estar avalado por la Asamblea de Ciudadanos del Consejo Comunal[66], o que algunas de las funciones de dichas juntas parroquiales sean las de coordinar y consultar a los órganos del Poder Popular, es decir, al Ejecutivo Nacional, sobre

[62] Gustavo Urdaneta Troconis, *ob. cit* 159
[63] *Ibídem*, 160
[64] Allan R. Brewer-Carías, «Introducción General al Régimen del Poder Público Municipal» en *Ley Orgánica del Poder Público Municipal: Estudios*, 75
[65] Gustavo Urdaneta Troconis, *ob. cit* 162
[66] Asamblea Nacional de Venezuela, Ley Orgánica del Poder Público Municipal, art. 36

los planes a desarrollarse en el nivel municipal[67]. De esta manera, el Estado Comunal y por ende el Ejecutivo Nacional cada vez va ganando terreno sobre asuntos que son de interés local, y que por tanto debieran de estar atendiéndose en el Municipio como instancia natural de poder más cercana al ciudadano.

Una vez más, respecto de este asunto, se puede decir que no solo es un debate por mantener la autonomía del Municipio, sino que "la descentralización política siempre ha sido y es un asunto que solo concierne a la democracia"[68], por lo que preservar al Municipio y su autonomía es un imperativo democrático frente al avance de un autoritarismo con una centralización avasallante.

III. POSIBILIDADES DE MEJORA Y REFORMA AL PODER PÚBLICO MUNICIPAL EN VENEZUELA: EL CAMINO DE LA MUNICIPALIZACIÓN

Los municipios son las entidades más cercanas al ciudadano, por ende, son las que tienen un contacto más cercano con las necesidades inmediatas de la población. Además de ello, se configuran como el espacio idóneo para el desarrollo de la cotidianeidad democrática por medio de la participación ciudadana constante y de calidad. Sin embargo, y como se ha pretendido demostrar a lo largo de este trabajo, no todo municipio puede producir con certeza ese efecto democratizador y de gestión eficiente de los asuntos públicos, por lo que es una necesidad que, de cara al futuro, en Venezuela se plantee seriamente una revisión al modelo de Municipio que se ha tenido a lo largo de toda la historia del país.

Si bien es cierto que el municipio territorial no es anti democrático, la concepción del municipio colectividad tiene una mayor compatibilidad con un sistema político democrático[69], permitiendo cumplir así con el mandato constitucional según el cual la descentralización ha de ser una política nacional que profundice la democracia y acerque el

[67] *Ibídem,* art. 37.1 y 37.2
[68] Allan R. Brewer-Carías, «Reto actual para la descentralización en Venezuela», en *Descentralización versus Neocaudillismo,* 1
[69] Gustavo Urdaneta Troconis, *ob. cit* 168

poder al ciudadano[70], y es que no hay forma más efectiva de acercar el poder a la población que por medio de un gobierno local fuerte y de calidad.

Más allá de este aspecto de la descentralización, los mandatos constitucionales ciertamente permiten que en Venezuela se produzca un cambio radical en cuanto a la concepción que se tiene del municipio, el problema reside en que nuevamente el desarrollo legislativo ha impuesto trabas y regulaciones demasiados estrictas al régimen municipal, a lo cual se ha sumado la amenaza del llamado Estado Comunal, que busca reemplazar al Municipio como célula primaria de la organización política de la República.

Hoy en día, a la globalización en el mundo se ha impuesto una tendencia complementaria que es la de la lugarización, consistiendo en afrontar los problemas globales desde lo local. Teniendo esto en cuenta, el gobierno local juega un papel esencial en el desarrollo local, mismo que "necesita de la creación de un ambiente favorable para la interacción de todos los constructores de la vida local para afrontar los retos de cambio"[71]. En tal sentido, la mejora sustancial en la condición y papel que juega el gobierno local no es solo un proyecto que surge desde las demandas internas, sino que responde a una tendencia global, una tendencia democrática y en pro del desarrollo. Ya lo decía Brewer-Carías, que "la gran reforma política democrática en nuestros países, en realidad, está en la municipalización"[72], y es sin duda una reforma que requiere de una gran voluntad de cambio.

Entendiendo que la municipalización y la descentralización política son necesarias en Venezuela se pueden plantear diversas ideas para lograr dichas reformas. Por lo que esté capítulo se plantea, precisamente, tratar de esbozar algunas de las posibilidades de mejora y de cambio significativo que pueden darse en relación al régimen del Poder Público Municipal en Venezuela.

Lograr la verdadera municipalización del país: más y mejores municipios.

[70] Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 158

[71] José Luis Villegas Moreno, «Competencias locales: aproximación crítica a su configuración en el ordenamiento venezolano» en *Derecho Municipal Comparado,* 398

[72] Allan R. Brewer-Carías, «El municipio, la descentralización política y la democracia» 9

Fortunato González Cruz definió la municipalización como una política territorial cuyo fin es el *"reconocimiento a los lugares de autonomía política para atender los asuntos propios"*[73], pudiendo entenderse de cierta forma como una reversión del proceso de concentración del poder típico del Estado nacional en pro de retomar la importancia que otrora tuviera el gobierno local. Este proceso de desconcentración del poder, para que sea exitoso, requiere además que las entidades locales se apeguen a los buenos principios del gobierno local, dispersando el municipio por todo el territorio y permitiendo que este adopte las formas requeridas por la realidad concreta de cada lugar.

En tal sentido merece la pena indagar sobre cómo pudiera lograrse en Venezuela ese municipio disperso por todo el territorio, verdaderamente cercano a la gente, logrando la adecuada distribución territorial del Poder Público, y que además responsa, desde un punto de vista organizativo, a las realidades de su entorno. El fin debe ser la transición de un modelo de municipio territorial a uno de municipio colectividad, donde se reconozca el autogobierno local como lo que es, un derecho colectivo que tiene cada aglomeración de población a gestionar de forma autónoma sus intereses, lo que conlleva que distintos contextos puedan dar lugar a distintas formas de gobierno local, según sea la necesidad y la disponibilidad de recursos con los que se cuenta. Promover el cumplimiento de estos dos principios tendría rápidamente, un efecto en pro de la municipalización.

El tránsito del municipio-territorial al municipio-colectividad como medio para lograr la adecuada distribución territorial del Poder Público: supresión de las restrictivas disposiciones de la LOPPM.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 consagra, en esencia, lo que es la definición del municipio colectividad, es decir, "la unidad política primaria de la organización nacional"74, mandato constitucional que debería de estar materializado en la adopción de dicho tipo de Municipio a lo largo y ancho del territorio nacional. Sin embargo, la realidad es que a día de hoy Venezuela solo tiene 335

[73] Fortunato González Cruz «Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal» en *Ley Orgánica del Poder Público Municipal: Estudios,* 254

[74] Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 168

municipalidades, muy lejos del número presente en países donde hay una verdadera municipalización del territorio, por ejemplo, España, teniendo la mitad del tamaño de Venezuela, tiene 8.131 Municipios desparramados por su territorio.

Esto es producto de una imposibilidad de concretar el tipo de municipio definido en la Constitución por el desarrollo legislativo que se ha producido, incluso cuando la LOPPM replica la misma conceptualización de la municipalidad. En tal sentido, una de las primeras posibilidades de reforma y mejora está, precisamente, en modificar los requisitos carentes de sentido previstos en el artículo 10 de la LOPPM suprimiendo cualquier requerimiento de una cifra mínima de población, así como el requisito de autosuficiencia de ingresos[75].

Para que pueda crearse un municipio acorde al modelo de municipio colectividad, el único requisito que debe haber es la existencia de una población asentada de manera estable y con lazos de vecindad, reconociendo así el derecho al autogobierno local a todos los pueblos, villas y caseríos del país, permitiendo que el legislador estadal, competente para la creación de nuevas municipalidades, pueda elevarlos a la condición de municipios.

Al suprimir estos requisitos las condiciones están dadas para que el territorio de Venezuela pueda ir poblándose cada vez más y más de municipios. Sin embargo, es difícil pensar que el Municipio venezolano pueda desligarse de muchos de sus rasgos característicos para transformarse de pronto en la municipalidad que abunda en Europa, ejemplo de esto es la cobertura espacial, ya que probablemente el nivel local seguirá abarcando una división exhaustiva del territorio estadal, ya que cuesta pensar en un Municipio delimitado solamente al inicio y fin de los centros poblados.

Si bien es cierto que en última instancia la creación de los Municipios es competencia de los Estados[76], siendo el Consejo Legislativo estadal el órgano encargado de dicha tarea, merece la pena hacer una propuesta, aproximación o, siquiera, ejercicio mental que permita pensar en cómo podría lucir una Venezuela municipalizada. Una forma de plantearse dicho panorama reside en la utilización de una figura existente hoy en día y que,

[75] Asamblea Nacional de Venezuela, Ley Orgánica del Poder Público Municipal, art. 10

[76] Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 164.2

por tanto, cuenta con un cierto nivel de aceptación: la parroquia. En tal sentido, la propuesta sería, de acuerdo con Urdaneta Troconis, la de "convertir en municipios a todas las parroquias actualmente existentes"77 con la excepción de las parroquias urbanas, criterio con el que este trabajo difiere.

La parroquia tiene gran potencial para convertirse en verdadero municipio colectividad, incluso la urbana pues la división de una misma ciudad en múltiples municipalidades, una por urbanización o sector, permite en última instancia que los asuntos locales de cada área sea atendidos de manera más eficiente y particularizada, permitiendo una mayor participación ciudadana que a veces es más difícil de lograr en vista de las enormes cantidades de población que tienen los municipios que se corresponden con grandes ciudades.

Si Venezuela adoptara este modelo, el de convertir a todas las parroquias en municipios, el país pasaría de tener 335 municipalidades a 1.136, multiplicándose el número de Municipios por 3.39, aproximadamente. La población promedio por municipio se reduciría de 84.179 habitantes a 24.823, elevada aún para los estándares de algunos países europeos, pero sin duda un avance. Otras consecuencias que llaman la atención es que ya no habría necesidad de tener una capital de municipio, debido a la reducción de la extensión territorial, además de que los nuevos municipios tendrían nombres muchos más naturales con los que el ciudadano puede identificarse y desarrollar sentido de pertenencia puesto que ya no sería el Municipio Antonio Pinto Salinas, sino los municipios Santa Cruz de Mora, Mesa Bolívar y Mesa de las Palmas.

Ideas para alcanzar la verdadera diversidad organizativa del gobierno local.

Otro precepto constitucional es el de la pluralidad de entidades locales[78], que en definitiva responde a la diversidad en sí misma de las comunidades, que produce la conveniencia de que no exista un único tipo de entidad local. De entre estas destacan los Distritos Metropolitanos y las Mancomunidades como figuras asociativas, mismas que no han tenido mucho éxito en la historia venezolana, en particular la reciente. En Venezuela solo

[77] Gustavo Urdaneta Troconis, *ob. cit* 171

[78] Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 169

llegaron a existir dos Distritos Metropolitanos: el Distrito Metropolitano de Caracas y el Distrito Alto Apure, los cuales fueron suprimidos inconstitucionalmente por la Asamblea Nacional Constituyente en 2017 con fines políticos y centralizadores. De tal manera que hoy en día no existen en el país mancomunidades o Distritos Metropolitanos.

Ambas figuras asociativas son bastante peculiares, una de carácter no voluntario (los Distritos) y otra de carácter voluntario (las mancomunidades), pudiendo llegar a tener gran utilidad para el desarrollo local. Urdaneta Troconis refiere que, respecto de los Distritos Metropolitanos, una hipotética reforma constitucional debiera de suprimirse dicho adjetivo, eliminando además los otros requerimientos para que la disposición permita sencillamente, la agrupación de dos o más municipios en distritos, permitiendo que sea cada Estado el que determine cómo aplicar la figura[79]. De esta manera, los distritos podrían aplicarse como asociaciones tanto para municipios urbanos en un área metropolitana como para municipios rurales, atendiendo a las necesidades de desarrollo de cada lugar, eso sí, respetando siempre la autonomía de las municipalidades integrantes.

Respecto de la mancomunidad, por tratarse de una asociación de carácter voluntario, dice el autor que se ha venido citando que *"parece lógico que deban ser los mismos municipios interesados los que definan sus contornos precisos"*[80], sin mayor regulación constitucional o legal. Si el territorio venezolano estuviese verdaderamente municipalizado bajo el esquema propuesto en el apartado anterior, es decir, la transformación de las parroquias en municipios, parece más probable que comiencen a emplearse estas figuras de carácter asociativo, puesto que la nueva realidad conllevaría a la necesidad de colaborar en la prestación de ciertos servicios y el desarrollo de determinadas obras que interesen a más de una municipalidad.

Por último, en lo que respecta a las otras entidades locales, una Venezuela donde se implemente verdaderamente el municipio colectividad no debería de tener, bajo ningún motivo, entidades infra municipales como lo es la parroquia de hoy en día, siendo que esto es una característica propia del municipio territorial. Una municipalidad pequeña y cercana

[79] Gustavo Urdaneta Troconis, *ob. cit* 174
[80] *Ibídem*, 175

al ciudadano difícilmente puede subdividirse, pues representa una contradicción decir que el Municipio sea la unidad primaria de la organización nacional y que a su vez requiera de dividirse en unidades a su vez más pequeñas.

En todo caso, es preciso entender que, si debe existir una entidad menor a un municipio, esta debe convertirse en su propio municipio[81], no en una mera división administrativa sin verdadera personalidad o autonomía. Esto implicaría remover la figura de las parroquias y otras entidades infra municipales no solo de la ley, sino del propio texto constitucional.

Ahora bien, respecto de la diversidad organizativa el art. 169 plantea un mandato imperativo al legislador respecto del Municipio, diciendo que *"establecerá distintos regímenes para su organización, gobierno y administración"*[82]. Tal y como se explicó en el capítulo anterior, dicho mandato no es atendido por la LOPPM vigente. Cierto es que esto deriva de una rigidez constitucional, puesta esta, a pesar de imponer por medio de dicho mandato el principio de diversidad organizativa procede a establecer un único régimen de organización con rango constitucional (Alcaldía, Concejo Municipal, Contraloría Municipal), es dicha rigidez es la que produjo que la ley nada regulara al respecto[83], delegando nuevamente esa función al legislador estadal.

Al respecto, podría interpretarse que la forma organizativa dispuesta por la Constitución no es taxativa y excluyente, sino que puede convivir con otras formas que llegara a desarrollar la ley orgánica o las leyes estadales correspondientes. A tales efectos, partiendo de la base de que en Venezuela son muy diversos los asentamientos poblados, que van desde grandes ciudades hasta pequeños caseríos, igual diversidad de formas de organización debería existir. No es realista que un pequeño municipio rural tenga que estar,

[81] *Ibídem,* 172
[82] Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 169
[83] Allan R. Brewer-Carías, «Introducción General al Régimen del Poder Público Municipal» en *Ley Orgánica del Poder Público Municipal: Estudios,* 130

necesariamente, recargado con el enorme y burocrático aparato administrativo de los grandes municipios urbanos[84], pudiendo servirse formas más simplificadas de gobierno local.

En similar sentido se puede hablar del ámbito de las competencias, de hecho, el propio artículo 169 dice que la regulación deberá de ser *"incluso en lo que respecta a la determinación de sus competencias y recursos"*[85], puesto que las grandes municipalidades tendrán necesidades y capacidades de gestión muy distintas a las aglomeraciones rurales, de lo que se deriva que el ámbito de actuación dentro de su autonomía sea, naturalmente, distinto.

La imperiosa necesidad de desmantelar el Estado Comunal en Venezuela.

Ya se ha analizado algunos problemas del ordenamiento jurídico venezolano y posibles soluciones para la verdadera y efectiva municipalización del país, sin embargo, el fortalecimiento de la institución del municipio en Venezuela tiene otros retos por delante, principalmente la construcción del Estado Comunal como una estructura del poder al servicio del Ejecutivo Nacional y la política centralizadora promovida por el régimen en las últimas dos décadas. La municipalización en Venezuela no pasa solamente por aumentar el número y diversidad de entidades locales, sino que implica necesariamente hacer frente a dichos retos.

La propia noción de Estado Comunal atenta directamente contra la autonomía regional y municipal, por tratarse de una estructura paralela al servicio del Poder Público Nacional que pretende hacerse con las competencias y la participación a nivel local por medio del llamado poder popular. Brewer-Carías refiere que, por lo menos los Consejos Comunales no son entidades políticas locales, al carecer de gobiernos popularmente electos, sino que son *"organizaciones que pertenecen a la organización central del Estado, manejadas y financiadas por el Poder Nacional, sin autonomía política alguna"*[86], de ello deriva que no puedan ser nunca instancias para la participación popular, sino para la movilización política

[84] Gustavo Urdaneta Troconis, *ob. cit* 177
[85] Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 169
[86] Allan R. Brewer-Carías, «Reto actual para la descentralización en Venezuela», en *Descentralización versus Neocaudillismo,* 15

partidista, puesto que no son instancias naturales producto de un fenómeno social como los Municipios, sino meros sabotajes al propio Poder Público Municipal.

Tampoco puede el Estado Comunal ser democrático, ya que carece de los dos elementos que constituyen a la democracia: la representación y la participación. Por el contrario, se trata de un modelo de Estado autoritario, por ir precisamente en contra de la descentralización, que cabe recordar es un tema que solo concierne a la democracia para su sobrevivencia o perfeccionamiento[87]. La democracia trata de dar límites al poder, en la separación horizontal del mismo, pero también su distribución vertical, por ende, un sistema que pretenda arrasar con dicha distribución vertical que controla y limita al poder no puede ser más que uno que busque el efecto inverso, es decir, la acumulación del poder, alejándolo del ciudadano y poniéndolo en menos manos.

Si se quiere fortalecer y salvar la institución del municipio en Venezuela, que es la única donde verdaderamente puede desarrollarse la participación ciudadana forjando una cotidianeidad democrática, y la única capaz de atender las necesidades más inmediatas de los ciudadanos, de las primeras cosas que debería hacerse es derogar toda legislación existente respecto al Estado Comunal. Esta no debería, ni siquiera, ser sometida a reforma, pues carece de un sentido que vaya más allá de la centralización del poder pasándole por encima a los Municipios al tratar de concebir la comunidad fuera de estos, conceptualización que, a todas estas, es inconstitucional.

Si se eliminan estas estructuras paralelas, el municipio puede alcanzar esa valorización que, según Brewer-Carías, tiene en los países de América Latina como parte del proceso de descentralización política, pues es este el que asegura la presencia del Estado en el territorio y permite la participación ciudadana[88]. Concebir la vida local fuera de cualquier otra instancia es desnaturalizar no solo al municipio, sino al concepto de democracia participativa como tal, pues esta no se alcanza por medio de asambleas, cabildos o cualquier

[87] *Ibídem,* 1
[88] *Ibídem,* 19

otro método de democracia directa, sino que requiere innegablemente de un sentido de pertenencia que solo la vida en municipio puede producir.

En la medida que se entienda la doble importancia del municipio, como ente democratizador y como gestor eficiente de las necesidades locales, y en la medida que se apliquen las medidas necesarias para que este sea más cercano al ciudadano territorialmente, más autónomo y más adaptado a las realidades del país podrá producirse una verdadera mejora y profundización de la democracia. Si por el contrario se sigue opacando al municipio con estructuras antidemocráticas, no quedará esperanza alguna para la democracia en el resto de niveles.

CONCLUSIONES

La importancia del municipio y del gobierno local deriva de varios factores, primeramente, que este puede ser entendido como la manifestación del derecho colectivo al autogobierno[89], convirtiéndose así en un poder, un poder que debe ser acercado al ciudadano. Además, se trata del único lugar donde puede desarrollarse efectivamente la participación ciudadana, por tanto, se genera el sentido de pertenencia a una determinada comunidad política necesario para que el ciudadano participe activamente en todos los asuntos que le son de importancia, forjándose la llamada cotidianeidad democrática, de ahí también se deriva que el municipio desempeñe un papel importante en cuanto a la gobernanza dentro de contextos de gobernabilidad democrática a nivel local.

A pesar de esto, Venezuela ha cargado con una serie de lastres históricos que han impedido el desarrollo a plenitud del gobierno local, principalmente la concepción del municipio como una entidad de origen racional, que tiene por sustrato de su personalidad jurídica el territorio, enmarcándose en una uniformidad formal y organizativa que prevé la existencia de un único régimen a nivel local. Esta perspectiva cambió cuando, a partir de 1961, se comenzó a definir al municipio como la unidad política primaria de la organización nacional, correspondiéndose con la teoría historicista de la naturaleza del Municipio y con la

[89] Fortunato González Cruz «Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal» en *Ley Orgánica del Poder Público Municipal: Estudios*, 254

idea del Municipio colectividad, es decir, la de la municipalidad como la manifestación institucional del fenómeno social e histórico de la aglomeración urbana.

Sin embargo, y a pesar del cambio de paradigma en el texto constitucional de 1961, poco o nada cambio el municipio tradicional venezolano con respecto e etapas anteriores de la historia nacional, principalmente por el desarrollo legislativo insuficiente de la época, que siguió apegado a las mismas ideas y a los mismos rasgos distintivos de la uniforme municipalidad territorial a lo largo y ancho de la República. Tras en proceso constituyente de 1999 vino a ocurrir prácticamente lo mismo: si bien la Constitución consagra principios importantes como el municipio colectividad, la pluralidad de entidades locales, la diversidad organizativa y la autonomía municipal, lo cierto es que en la práctica nada de ello se ha concretado.

Una vez más, el impedimento para la consolidación de un nuevo modelo de Municipio en el país puede ser encontrado en la normativa legal, más concretamente en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, que en buena medida reproduce las declaraciones principistas de la Constitución a la vez que las desarrolla contrariándolas totalmente. Donde dice que el Municipio debe ser la unidad política primaria la ley decide imponer límites sumamente restrictivos que limitan la conformación de municipalidades en cada aglomeración urbana, perpetuando el modelo de la municipalidad territorial alejada del ciudadano y sus intereses. Y donde se dice que debe haber pluralidad de entidades locales y diversidad administrativa tan solo existe uniformismo.

Además de este debilitamiento del municipio en la propia ley orgánica que regula la materia, en las últimas dos décadas se ha impuesto una política centralizadora a través del llamado Estado Comunal, que pretende entrometerse en las competencias del Poder Público Municipal, cambiando la participación y la cotidianeidad democrática del Municipio por movilización política ideologizada con la tintura del socialismo del Siglo XXI, desvirtuando así la naturaleza del gobierno local. Se trata de estructuras paralelas que atentan contra el derecho al autogobierno y contra la descentralización como política nacional para la profundización y mejora de la democracia, puesto que responden al Poder Central en todos los sentidos.

Ante esta coyuntura merece la pena preguntarse ¿Es acaso posible lograr en Venezuela un Municipio fuerte similar al de las democracias desarrolladas? ¿Vale la pena hacerlo? Y la respuesta a ambas interrogantes vendría a ser que sí. Venezuela debe someterse al proceso de municipalización como la *"gran reforma política democrática"* que refería Brewer-Carías[90], ello implica que el país esté poblado por más y mejores municipios. Para lograr lo primero es necesario acabar con el exceso de regulación existente respecto a la creación de los Municipios, permitiendo así que cada centro poblado en efecto pueda constituirse como uno. Esto último conllevaría una distribución territorial del Poder Público más adecuada, pudiendo pensarse en una Venezuela de más de un millar de Municipios si la parroquia fuese elevada de su estatus de mera división administrativa para convertirse en el verdadero Municipio colectividad venezolano.

Un cambio al modelo de municipalidad en el país implica, además, que se esté abierto al establecimiento de distintas entidades con formas distintas de organizarse y dotarse de autogobierno, puesto que de nada sirve que haya uniformidad sobre el régimen municipal en un país donde las realidades de los centros poblados son sumamente diversas, requiriendo formas de gobierno, competencias y asignación de recursos distintas. Todos estos principios están consagrados en el texto constitucional, es cuestión de que se desarrollen de acuerdo a su verdadero fin, y no con la intención de preservar un modelo anticuado.

Por otro lado, hacer mejores municipios, más fuertes y autónomos, requiere que se suprima por completo la noción de Estado Comunal y de Poder Popular, que no son sino un caballo de Troya para el establecimiento de medidas autoritarias en contra de la descentralización. Se trata de instancias dirigidas desde el Poder Central para reemplazar la noción del municipio como unidad primaria de la organización nacional por la idea de comuna, como célula principal del Estado Comunal y socialista del siglo XXI. El municipio requiere que se eliminen tales figuras para poder prosperar, permitiendo una verdadera participación democrática, que esté fundamentada en la pertenencia a una comunidad y no en la alineación a una ideología y los intereses del régimen.

[90] Allan R. Brewer-Carías, «El municipio, la descentralización política y la democracia» 9

En tal sentido, merece la pena volver a la segunda cuestión planteada *¿Vale la pena el municipio en* Venezuela*?* A lo que la respuesta siempre será afirmativa, pues el gobierno local no es solo el mejor facultado para dar respuesta a los intereses y las necesidades más inmediatas de la ciudadanía, sino que además en dicho nivel local es que nace la democracia. Promover el fortalecimiento y mejora del municipio en un país que vive una crisis autoritaria como Venezuela no es solo luchar por una buena gestión local y por la autonomía, sino por la supervivencia misma de la democracia.

BIBLIOGRAFÍA

Alguacil Gómez, Julio, «Los desafíos del nuevo poder local: la participación como estrategia relacional en el gobierno local» *Polis* N°12 (2005).

Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (enmendada), del 17 de febrero de 2009 (Gaceta Oficial N°5908, extraordinario)

Asamblea Nacional de Venezuela, Ley Orgánica de Comunas, del 21 de diciembre de 2010 (Gaceta Oficial N°6.011, extraordinario)

Asamblea Nacional de Venezuela, Ley Orgánica del Poder Público Municipal (reformada), del 28 de diciembre de 2010 (Gaceta Oficial N°6.015, extraordinario)

Brewer-Carías, Allan R., «El municipio, la descentralización política y la democracia» Conferencia pronunciada en el XXV Congreso Iberoamericano de Municipios, Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal, Guadalajara, México, 31 de octubre de 2001.

Brewer-Carías, Allan R., «Introducción General al Régimen del Poder Público Municipal» en *Ley Orgánica del Poder Público Municipal: Estudios,* ed. por Allan R. Brewer-Carías, 11-195. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2007.

Brewer-Carías, Allan R., «Reto actual para la descentralización en Venezuela», en *Descentralización versus Neocaudillismo,* coord. por Carlos Tablante y Mariela Morales. Caracas: Observatorio Internacional para la Democracia y la Descentralización, 2009.

Brewer-Carías, Allan R., «Sobre la globalización, la lugarización y el pequeño municipio» Conferencia pronunciada en las X Jornadas de Federalismo, Descentralización y Municipio, Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, Mérida, Venezuela, diciembre de 2004.

Congreso de la República de Venezuela, Constitución de la República de Venezuela, del 23 de enero de 1961 (Gaceta Oficial N°662, extraordinario)

Cortes Generales de España. Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE núm. 80, de 3 de abril de 1985)

Dromi, Roberto, *Ciudad y Municipio: Gerenciamiento y Gobernabilidad Local.* Buenos Aires: Ciudad Argentina e Hispania Libros, 2007

González Cruz, Fortunato «Sobre el régimen municipal uniforme en la Constitución Bolivariana de Venezuela y en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal», *Revista de Derecho Público* n°100 edición especial (1980-2005): 355-373

González Cruz, Fortunato, «Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal» en *Ley Orgánica del Poder Público Municipal: Estudios,* ed. por Allan R. Brewer-Carías 195-288. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2007

Horst, Risse; Andrew, Caroline; Singh, Dalbir y Keswani, Suresh, «Local Government in Federal Systems» Trabajo de conferencia para el Forum of Federations, 2008.

Iturburu, Mónica Silvana, *Municipios Argentinos, Potestades y Restricciones Constitucionales para un Nuevo Modelo de Gestión Local* (Buenos Aires: Instituto Nacional de la Administración Pública, 2000)

Rabell García, Enrique «El camino a la diversidad municipal», *Cuestiones Constitucionales* n°24 (2011): 247-270.

Sisk, Timothy D. et al., *Democracia al Nivel Local.* Estocolmo: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2001.

Steytler, Nico, «Introduction» en *The place and role of local governments in federal systems*, ed. Por Nico Steytler, 1-11. Johannesburg: Konrad-Adenauer-Stiftung, 200.

Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, Sentencia N°2641, de fecha 1 de octubre de 2003

Urdaneta Troconis, Gustavo, *La idea de municipio en Venezuela. El arduo tránsito del municipio territorial al municipio colectividad.* Caracas: Centro para la Integración y el Derecho Público, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2022

Villegas Moreno, José Luis, «Competencias locales: aproximación crítica a su configuración en el ordenamiento venezolano» en *Derecho Municipal Comparado* coord. por Víctor Rafael Hernández-Mendible 395-419. Caracas: Ediciones Liber, 2009.

Arantxa Jurado y Sebastián Orta

RÉGIMEN DE FILIACIÓN Y SUCESIÓN DE HIJOS CONCEBIDOS POR FECUNDACIÓN POST MORTEM EN VENEZUELA

Arantxa Jurado
Sebastián Orta
Primer Lugar en el Concurso De Investigaciones Jurídicas

Resumen: El creciente avance tecnológico de las técnicas de reproducción asistida ha generado procedimientos como la fecundación *post mortem*, lo que tiene especial incidencia en el régimen de filiación y sucesión de los hijos concebidos por esta, sobre todo a la luz de un vacío legal inminente. En Venezuela solo se tiene lo dictaminado en la sentencia No. 1456 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sin embargo, esta no logra subsanar los desafíos que le son propios a la determinación de un régimen de filiación y sucesión para los hijos concebidos por fecundación *post mortem.* Por esto, se pretenden estudiar las bases de las instituciones de la filiación y la sucesión, así como las experiencias comparadas y la sentencia de la Sala Constitucional en la materia, en aras de identificar las bases necesarias para un instrumento legal idóneo para el caso venezolano.

Palabras clave: filiación, sucesión, fecundación *post mortem*, técnicas de reproducción asistida, Venezuela.

REGIME OF FILIATION AND SUCCESSION OF CHILDREN CONCEIVED BY MEANS OF POST MORTEM FERTILIZATION IN VENEZUELA

Abstract: The growing technological advance of assisted reproduction techniques has brought about new procedures such as *post mortem* fertilization, which has special incidence in the regulation regarding filiation and succession of children who are conceived in this manner. In Venezuela the only regulation governing this matter can be found within the Opinion No. 1456 of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, however, this fails to fill the gaps left by the lack of legislation in the matter. Because of this, we intend to study the basis of the legal concepts of filiation and succession, compared experiences in the matter and the opinion of the Supreme Tribunal's Constitutional Chamber, with the goal of identifying the necessary basis for an ideal legal instrument for the Venezuelan context.

Keywords: filiation, succession, *post mortem* fertilization, assisted reproductive techniques, Venezuela.

INTRODUCCIÓN

La filiación y sucesión son instituciones que han permanecido estructuralmente estables por la mayor parte de la historia venezolana, respondiendo y adaptándose únicamente a los cambios culturales, religiosos, sociales y filosóficos por los que atravesaba la sociedad. Han sido instituciones que, hasta hace poco, parecía imposible que representaran una de las áreas de discusión con mayor cantidad de matices y retos para el derecho.

Lo cierto es que la legislación venezolana es clara en materia de sucesión y filiación, siendo estas recopiladas en nuestro Código Civil del año 1982[1] (CCV), pero también es cierto que los avances sociales, tecnológicos y científicos han abierto un abanico de supuestos que dejan a nuestra legislación años atrás de lo que la modernidad demanda. El avance de la ciencia ha causado que la presunción de que la concepción es posible únicamente como fruto de una relación sexual entre una pareja heterosexual sea insuficiente para los nuevos tiempos.

Actualmente, gracias a las técnicas de reproducción asistida (TRA), existe una amplia gama de opciones de cómo concebir a un hijo, siendo estas técnicas definidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como "todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humano para el establecimiento de un embarazo"[2].

Estas técnicas engloban desde la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la subrogación y demás, lo que crea supuestos de hecho que el legislador del pasado jamás pudo haber previsto. Supuestos que van desde un hijo que nació de una mujer y al mismo tiempo

[1] Código Civil Venezolano, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 2.990 del 26 de Julio de 1982.

[2] Zegers-Hochschild, F., Adamson, G.D., de Mouzon, J., Ishihara, O., Mansour, R., Nygren, K., Sullivan, E., Vanderpoel, S., para el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* y la Organización Mundial de la Salud., «Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)», traducido al español y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (2010), https://cnrha.sanidad.gob.es/documentacion/bioetica/pdf/Tecnicas_Reproduccion_Asistida_TRA.pdf

es fruto de un óvulo de otra, un hijo de un matrimonio que fue concebido utilizando el esperma de un donante anónimo e incluso niños cuya concepción fue gracias al esperma o el óvulo de una persona que ya había fallecido, la conocida como fecundación *post mortem*, que es el tema central de esta investigación.

La fecundación *post mortem* es un concepto relativamente nuevo, no solo en Venezuela, sino en el mundo entero. Por tanto, es evidente que la regulación jurídica que pueda existir de esta práctica es, preponderantemente, imprecisa. Frente al avance exponencial de la tecnología en las técnicas de reproducción asistida, la ley -en un sentido amplio– no ha extendido su manto a reinterpretar o extender criterios acerca de las instituciones tradicionales que caracterizan los hechos jurídicos como el nacimiento y la muerte, como la filiación y la sucesión.

Así, en Venezuela la fecundación *post mortem* se presenta como una excepcionalidad a los principios de dichas instituciones de orden público pero que, hasta hace poco, carecía de limitaciones y tendía a verse como un hecho cuestionado moralmente. Sin embargo, la Sentencia No. 1456 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del año 2006[3] sentó el precedente necesario para el establecimiento de una discusión fundamentada en argumentos jurídicos, empero, no tuvo vocación de resolver idóneamente las cuestiones derivadas de esta técnica de reproducción asistida *post mortem.* Por consiguiente, los criterios mencionados en esta sentencia requieren ser interpretados y aterrizados a los tiempos y necesidades actuales, debiendo estar en concordancia con la ley venezolana, sus principios generales y el orden público, ya que la misma presenta reiterados vacíos legales. Esta problemática fue el motivo principal de nuestra investigación, ya que la necesidad de ampliar la firmeza de nuestras normativas sociales en busca del bien común nos lleva a estudiar más casos como el presentado a continuación y así generar criterio más completo y acertado.

[3] Sentencia No. 1456, de 27 de julio del 2006, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Yamilex Coromoto Núñez de Godoy Vs. Grupo Médico de Fertilidad, C.A. del Centro Médico Docente La Trinidad), con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera.

Específicamente, este trabajo busca estudiar el régimen de filiación y sucesión de hijos concebidos por fecundación *post mortem* en Venezuela, para poder comparar con la legislación de otros Estados y luego sugerir el régimen de filiación y sucesión de hijos concebidos por fecundación *post mortem* en Venezuela.

Actualmente, la Sentencia No. 1456 establece que una fecundación in vitro homóloga no presenta problemas para determinar la filiación del hijo, siempre y cuando sean dos personas capaces y con su consentimiento. Si esa pareja está casada, el artículo 204 del Código Civil establece que la filiación es matrimonial y la paternidad se le atribuye al esposo. No obstante, sigue habiendo vacíos legales en las leyes venezolanas sobre este tema.

En cuanto a la sucesión de un hijo concebido con fecundación *post mortem*, el Código Civil en su artículo 809 establece: "Son incapaces de suceder los que en el momento de la apertura de la sucesión no estén todavía concebidos". La jurisprudencia venezolana no prevé la sucesión de los hijos concebidos *post mortem,* ya que estos no se encuentran concebidos para el momento de la sucesión.

La estructura de este artículo delimita el tema objeto de la presente investigación a través de tres capítulos temáticos, a saber: "Las instituciones de filiación y sucesión previstas en el ordenamiento jurídico venezolano", "La regulación de otros Estados en materia de fecundación *post mortem* y el régimen de filiación y sucesión aplicable a hijos concebidos por esta" y "Los regímenes de filiación y sucesión de hijos concebidos por fecundación *post mortem* en Venezuela". Además, para finalizar, se sigue con las conclusiones y recomendaciones, en donde es desglosada la propuesta de una posible ley especial como solución al vacío legal en la materia.

I. LAS INSTITUCIONES DE FILIACIÓN Y SUCESIÓN PREVISTAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

Panorama general

Los preceptos legales vinculados a las instituciones de la filiación y la sucesión del ordenamiento jurídico venezolano están contenidos, en su mayoría, en el Código Civil Venezolano (CCV) de 1982. A título complementario, leyes como la Ley para la Protección de la Familia, Maternidad y Paternidad y la Ley Orgánica de Registro Civil[4] ahondan en ciertas circunstancias excepcionales que puedan presentarse en ambas instituciones, tales como la filiación y presentación de un niño que se haya encontrado abandonado, sea producto de violación o incesto.

Ahora, atendiendo a los principios que actualmente inspiran -a manera de eje transversal- a estas instituciones, puede presentarse una aproximación conceptual. En primera instancia es fácil establecer que la filiación (lato sensu), para los efectos de este trabajo, debe entenderse como la relación jurídica que se deriva del parentesco que la ley reconoce entre una persona y su descendiente, de la que se generan derechos y obligaciones. En este sentido, es parte del proceso el establecimiento de la paternidad y la maternidad, ya sea a través de la presentación en el Registro Civil o por su reclamación (declaratoria judicial). Por otro lado, la sucesión resulta ser el proceso que se inicia con la muerte de una persona y que consiste en la transmisión de bienes, derechos y obligaciones a sus herederos. Es relevante destacar que la ley, en caso de tratarse de una sucesión ab intestato, llama a los parientes próximos a suceder, siendo los primeros los hijos y el cónyuge.

Ahora bien, las leyes que desarrollan sobre ambas instituciones, de manera general, recurren a presupuestar que las relaciones jurídicas nacidas en su seno corresponden a vínculos con hijos matrimoniales o no, adoptados, ya concebidos para el momento de la apertura de la sucesión, etc. Entendiendo esto, la piedra angular para estas materias parece

[4] Ley para la Protección de la Familia, Maternidad y Paternidad, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 38.773 del 20 de septiembre del 2007, y Ley Orgánica de Registro Civil, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 39.264 del 15 de septiembre del 2009.

ser lo que en principio es considerado "natural", es decir, la procreación y la unión en pareja[5].

Así, el contenido de ambas instituciones, previsto en las leyes previamente enunciadas, incluye no solo elementos vinculados al interés superior del niño y demás principios destinados a protegerlos, sino que limita además con la calificación de las uniones entre progenitores, los derechos fundamentales de estos y los intereses patrimoniales del entorno social anclado a la sucesión.

La Filiación

Principios generales de la filiación

Tomando en consideración en un sentido más estricto la concepción de la filiación, por supuesto diferente ha plasmado en la sección anterior, podemos comentar que la filiación a la que se limita este trabajo es a la relación de parentesco que se genera entre un hijo y sus padres. Así, esta fija la consanguinidad entre el hijo y los padres, que se caracteriza por ser de primer grado en línea recta y que deriva de la procreación, entendida como la forma natural, o de la adopción, como ficción jurídica fijada por el legislador.

En este sentido, no existen, o al menos en las disposiciones legales vigentes, otros caminos para el establecimiento de la filiación, más allá de la adopción, el nacimiento y la concepción, estando desarrollados los dos últimos en los artículos 197 y 201 del CCV respectivamente, en cuanto establecen que:

> Artículo 197.- La filiación materna resulta del nacimiento, y se prueba con el acta de la declaración de nacimiento inscrita en los libros del Registro Civil, con identificación de la madre.
>
> Artículo 201.- El marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación.
>
> Sin embargo, el marido puede desconocer al hijo, probando en juicio que

[5] Jacqueline Gil, La Reproducción Humana Asistida: Incidencias en la Filiación (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Dirección General de los Estudios de Postgrado, Derecho de Familia y Menores, 2000): 47 y ss., http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ3528.pdf

> le ha sido físicamente imposible tener acceso a su mujer durante el período de la concepción de aquel, o que en ese mismo período vivía separado de ella.

Base jurídica de la filiación

Como puede deducirse de lo hasta ahora mencionado, y como también indica Ingrid Araque Sayago[6], se distinguen tres principios fundamentales que materializan la base jurídica de la filiación, a saber:

- Debe ser legalmente aprobada. Para que se perfeccione el vínculo jurídico tiene que demostrarse el vínculo natural, según lo dispuesto por los artículos citados supra, es decir, que conste el nacimiento y, en el caso de padre, que el niño se haya tenido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución.
- Los efectos que devienen de ella no dependen del medio que se haya utilizado para probarla. Una vez se tenga constancia del vínculo jurídico, se despliegan todos sus efectos legales, independientemente del medio jurídico que haya sido utilizado.
- Sus efectos no dependen del tiempo o del momento de la prueba. Sus efectos se toman en cuenta desde el momento en el que el hijo haya empezado a existir y no solo desde el establecimiento de la filiación. Esto se fundamenta, como comenta Sayago, en que "el parentesco no surge con la prueba, ese vínculo existía previamente, solo que ahora se ha puesto de manifiesto". Entonces, sin dar especial énfasis al perfeccionamiento de la filiación, "sus efectos alcanzan a toda la vida de las personas a quienes une la filiación y como consecuencia, tanto al pasado, al presente y al futuro de ellas".

Los métodos de reproducción asistida y la determinación de la filiación

En principio, como se ha dejado claro, la filiación "natural" deviene del nacimiento y la concepción, momentos relacionados entre sí y constituidos como pruebas de la filiación

[6] Ingrid Araque, «Reproducción Humana Asistida: ¿Maternidad Legal o Biológica? Consideraciones en Torno a Problemas Jurídicos Contemporáneos Surgidos con Ocasión a Las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida», Curso de Derecho Internacional del Departamento de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos (2017), https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_Ingrid_Araque_Sayago_1.pdf

por el CCV. Sin embargo, estos momentos que se enmarcan en la concepción tradicional de la familia y los métodos de reproducción, deja de lado las nuevas estrategias o técnicas de reproducción asistida (TRA), en cuanto tienen a no encajar en ninguno de los supuestos que el legislador configuró para la materialización jurídica del parentesco.

Ahora bien, corresponde hacer un breve inciso en los métodos de reproducción asistida. En primer lugar, se tiene a la fecundación in vitro, que debe ser entendida como una "técnica de Reproducción Asistida (TRA) que involucra fecundación extracorpórea", entendiendo por fecundación a la "penetración de un ovocito por un espermatozoide y la combinación de sus materiales genéticos, lo que resulta en la formación de un zigoto"7. Además, destaca la inseminación artificial, definida como proceso mediante el cual se introduce una muestra selecta de semen dentro del útero de una mujer con el objetivo de aumentar las posibilidades de una fecundación exitosa del óvulo.

Por otro lado, encontramos a la criopreservación es "la congelación o la vitrificación y el almacenamiento de gametos, cigotos, embriones o tejido gonadal"[8], y a la subrogación, que consiste en la sustitución de la madre genética, es decir, aquella que aporta el material genético fundamental (gametos femeninos) por otra mujer que llevará a cabo el embarazo, comprometiéndose a entregar él bebe en cuanto se produzca el nacimiento. En este último supuesto, podría llegarse a circunstancias más complicadas, como en las que los que aporten el material genético fundamental para la gestación del niño sean terceros y no los que detenten la llamada "voluntad procreacional", siendo este un caso de fecundación heteróloga.

Sin ahondar mucho más sobre las características de cada técnica, puesto que no es el objetivo de este trabajo, ya surgen múltiples incógnitas sobre el alcance jurídico de las donaciones de gametos y de la prueba por excelencia del nacimiento, la determinación de la filiación en casos donde se ven involucrados donantes de espera o gametos y demás

[7] Zegers-Hochschild, F., Adamson, G.D., de Mouzon, J., Ishihara, O., Mansour, R., Nygren, K., Sullivan, E., Vanderpoel, S., para el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* y la Organización Mundial de la Salud., «Glosario…».
[8] *Ibídem.*

situaciones que pueden llegar a producirse dada la amplitud de tales técnicas. Estas, como es de esperarse, no son resueltas por la ley venezolana. De hecho, María Candelaria Domínguez indica que "la fecundación artificial puede generar diversos problemas jurídicos tales como la existencia de embriones sobrenumerarios en la fertilización in vitro, conflictos filiatorios (doble maternidad, madres subrogadas), donantes anónimos, inseminación post mortem"[9], siendo esta última objeto de investigación del presente trabajo.

Ahora bien, para subsanar las problemáticas presentadas, surgen una serie de criterios, presentes tanto en demás ordenamientos jurídicos de la comunidad internacional (como será analizado en el siguiente capítulo) y en la jurisprudencia venezolana. Los primeros, apegándose a la estructura tradicional de la filiación, son por el vínculo biológico y por el nacimiento. Estos, respectivamente, se ven determinados por el vínculo del embrión resultante del material genético utilizado y por la prueba evidente del parto (como ya dispone nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 197 del CCV).

Seguidamente, y de forma contraria a los criterios ya expuestos, se presenta la voluntad procreacional que, como se aclaró en líneas previas, determina la filiación a partir del deseo de tener un hijo. Se ha llegado a considerar múltiples veces que este criterio es el que se corresponde con el "interés superior del niño" (resguardado en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes[10]), en cuanto a que gracias a los sujetos que tuvieron la voluntad de procrear, se gesta al niño, así como estos serán los encargados de garantizarle una vida digna, con especial atención a la "paternidad o maternidad de deseo".

Por último, se tiene el criterio del orden público que, en el entendido de que la institución de la filiación se encuentra sumergida dentro del campo de las normas de orden público - lo que se traduce en que no pueden ser relajadas u objeto de la autonomía de la

[9] María Candelaria Domínguez, «Gestación Subrogada», Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, No. 1 (Caracas: Panapo, 2009): 183-227, http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2021/04/RVLJ-1-SIN-LINEAS-183-227.pdf

[10] Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, publicada en Gaceta Oficial No. 6.185 del 8 de junio de 2015.

voluntad- no permite la celebración de un acuerdo *inter partes* que tengan como objeto la subrogación del vientre, independientemente de que traiga como consecuencia una compensación pecuniaria o no. A simple vista, este es el criterio del ordenamiento jurídico venezolano, o al menos en lo que respecta a las disposiciones del CCV.

Como aclaratoria, es necesario destacar que la jurisprudencia nacional ha buscado subsanar las lagunas legales que caracterizan al ámbito de las TRA, especialmente a través de la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, N° 1456 (Yamilex Coromoto Núñez de Godoy Vs. Grupo Médico de Fertilidad, C.A. del Centro Médico Docente La Trinidad) del 27 de julio de 2006, sobre inseminación artificial *post mortem*; sin embargo, esta será analizada con posterioridad y con especial atención a los criterios que los magistrados de la Sala utilizan no sólo para decidir sobre el caso suscitado, sino para fijar los criterios reguladores de otras técnicas como la subrogación.

La Sucesión

Retomando ahora sobre la sucesión, debe entenderse que esta es el proceso que se inicia con la muerte de una persona (artículo 993 CCV) y que consiste en la transmisión de bienes, derechos y obligaciones a sus herederos. El CCV establece que -como se interpreta de su artículo 883- en caso de tratarse de una sucesión ab intestato, llama a los parientes próximos a suceder, siendo los primeros los hijos y el cónyuge.

Consideramos necesario aclarar que el presente trabajo no se refiere a la posibilidad de heredar materiales genéticos como el semen, sino que por el contrario, se centra en el supuesto de la utilización de técnicas de reproducción asistida para concebir y en las consecuencias que se producen, específicamente en el campo sucesorio, aspecto que se ve intrínsecamente influenciado por la filiación del concebido, cuestión que se ha detallado supra.

Principios generales de la sucesión

Según María Candelaria Domínguez Guillén, la sucesión ab intestato ocurre por causa de muerte, es a título universal debido a que no existe declaración expresa del causante

(fallecido) sobre sucesores a título particular o legatarios y precisamente por esto suple su voluntad (cuando no hubiere testamento). De igual forma, se produce por ordenarlo la ley de forma expresa. Así, en sus palabras, "la sucesión intestada es siempre una sucesión universal, pues la ley en ella nombra herederos y no legatarios, estos últimos corresponden a la voluntad del causante"[11].

Base jurídica de la sucesión

Esta, según María Candelaria Domínguez Guillén[12], se fundamenta básicamente en dos postulados: primero, en los afectos naturales de quien fallece sin manifestación de última voluntad y, segundo, en la necesidad de cumplir cierta exigencia de orden social, estando vinculada la última con la primera. Así, esta se ve inspirada en qué son los familiares del difunto los que, siguiendo un criterio subjetivo -amor, afecto, etc.- y lógico, son cercanos y se ven vinculados naturalmente al fallecido. En este sentido, se sostiene que "el orden sucesorio es expresión de una comunidad patrimonial de la familia, que es una simple y necesaria consecuencia de la protección que dada su importancia social, ha de otorgarse a la misma"[13].

Régimen sucesorio para los concebidos por métodos de reproducción asistida

En términos generales, puede decirse que la sucesión se sigue de la filiación, por lo que los conflictos detallados en las secciones anteriores persisten en cuanto a sucesión se refiere. Esto se debe a que los llamados a suceder, en primera instancia, son los hijos, y dicho calificativo es consecuencia de la filiación que, como ya hemos detallado, solo es producto "naturalmente" de la concepción y del nacimiento. De todas formas, Henry J. Martínez[14] ya hace alusión a que existen impedimentos en materia sucesoria cuando se trata de hijos

[11] María Candelaria Domínguez, «Tema V: La sucesión legal, ab intestato o intestada», en Manual de Derecho Sucesorio, 2. edición revisada y aumentada (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2019), 215 y ss., http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2019/06/MANUAL-DE-DERECHO-SUCESORIO-final-215-330.pdf.

[12] *Ibídem.*

[13] *Ibídem.*

[14] Henry J. Martínez, «Fertilización post mortem», Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, No. 11 (Caracas: Panapo, 2018): 367-396, http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2019/01/RVLJ-11-367-396.pdf.

concebidos por fecundación *post mortem*, cuestión que es el objeto principal de este trabajo y constituye una de las incógnitas principales sobre la filiación consecuente a las TRA.

Así, establece a la luz de los artículos 201 y 202 del CCV, que los hijos concebidos gracias a las TRA verán disminuidos sus derechos sucesorios en cuanto a no se tenga autorización del donante del material genético y la concepción se haya efectuado fuera de los plazos que establecen los artículos mencionados. Esto se deriva de uno de los principios fundamentales de la sucesión, pues solo podrán heredar al momento de la apertura de la sucesión los que estuviesen concebidos ya que "de llevarse a cabo la liquidación y partición de la herencia y posteriormente aparecer otros herederos, daría lugar a la nulidad de los actos realizados".

Siguiendo el mismo criterio, sería lógico afirmar entonces que en caso de contar con la autorización en vida del donante sobre la utilización de su material genético en un futuro proceso de reproducción asistida, así como su voluntad de que el producto de ello sea un niño que ostente la condición de hijo, "en pro de los derechos consagrados en la Constitución y demás leyes de la República, en relación a saber quiénes son sus padres, es por lo que lo preceptuado en el artículo 809 del Código Civil, debe flexibilizarse y equiparar los derechos de este hijo con los de otros hijos", conclusión a la que llega la Sala Constitucional del TSJ en su sentencia No.1456.

Alcance de la legislación nacional en materia de filiación y sucesión sobre los casos relativos a la fecundación post mortem

El alcance de la filiación y la sucesión se encuentra limitado, pues ciertas prácticas científicas que producen evidentes efectos jurídicos de su interés no han sido reguladas por el legislador venezolano. Esta afirmación deviene del hecho que las disposiciones que las constituyen responden a un patrón tradicional que, ya sea por aspectos morales o meramente históricos, excluye de su articulado más situaciones que son incumbencia del Derecho, como los métodos de reproducción asistida y su utilización *post mortem*, no solo desde de un punto de vista bioético, sino focalizado en las instituciones de la filiación y la sucesión.

De esto deviene el vacío legal que, en esta materia, limita la serie de obligaciones y

derechos provenientes de estas instituciones, así como empuja a los tribunales a generar respuestas un tanto inconsistentes a tan complicados escenarios jurídicos.

Por esto, es evidente que el alcance de los lineamientos que guían a estas instituciones debe estar orientado hacia el debido respeto a la dignidad de la persona humana, con especial atención al interés superior del niño y los derechos que constitucionalmente son reconocidos. Los avances científicos que inciden en materia de filiación y sucesión y trascienden la convencionalidad de los actos *inter vivos* no deben ser tratados como un hecho que crece por fuera de las fronteras del Derecho. Por tanto, el legislador debe regular dichas situaciones para evitar que los principios generales de ambas instituciones se desdibujen y que el atraso jurídico frente a dichos métodos de reproducción asistida se refugie en instrumentos legales formulados en el siglo pasado.

II. LA REGULACIÓN DE OTROS ESTADOS EN MATERIA DE FECUNDACIÓN POST MORTEM Y EL RÉGIMEN DE FILIACIÓN Y SUCESIÓN APLICABLE A HIJOS CONCEBIDOS POR ESTA

El primer antecedente que podemos identificar en materia de fecundación *post mortem* es el caso de Corinne Parpalaix[15], ocurrido en Francia en 1984. Parpalaix manifestó su interés en ser inseminada con el semen conservado de su difunto esposo, siendo resuelto en sentencia favorable en fecha 1 de agosto de ese mismo año, por el Tribunal de Grande Instance de Créteil, el cual admitió que se trataba de un contrato atípico entre el fallecido y el centro de fertilidad[16], de forma que era posible interpretar la voluntad del *de cujus* como muestra de su voluntad procreacional, es decir, aquella actitud de procrear y tener un hijo común junto a Corinne Parpalaix, aún después de su muerte[17], así como también reconoció el derecho de la madre al uso de la fecundación *post mortem*[18].

[15] Conocido como el *affair Parpalaix* del Tribunal de *Grande Instance de Créteil.*

[16] Rafael Bernard Mainar, Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2000), 115-124, y Jacqueline Gil, La Reproducción Humana Asistida…

[17] En consecuencia, se acordó la entrega del esperma, e intentada la inseminación, esta fracasó.

[18] Como parte del contenido del derecho que tiene toda mujer a procrear y formar una familia.

Por su parte, en lo que al tratamiento de la fecundación *post mortem* se refiere, no puede hacerse una aproximación generalizada, toda vez que existe una gran cantidad de corrientes distintas con respecto a su aceptación y/o prohibición en todo el mundo, que, como ya hemos podido observar con lo ocurrido el caso Parpalaix, se debe a la falta de previsión del ordenamiento jurídico en lo referente a las TRA y la utilización de material genético de individuos fallecidos.

Por ejemplo, es posible apreciar que existen legislaciones que contemplan la posibilidad de concebir hijos luego del fallecimiento del padre, permitiendo establecer la filiación legal e incluso heredar, siempre y cuando se respete un lapso establecido por la ley y exista el consentimiento expreso del padre, como es el caso de España y Holanda. Un poco distinto es el caso del Reino Unido, que si bien permite esta filiación, lo hace como un mero acto simbólico, que no genera consecuencias jurídicas. Sin embargo, esta no es la realidad de todos los Estados, pues existen también regímenes en los que podemos identificar una cancelación generalizada de esta práctica reproductiva.

Visto esto, conviene identificar, en primera instancia, los rasgos generales de las tres posturas que existen respecto a la fecundación *post mortem* y sus respectivos efectos jurídicos[19], para luego clasificar algunos casos estudiados en dichas categorías.

La prohibición absoluta

Esta corriente parte de la importancia del carácter "terapéutico" de las TRA, en el entendido de que se fundamentan en la degradación de la infertilidad o esterilidad, así como en la reducción del riesgo de transmitir enfermedades, mas no en crear alternativas frente al hecho natural de la muerte. Así, existen otra serie de argumentos que fortalecen el reclamo de los partidarios de esta teoría.

En primer lugar, que recurrir a esta técnica es un hecho que alienta, deliberada y voluntariamente, al nacimiento de un hijo que no tendrá un padre, pues no existe para el

[19] Bernard Mainar, Efectos…, 115-124.

momento de la concepción ni existirá para el momento de su nacimiento. Esto, a su vez, implica entender que el hijo sería un mero instrumento para la satisfacción de los intereses o aspiraciones personales de los progenitores, en el entendido de que se antepone el derecho a la maternidad por sobre los derechos del niño, específicamente a tener tanto una madre como un padre y ser asistido por ellos[20].

Además, con respecto al consentimiento del difunto padre y la llamada "voluntad procreacional", los críticos a la fecundación *post mortem* aseveran que la decisión de que la muestra seminal sea utilizada no puede tomarse para el futuro, sino en el lapso temporal que se corresponde con la ejecución del procedimiento reproductor. Esto, más concretamente, se refiere a que se trata de una decisión personalísima, que no puede tomarse con carácter irreversible e irrevocable.

Es posible retratar esta teoría en los marcos jurídicos de Alemania, Italia y Francia[21], ya que aun cuando conste la voluntad procreacional del difunto, la muerte es el hecho natural que extingue todo tipo de efecto jurídico que pueda derivarse de consentir el uso de su semen preservado[22]. En principio, podríamos aseverar que esto se construye sobre la base de la restrictiva permisología que envuelve las TRA en estos países, ya que son considerablemente limitadas, ya fuera por su carácter "terapéutico" o como un beneficio dirigido, en principio, a parejas heterosexuales, estables y en edad de procrear. No obstante, con el paso de los años, se ha ampliado este compás a las mujeres solteras y parejas del mismo sexo. Ahora, el consentimiento sí tendrá valor jurídico si se tratase de embriones que no hayan sido transferidos, pues su legislación prevé su protección.

[20] Este derecho es consagrado en instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989), específicamente en su artículo 7. Por su parte, en Venezuela se encuentra contenido en el artículo 26 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y en el artículo 75 de la Constitución.

[21] Véase la Ley sobre Embriones e Ingeniería Genética de 1990 (Gesetz zum. Schutz von Embryonen); la Ley del 19 de febrero de 2004, No. 40 (Legge 19 febbrario 2004 No. 40); el Código Civil francés y Código francés de Salud Pública respectivamente.

[22] No obstante, el Consejo de Estado francés, en el 2016, permitió el envío de la muestra seminal conservada de un difunto a España, con el fin de que su viuda tuviera acceso a la fecundación post mortem en dicho país.

La misma suerte respecto a la prohibición de la fecundación *post mortem* se corre en Suecia y Suiza, que se recoge de forma expresa en la ley[23].

La posición permisiva

Con teoría permisiva nos referimos a la aceptación de la fecundación post mortem, pero sometida a una serie de condiciones para que esta tenga lugar. Por ejemplo, la base fundamental de esta postura reside en el consentimiento expreso del marido de que, aun después de su muerte, su semen preservado sea utilizado dentro de un plazo concreto. Al respecto ya podemos preguntarnos ¿el solo hecho de criopreservar muestras seminales es muestra de su consentimiento tácito e implícito? La postura al respecto es bastante heterogénea.

Asimismo, los defensores de la posición permisiva desmontan los argumentos de los partidarios de la prohibición absoluta al mencionar que el derecho del niño a tener una madre y un padre se esgrime en los deberes y obligaciones de estos para con el niño, los cuales pueden ser perfectamente satisfechos por un solo progenitor; en otras palabras, no debe interpretarse que se trata de tener un padre en un sentido material -de disfrute en vida-, sino de los elementos que se devienen de establecer su filiación con el mismo[24]. Esto a su vez se fundamenta en que, con regularidad, las Constituciones no especifican la fórmula familiar en la que debe gestarse un hijo (ya fuera biparental u homoparental)[25], sino que por el contrario, sólo establece esas responsabilidades que todo adulto debe asumir si tuviese a algún niño a su cargo. Por ello, no resulta coherente justificar el uso de las TRA solo en escenarios donde los usuarios sean parte de una pareja estable con determinada estructura, como si ello fuese un prerrequisito para acceder a mecanismos alternativos para la

[23] Érika Montañés, «Fecundación después de la muerte: qué países en Europa la permiten y la prohíben», ABC Sociedad, acceso el 21 de febrero del 2024, https://www.abc.es/sociedad/abci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fsociedad%2Fabci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951_noticia.html.

[24] Rodolfo Vázquez, «Ética, Derecho y Fecundación Asistida», Doxa No. 14, Cuadernos de Filosofía del Derecho (1993): 457-464, https://doxa.ua.es/article/view/1993-n14-etica-derecho-y-fecundacion-asistida

[25] Si esto fuese así, no podríamos hablar de familias monoparentales producto de la no identificación del padre o la muerte de alguno de los progenitores.

conformación de una familia.

En segundo lugar, sostienen que el conflicto entre el derecho de la mujer a formar una familia (también dentro del margen del derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad)[26] y el derecho del posible hijo[27] a tener padre y madre, debe prevalecer el primero, en cuanto es cierto y posee una titular, a diferencia del segundo, que pretende atribuírsele a un no concebido.

En países como España y Bélgica[28] el consentimiento sigue teniendo tal relevancia, pero la utilización de la muestra seminal criopreservada se circunscribe a un periodo de tiempo. En el primer caso se trata de un plazo de 12 meses contados desde el fallecimiento[29], mientras que en el segundo deben haber pasado, al menos 6 meses, y no más de dos años siguientes al fallecimiento[30]. En ambos casos, hay plenos efectos filiatorios y sucesorios.

Más recientemente, Portugal[31] se sumó a la lista de países en permitir la fecundación *post mortem*, siempre que se trate de un "proyecto parental expresamente consentido por el fallecido", teniendo la consideración de que, si el procedimiento llegase a culminar con el nacimiento de un bebé, este sería, legalmente, hijo del fallecido[32]. Adicionalmente, en lo que respecta a la filiación, establece que el hijo producto de esta técnica es heredero del *de cujus*, por lo que la herencia tendrá que mantenerse yacente durante tres años, pudiendo prorrogarse

[26] Que en el caso venezolano se encuentran respectivamente contenidos en los artículos 76 y 20 de la Constitución.

[27] Pues aún no resulta cierta su concepción, como ocurrió en el caso Parpalaix.

[28] Respectivamente la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (*BOE* núm. 126, de 27 de mayo de 2006.) y la *Loi du 06/07/2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes* (publicada el 17 de julio de 2007).

[29] Ley 14/2006, de 26 de mayo, art. 9.

[30] *Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, art. 16 y 45.*

[31] *Lei n.º 48/2019 de 8 de julho, regime de confidencialidade nas técnicas de procriação medicamente assistida, procedendo à sexta alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida) (Diário da República n.º 128/2019, Série I de 2019-07-08, páginas 3415 - 3416).*

[32] «Nace el primer bebé en Portugal tras la legalización de la inseminación post-mortem», Swissinfo.ch, acceso el 21 de febrero del 2024, https://www.swissinfo.ch/spa/nace-el-primer-beb%C3%A9-en-portugal-tras-la-legalizaci%C3%B3n-de-la-inseminaci%C3%B3n-post-mortem/48742510#:~:text=Tras%20varios%20proyectos%20de%20diferentes,Portugal%20en%20noviembre%20de%202021.

si se encontrasen pendientes procesos de inseminación permitidos (que no pueden ser más de tres)[33].

Tal particularidad con la herencia también ocurre en Grecia. Ya su propio Código Civil permite la fecundación *post mortem* cuando conste el consentimiento del fallecido, que ha de ser notariado. Para que opere, la viuda debe solicitar la autorización judicial dentro de los 6 meses posteriores, y la fecundación debe realizarse a más tardar dos años desde la muerte de su marido, periodo en el que la herencia se mantiene yacente, resguardando los derechos de los herederos del difunto[34].

Además, en Holanda la legislación es similar a los casos anteriores. Si bien en principio el material genético debería ser destruido con la muerte de su titular, podría utilizarse dentro de los próximos dos años cuando medie por escrito su consentimiento expreso para su uso póstumo[35]. Así las cosas, la paternidad debe ser establecida por un tribunal y, en consecuencia, el niño nacido por fecundación *post mortem* podrá llevar los apellidos del padre, lo que es vinculante para los registros de nacionalidad y los derechos sucesorios[36].

La posición ecléctica o intermedia

Finalmente, se presenta una postura media, que pretende permitir la fecundación *post mortem*, con limitaciones que se concentran, fundamentalmente, en el disfrute de los derechos sucesorios del hijo resultado del procedimiento, pues éste no sobrevive al causante. Por ello, que el hijo suceda mortis causa rompería tal regla básica del derecho sucesorio. Los

[33] «El presidente de Portugal promulga la ley de "inseminación post-mortem"», Swissinfo.ch, acceso el 21 de febrero del 2024, https://www.swissinfo.ch/spa/el-presidente-de-portugal-promulga-la-ley-de-inseminaci%C3%B3n-post-mortem/47088616.

[34] Érika Montañés, «Fecundación después de la muerte: qué países en Europa la permiten y la prohíben», ABC Sociedad, acceso el 21 de febrero del 2024, https://www.abc.es/sociedad/abci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fsociedad%2Fabci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951_noticia.html.

[35] Ibídem.

[36] Sanchez-Ruiz, P., Martinez-Castellon, N., & Fernandez-Ordoñez, E., «Fecundación in vitro post mortem», Cultura de los Cuidados 22(50) (Edición digital, 2018): 171-179, http://dx.doi.org/10.14198/cuid.2018.50.16.

críticos a esta teoría alegan que confunde extremos[37], pues la cuestión relevante es la determinación de la filiación del nacido por fecundación *post mortem* con el fallecido, pues es de tal reconocimiento que se deriva el de los derechos sucesorios.

El Reino Unido[38] es muestra de esta teoría en su máxima expresión, en el entendido de que la fecundación *post mortem* es permitida en cuanto el *de cujus* haya dejado, en documento y de forma expresa, su consentimiento sobre la continuación del procedimiento con su muestra seminal conservada. Adicionalmente, establece una serie de consideraciones técnicas sobre la extracción de semen del cadáver (que debe ser dentro de las primeras 24 horas) en caso de que no se haya realizado en vida, así como sobre la inseminación con tal muestra, que debe producirse dentro de los 42 días posteriores a la muerte.

En ese mismo sentido, no existe ninguna limitante adicional para que el niño producto de tal fecundación sea registrado como hijo del fallecido, pero, como ya mencionamos, se trata de un mero acto simbólico, que no genera consecuencias jurídicas. En todo caso, la filiación tendría que ser establecida en tribunal en aras de generar los plenos efectos de la filiación[39].

Algunos casos de regulación imprecisa

Como ya hemos visto, existen marcos normativos que, ya sea de manera negativa o positiva, se pronuncian sobre la legalidad de la fecundación *post mortem.* Antagónicamente, hay países donde no existe regulación que elabore sobre los efectos jurídicos de esta forma de concepción.

Uno de los casos más notables es Dinamarca, ya que sus leyes en la materia[40] no se

[37] Bernard Mainar, Efectos…, 115-124.

[38] Véase el *Human fertilization and embryology Act* 2003 (c. 24).

[39] Érika Montañés, «Fecundación después de la muerte: qué países en Europa la permiten y la prohíben», ABC Sociedad, acceso el 21 de febrero del 2024, https://www.abc.es/sociedad/abci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fsociedad%2Fabci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951_noticia.html.

[40] Véase la *Lov nr 460 af 10/06/1997, om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v.*

pronuncian sobre esta TRA, pero confieren a su Consejo Nacional Ético la competencia de fijar criterios al respecto, ya fueran recomendaciones médicas, éticas y jurídicas, que pueden ser aprobadas por su Parlamento. Así, el Consejo emitió ciertos criterios para subsanar tal vacío legal[41].

Luego, en los Estados Unidos hay un escenario distinto. A nivel federal existen leyes que abordan los derechos y responsabilidades asociados a la fecundación post mortem[42], como la exigencia del consentimiento del difunto, ya fuera por escrito o mediante cualquier otra evidencia clara, en aras de poder determinar la filiación y los derechos sucesorios[43]. En cualquier caso, lo que es relevante en el contexto de los Estados Unidos es la amplia disparidad de leyes estatales, que varían entre la teoría permisiva y de prohibición absoluta[44]. Por ejemplo, en Iowa, en el caso de *In re Daniel Thomas Christy, No. EQVO68545 (Johnson Cnty., Sept. 14, 2007),* este tema es abordado desde el marco normativo de la donación de órganos al ser el esperma considerado como un "tejido"[45], mientras que en Texas, en el caso *In Re Estate of Evans, No. C-1-PB-09-000304, 2009 WL 7729455 (Tex. Prob. Ct. 2009),* la madre del difunto Nikolas Evans solicitó autorización para la recolección y posterior uso del esperma de su hijo, basándose en que este le había manifestado su interés en tener descendencia (lo que fue interpretado como manifestación de su consentimiento), cuestión

[41] Valeria Caputo, «Las fecundaciones "póstumas": una realidad a veces perjudicial», Actualidad Jurídica Iberoamericana No. 17 bis (2022): 526-549, ISSN: 2386-4567, https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2023/01/19.-Valeria-Caputo-pp.-526-549.pdf.

[42] Véase el *Uniform Probate Code* de 1969, enmendado en 2019 (que ha sido adoptado por, al menos 18 estados) y el *Uniform Parentage Act* de 1973, enmendado por última vez en el 2017 *(National Conference of Commissioners of Uniform State Laws).*

[43] Inclusive, a modo de ficción jurídica, se considera que el hijo estaba en gestación para el momento de la muerte de su padre cuando (i) haya estado en el útero de la madre dentro de los 36 meses posteriores al fallecimiento, o (ii) cuando haya nacido dentro de los 45 meses posteriores al mismo acontecimiento, todo esto con el fin de facilitar el régimen sucesoral a los casos en los que corresponda. Al respecto, véase Shelly Simana, *«Creating life after death: should posthumous reproduction be legally permissible without the deceased's prior consent?», Journal of Law and the Biosciences,* 5(2): 329–354 (2018): 329-354, doi: 10.1093/jlb/lsy017.

[44] Lo mismo ocurre en Australia, que lejos de tener un régimen uniforme, posee criterios que varían por cada estado del país. Revisar nuevamente Shelly Simana, *«Creating life…».*

[45] Véase el *Uniform Anatomical Gift Act* del 2006 *(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws).*

que fue aprobada por el tribunal[46].

Ahora bien, existen varios países, sobre todo de la región latinoamericana, que carecen de legislación al respecto (como Chile y México[47]), de forma que la laguna jurídica sobre la legalidad de la fecundación *post mortem*, así como su consecuencial régimen de filiación y sucesión ha sido solventado por vía de la doctrina o la jurisprudencia.

En lo que se refiere a la doctrina, tal es el caso de Colombia, Jacqueline Guerra y Vanina Moadie[48] sugieren que la práctica de la fecundación *post mortem* se encuentra dentro de los límites objetivos del carácter terapéutico de las TRA, en cuanto se lleve a cabo con el consentimiento previo del fallecido. Además, la mujer receptora de la muestra criopreservada deberá ser su viuda, siempre que cumpla, de manera analógica, con los requisitos previstos para adoptar. El hijo se tendría como "hijo extramatrimonial" y deberá ser concebido lo más rápido posible, en aras de no afectar a los interesados en la sucesión mientras se respeta la igualdad entre los hijos del *de cujus.*

En otro orden de ideas, la legislación peruana no puede interpretarse de forma favorable para la fecundación *post mortem*, pues queda claro del texto del Código Civil de 1984 que un hijo que sea producto de una muestra de semen preservado después de la muerte del padre no podría instituirse como heredero, ni siquiera por testamento, en el entendido de que no es una persona cierta. Por esto, Carlos Alza Barco considera que es en extremo necesario promulgar una ley que regule los extremos de esta práctica, con el fin de dejar atrás la calificación de hijo extramatrimonial o matrimonial y reconocer los derechos a favor del

[46] Charles Kindregan, «S.v. Genetically related children: harvesting of gametes from deceased or incompetent persons», *The Free Library*, acceso el 25 de febrero del 2024. https://www.thefreelibrary.com/Genetically+related+children%3a+harvesting+of+gametes+from+deceased+or...-a0262582885.
y Shelly Simana, *«Creating life…».*

[47] Sanchez-Ruiz, P., Martinez-Castellon, N., & Fernandez-Ordoñez, E., «Fecundación in vitro post mortem».

[48] Jacqueline Guerra y Vanina Moadie, «La fecundación post-mortem: ¿garantista o vulnerante de derechos?», Revista Cultural UNILIBRE (Sede Cartagena) No. 1 (2020): 24-32, ISSN ELECTRÓNICO 2382-333X https://doi.org/10.18041/1909-2288/revistacultural.1.2020.8380.

hijo nacido en estas circunstancias, como el de llevar el apellido del padre fallecido[49].

En el ámbito de la jurisprudencia, Argentina se ha caracterizado por suplir el vacío legal en la materia[50]. Entre las sentencias más relevantes se encuentran el fallo del 21 de noviembre del 2011 del Tribunal de Familia de Morón No. 3 ("G.,A.P. s/ autorización"), el fallo del 7 de agosto del 2014 de la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza ("S.,M.C. s/ medida autosatisfactiva") y en el fallo del 3 de noviembre del 2014 del Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil No. 3 ("K.J.V. c/Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo"). Todos estos fallos autorizaron la utilización de semen criopreservado, fundando sus respectivas decisiones en el principio de legalidad y reserva, la garantía legal de acceso integral a las TRA (de acuerdo con la Ley nacional 26.862), el derecho a la protección familiar y la aplicación del criterio sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia "Artavia Murillo vs. Costa Rica". Si bien todas se pronunciaron con respecto a la necesidad del consentimiento previo del marido fallecido, tan solo "S.,M.C. s/ medida autosatisfactiva" lo hizo con respecto al régimen sucesorio, estableciendo que el niño que eventualmente pudiera nacer no tendría vocación sucesoria, pues tendría que existir para el momento de la muerte del causante.

Lo mismo ocurre en Venezuela (lo cual abordaremos en detalle más adelante), donde se hace imprescindible corroborar el consentimiento previo y expreso del difunto padre para efectuar la fecundación, sin dejar muy claro cuáles serían los efectos jurídicos que se devienen de la fecundación *post mortem.*

Hasta ahora queda claro que la fecundación *post mortem* no se trata de una mera

[49] Carlos Alza Barco, «El concebido in-vitro post mortem y sus derechos sucesorios», Derecho & Sociedad 10 (1995): 28-41, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14306 y Milka Moy, «La filiación post mortem en la reproducción humana asistida» (tesis de pregrado, Universidad de San Martin de Porres, 2019), https://hdl.handle.net/20.500.12727/5703.

[50] María Salituri, «Jurisprudencia argentina en materia de fertilización post mortem», Diccionario Enciclopédico de Legislación Sanitaria (DELS), acceso el 25 de febrero del 2024, https://www.salud.gob.ar/dels/entradas/jurisprudencia-argentina-en-materia-de-fertilizacion-post-mortem y Marisa Herrera, «Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada», Revista IUS, Puebla, Vol. 11, No. 39 (2017), http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100010&lng=es&tlng=es.

excentricidad jurídica, sino más bien de una consternación que se ha manifestado en el desarrollo y la actividad legisladora de otros países, y que efectivamente, existe un debate según el cual hay un punto de vista válido sobre su legalidad, mayormente en lo que respecta a sus efectos jurídicos en las instituciones de la filiación y la sucesión. El examen a legislaciones extranjeras permite afirmar que esta materia es una de naturaleza singular, pero de extrema importancia. Sucede que en la mayoría de los países estudiados es posible ver que lo relativo a la regulación de la fecundación *post mortem* empieza con el consentimiento del padre difunto, pero no necesariamente termina con un régimen que proteja la capacidad del hijo nacido en estas circunstancias de gozar plenamente de sus derechos.

III. LOS REGÍMENES DE FILIACIÓN Y SUCESIÓN DE HIJOS CONCEBIDOS POR FECUNDACIÓN POST MORTEM EN VENEZUELA

Panorama general

Las instituciones de filiación y sucesión se encuentran ampliamente descritas en nuestra legislación, encontrando la mayoría de su regulación dentro del CCV. Desde su entrada en vigor ambas instituciones han permanecido prácticamente intactas, manteniendo las estructuras y las formas que siempre les han sido propias en la tradición legal venezolana pero, es durante la misma década en la que es publicado el CCV, en la cual se materializa el avance científico del cual nacen todos los nuevos supuestos que reflejan lo anticuadas que se encuentran las instituciones en cuestión.

El constante y rápido desarrollo de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), inevitablemente generan innumerables preguntas a las que es mandatorio dar respuesta, por la manera en las que estas vulneran las bases ideológicas y teóricas en las que se fundamentan los regímenes de filiación y sucesión. Bases que han pasado generaciones sin ser directamente cuestionadas, cambiando uno que otro aspecto a medida en que las corrientes ideológicas, religiosas y políticas pasaban por las poblaciones a las que regían.

Es así como a la comunidad jurídica se le presenta uno de los mayores y más interesantes retos del nuevo milenio ¿Cómo modificar regímenes tan tradicionales como lo

son la filiación y la sucesión para que estos puedan responder a los nuevos tiempos? En este sentido ya hemos observado algunos intentos tanto del legislador, expresados en los artículos 56 y 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), e inclusive una breve mención a las TRA en el CCV en su artículo 204, como también del jurista quien, mediante Sentencia No. 1456 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2006, redacta lo más cercano que tiene el derecho venezolano a una legislación que regule esta materia. Sin embargo, estos intentos han sido insuficientes para responder efectiva y justamente al conjunto de situaciones que la modernidad plantea.

Fundamentos legales para los regímenes de filiación y sucesión de hijos concebidos por fecundación post mortem en Venezuela

Aunque el hecho de que el área de desarrollo científico del cual se derivan todas las interrogantes a las que hoy se enfrenta el derecho, se haya creado hace poco tiempo, nos puede llevar a pensar que la legislación venezolana no contempla las técnicas de reproducción asistida en lo absoluto, y no se podría estar más equivocado. Tan es así que, nuestro CCV entrado en vigencia en 1982, hace ya casi cuatro décadas, contiene regulación en la materia cuando en su artículo 204 nos dice:

> Artículo 204: El marido no puede desconocer al hijo alegando su impotencia, a menos que sea manifiesta y permanente.
>
> El desconocimiento no se admitirá, aun en ese caso, cuando la concepción ha tenido lugar por la inseminación artificial de la mujer con autorización del marido.

Revelando así que nuestro CCV no sólo hace mención a las técnicas de reproducción asistida, sino que hace mención específica a una de ellas –inseminación artificial-, indica los efectos legales que tiene el consentimiento manifiesto del esposo y más importante aún, señala que en materia de filiación no es relevante si la concepción se dio por técnicas de reproducción asistida siempre y cuando exista, en este caso, autorización del marido para que la inseminación artificial se lleve a cabo.

Así, en el mismo sentido de la importancia del consentimiento resaltada en el CCV, la legislación expande aún más en esta materia, más específicamente en la Ley Trasplantes

de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos (desde ahora en adelante "LTOMASH"), la cual en su artículo 1 dispone que:

> Artículo 1: El trasplante o la disposición de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos provenientes de seres humanos, con fines terapéuticos, de investigación y de docencia, se rige por las disposiciones de esta Ley. Se excluyen de los requisitos de esta Ley, los cabellos y las uñas. También la sangre y sus componentes, ovarios, óvulos y esperma, pero en estos casos deberá siempre solicitarse la aceptación del donante y el receptor, si este último no pudiera, de los parientes previstos en el artículo 17.[51]

Esta ley explícitamente excluye de su alcance a los óvulos, ovarios y esperma, pero no sin antes declarar el carácter mandatorio de la solicitud de consentimiento tanto del receptor como del donante de estos antes de realizar cualquier donación, trasplante o disposición de los mismos. Evidenciando así, el especial interés que tiene el legislador en la necesidad de que se autorice previamente los actos con el material genético, ya que en los únicos dos artículos de toda la ley positiva de Venezuela en donde se mencionan las TRA –art. 24 CCV y art 1. LTOMASH- encontramos al consentimiento como parte de la regulación.

Pero esto no es decir que la ley únicamente se detiene en esta materia, porque también es cierto que inclusive en el texto constitucional se puede observar que el legislador entiende la importancia del material y los recursos genéticos. Es por esto que el artículo 127 de la CRBV reza:

> Artículo 127: El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, 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.[52]

De esta forma, se le atribuye al estado no sólo la potestad sino la obligación de proteger los recursos genéticos, dentro de los cuales entran todos aquellos relacionados a la

[51] Ley Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos. Art. 1. Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria Número 4.497 del 3 de diciembre de 1992.
[52] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Art. 127.

reproducción. En este sentido, el artículo 56 *eiusdem* expande en la relación entre la reproducción y la genética:

> 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.
>
> Toda persona tiene derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Éstos no contendrán mención alguna que califique la filiación.[53]

La Constitución deja claro entonces el derecho a portar los apellidos de los padres y a conocer sus identidades, elementos que deben ser recogidos por el registro civil y señalar la identidad biológica de la persona. Es importante recalcar esto debido a que este artículo directamente contradice la concepción previa que tenía la ley sobre la maternidad y cómo resulta su filiación tal y como describe el CCV:

> Artículo 197: La filiación materna resulta del nacimiento, y se prueba con el acta de la declaración de nacimiento inscrita en los libros del registro civil, con identificación de la madre.[54]

Resulta evidente entonces el contraste entre las concepciones del CC y la CRBV sobre en qué se constituye la filiación, la primera señala con claridad que el registro civil debe reflejar quién es la madre en base al acto del nacimiento, mientras que el segundo indica que la documentación pública referente a la filiación debe ser en base a la identidad biológica de la persona.

Habiendo pasado por la filiación materna, es crucial entonces también repasar lo que dice el CCV sobre la filiación paterna:

> Artículo 201: El marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación.
>
> Sin embargo, el marido puede desconocer al hijo, probando en juicio que le ha sido físicamente imposible tener acceso a su mujer durante el período

[53] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Art. 156.

[54] Código Civil Venezolano. Art. 197.

> de la concepción de aquel, o que en ese mismo período vivía separado de ella.55

A efectos de este tema el presente artículo nos abre muchas vías que tomar para intentar dar un basamento legal a cualquier argumento que se quiera hacer sobre TRA en Venezuela. Por un lado señala que, si puede existir relevancia, a la hora de determinar filiación, de si un hijo es concebido dentro de un matrimonio o no, ya que la ley hace una presunción *iuris tantum* de que un hijo es del esposo hasta 300 días después de la disolución del matrimonio.

Otra arista importante de este artículo se encuentra precisamente en la anteriormente mencionada cifra de trescientos días (300) posteriores a la disolución o anulación del matrimonio para que la presunción tenga lugar. Porque, nuevamente tal y como lo señala el artículo 184 *eiusdem* el matrimonio únicamente se disuelve por:

> Artículo 184: Todo matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y por divorcio.[56]

De esta manera se entiende entonces que un niño concebido a través de TRA de manera *post mortem* durante el mes siguiente a la muerte de su padre –o inclusive más si el niño llegase a nacer de manera prematura- la filiación con su difunto padre se realizaría de manera normal conforme a la ley, pero entonces surgen las preguntas: ¿qué sucede si el procedimiento es realizado más adelante?, ¿quién sería el padre del niño?, ¿puede ser heredero de esta persona? en este sentido el CCV nos dice:

> Artículo 808: Toda persona es capaz de suceder, salvo las excepciones determinadas por la Ley.[57]

Ahora convendría repasar cuales son estas excepciones determinadas por la ley, y sobre todo la que más nos concierne, específicamente la excepción contenida en el artículo 809 *eiusdem*:

[55] Código Civil Venezolano. Art. 201.
[56] Código Civil Venezolano. Art. 184.
[57] Código Civil Venezolano. Art 808.

> Artículo 809: Son incapaces de suceder los que en el momento de la apertura de la sucesión no estén todavía concebidos. A los efectos sucesorios la época de la concepción se determinará por las presunciones legales establecidas en los artículos 201 y siguientes para la determinación de la filiación paterna.[58]

Se nos da a entender que la sucesión está ligada a la concepción, y equipara las presunciones con las ya expuestas en el artículo 201 en relación a la filiación paterna y la capacidad de suceder de esta. De esta forma, se nos presentan más preguntas que respuestas, a primera vista pareciese que es evidente que aquellos niños nacidos gracias a TRA *post mortem* no pudiesen ser capaces de suceder, pero si la concepción se hace de manera in-vitro dentro de los tiempos establecidos en la ley, pero la introducción de este óvulo fecundado en la mujer y por lo tanto el nacimiento suceden fuera de esos lapsos, ¿es hijo o no del padre ya muerto? Si la madre es quien muere y se realiza un procedimiento de subrogación de vientre, ¿existen plazos similares a los del padre?, ¿sobre quién se realiza la subrogación pasa a ser la madre según el art. 197 del CCV?, ¿qué pasa con lo dicho por el art. 56 de la CRBV en este caso? Así queda claro que, aunque existan ciertas bases legales en nuestro país sobre la materia, estas están muy lejos de satisfacer las necesidades que exige la modernidad.

Fundamentos jurisprudenciales para los regímenes de filiación y sucesión de hijos concebidos por fecundación post mortem en Venezuela

Para el desarrollo de esta investigación las bases jurisprudenciales resultan ser un recurso de gran importancia, aunque muchas de estas suelen contener vicios de *extra petita* al concluir por sobre cuestiones no controvertidas, constituyen uno de los pocos instrumentos que genera una postura frente a la incertidumbre de la regulación jurídica de la fecundación *post mortem* en Venezuela.

Principalmente, conviene estudiar la sentencia No. 1456 del TSJ en Sala Constitucional del 27 de julio de 2006, en la que fue objeto de decisión determinar si la ciudadana Yamilex Coromoto Núñez de Godoy, viuda de Digmer Godoy, podía hacer uso de la muestra espermática de este. Muestra criopreservada aun después de su muerte en las

[58] Código Civil Venezolano. Art 809.

instalaciones del Grupo Médico de Fertilidad, C.A., del Centro Médico Docente la Trinidad. Además, se mantuvieron en tela de juicio otros aspectos como la manifestación de consentimiento previo, expreso e inequívoco del marido fallecido para la reproducción *post mortem,* la determinación de la filiación y de los derechos sucesorios del hijo aún no concebido. Sin embargo, a título complementario, se tomarán algunos extractos fundamentales de otras sentencias que, a pesar de no encontrarse en la jurisdicción de la Sala Constitucional del TSJ, sientan un criterio para los mismos puntos descritos anteriormente.[59]

Manifestación del consentimiento previo, expreso e inequívoco del fallecido para la reproducción post mortem

La Sala Constitucional, en su sentencia No. 1456 del año 2006, recopila múltiples postulados con respecto al entendimiento de la manifestación de consentimiento pues, como es evidente, el ya fallecido Digmer Godoy, no estaba en la posibilidad de establecer su voluntad sino que, ante su fallecimiento, se contaba únicamente con los documentos firmados para llevar a cabo el procedimiento de fecundación asistida al que él y la ciudadana Yamilex Coromoto Núñez de Godoy se estaban sometiendo.

El Grupo Médico de Fertilidad C.A. mantenía la negativa de practicarlo en razón de la falta de consentimiento expreso para la ejecución de la reproducción asistida *post mortem*. Empero, la Sala estableció que había pruebas suficientes para determinar que el ciudadano Digmer Godoy manifestó su voluntad procreacional. En propias palabras de la Sala:

> No puede la institución médica, en este caso, el Grupo Médico de Fertilidad C.A., que tiene un compromiso previamente pautado con la actora y su cónyuge fallecido (v. artículo 1264 del Código Civil), negarse, pues existe en autos documento posterior a la solicitud de criopreservación (autorización del 22 de febrero de 2004) que revela de manera patente que el ciudadano D.G., quien ostentaba capacidad de goce y de disposición, manifestó la voluntad procreacional, específicamente a través del procedimiento de reproducción asistida con la muestra custodiada por el Centro Médico Docente La Trinidad, en los términos siguientes:
>
> …autorizo a la ciudadana YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ, titular de la Cédula de Identidad N° V-14.757.789, Quien actualmente es mi

[59] Sentencia No. 1456 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Ponente: Jesús Eduardo Cabrera.

> 'Concubina' de profesión T.S.U. Administración Mención Empresas, para que se encargue de realizar, agilizar, retirar y efectuar todas aquellas diligencias pertinentes a mi nombre y/o a solicitud tales como: El pago de sueldo correspondientes a mis quincenas, trámites de mi cuenta de ahorro (Banco Mercantil) y la que poseemos a nombre de los dos (Banco Fondo Común), Tramitación de Título Universitario y en fin el de cumplir mi gran sueño el someterse a futuro en la procreación de hijos a través de 'Inseminación (sic) Artificial' ya que por razones ajenas a mi voluntad no podré ejercerlo como lo manda la Ley de Dios, cuyo espermatozoide se encuentra custodiado a través del Centro Médico Docente La Trinidad, desde el mes de Junio 2.003, Médico tratante: Dr. Hibraim Reyes…[60]

En este mismo orden de ideas, la Sala –en resumidas cuentas- calificó como presunción iuris tantum dicha voluntad procreacional en cuanto conste en "documentos auténticos o privados, o por una combinación de éstos con otros elementos que prueban la voluntad y sus alcances"[61], admitiendo como prueba en contrario cualquier otra manifestación de voluntad que "reste certeza respecto al deseo del fallecido, lo cual consistiría en la manifestación escrita de que su esperma fuese destruido en el caso de fallecer". Así, vemos como la existencia de documentos donde se exprese –con claridad- la aceptación del donante y del receptor sobre el proceso de criopreservación y la "expectativa legítima de procrear", constituyen, a criterio de la Sala, manifestación de voluntad suficiente según las circunstancias.

De igual manera, se incluyen otras consideraciones al caso juzgado que pueden influir en dicha determinación de voluntad. Claro está que los fines de esta investigación no se refieren al análisis de casos particulares, empero, es fundamental resaltar que la Sala consideró que Yamilex Coromoto Núñez y Digmer Godoy contrajeron matrimonio civil meses antes del fallecimiento del último, consta como prueba de que existía la voluntad de conformar una familia. De lo mencionado se puede sobreentender que, ante la dificultad de delimitar los actos y/o documentos que expresen la voluntad procreacional, puede recurrirse a evaluar la relación familiar producto del matrimonio civil o uniones estables de hecho, el deseo de ambos de tener descendencia y el hecho de haber acudido a las TRA, entendiendo

[60] Sentencia No. 1456 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Capítulo E.
[61] *Ibídem.* Capítulo C.2.

que estas implican, de primera mano, ciertos requisitos formales y protocolares donde debe constar el consentimiento expreso, previo e inequívoco.

Entonces, se evidencia como lo fundamental en términos de proseguir con un proceso de reproducción asistida con muestras seminales de una persona ya fallecida, mientras haya estado en vida vinculado con la receptora de dicha muestra por una unión matrimonial o estable de hecho, es la manifestación de voluntad expresa, pues de no probarse esta, la utilización de dichos materiales biológicos es ilegal, como lo califica la Sala. Por tanto "deberán ser destruidos en un tiempo prudencial por su tenedor, una vez finalizada la obligación destinada a la reproducción asistida". [62]

Ahora bien, es fácil deducir que frente a la existencia de una muestra de esperma criopreservada, que ha sido objeto de protocolos y formalidades que buscan esclarecer el consentimiento de quien lo aporta para su uso, son pocas las probabilidades de controvertir el desenlace en cuanto a que la determinación de la herencia genética y la voluntad procreacional es –en la mayoría de los escenarios- inequívoca. Por otro lado, frente al debate jurídico y ético que se ha generado en las últimas décadas sobre este tipo de situaciones aplicadas a la maternidad, se encuentran lagunas mucho más amplias. La decisión No. PJ0552013000004 del Tribunal Tercero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Caracas del 9 de enero de 2013 aclara en su texto que ante un supuesto de gestación subrogada (sin añadir el carácter *post mortem*) hay una dualidad de criterios en cuanto a la determinación de la filiación.[63]

El primero es el de la "maternidad genética", que declara que la madre genética –con base en el aporte del óvulo fecundado-- podría reclamar la filiación. Esto surge en contraposición, como menciona el Tribunal, al criterio que defiende que la filiación materna deviene del parto debido a que "…se presenta actualmente como inconstitucional. Porque la filiación en su contexto biológico o genético como parte de la identidad del individuo (y el

[62] *Ibídem.* Capítulo C.2.

[63] Tribunal Tercero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Caracas. Decisión No. PJ0552013000004 del 9 de enero de 2013.

derecho de éste a ser criado por tales progenitores) trasciende al hecho aislado del parto".

Además, surge el segundo criterio: la "maternidad de deseo", sustentada en la verdadera intención de la maternidad, es decir, en la manifestación de la voluntad procreacional, descrita supra. Al respecto también se pronunció la Sala Constitucional del TSJ en la referida sentencia No. 1456:

> …la Sala, ante la realidad y la cobertura constitucional que en esta materia debe existir, no quiere pasar por alto el hecho de que frente a la práctica de estas técnicas de reproducción asistida, por medio de donante de esperma, óvulo y/vientre, lo importante en todo caso es que en materia de filiación, se otorgue la paternidad y maternidad a quienes hayan manifestado y realmente tenido la voluntad procreacional, es decir, la voluntad y el afecto para tener su descendencia, y no a quienes han prestado un servicio para que esa reproducción asistida tenga éxito.[64]

Volviendo a lo que ocupa a esta investigación, es pertinente aterrizar lo relativo a la "maternidad póstuma". Dentro del ordenamiento jurídico venezolano (incluyendo a la jurisprudencia) no se ha presentado una postura firme o decisiva con respecto a dicho supuesto. No obstante, consideramos que, habiendo evaluado las condiciones y requerimientos aplicables a la determinación de la voluntad procreacional y el consentimiento sobre la utilización de una muestra seminal, deberían aplicarse analógicamente estos mismos a los casos de "maternidad póstuma". Aun así, es menester vincular a la presente sección algunas interrogantes: ¿Cuál sería el procedimiento para asegurar la gestación del aún no concebido?, ¿debería quedar a discreción del cónyuge sobreviviente con base en la manifestación del consentimiento de la fallecida?, ¿cuál sería la preeminencia entre la "maternidad genética" y la "maternidad de deseo" ?, entre otras cuestiones sin respuesta evidente.

Determinación de la filiación y de los derechos sucesorios del hijo aún no concebido

Como punto previo a lo que se pretende abordar, debe exponerse el criterio de la Sala Constitucional del TSJ en la referida sentencia No. 1456 sobre los problemas en la

[64] Sentencia No. 1456 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Capítulo B.4.

determinación de la filiación del hijo nacido por los TRA, a saber:

> Desde el punto de vista jurídico, esa fecundación in vitro homóloga no presenta problemas en la determinación de la filiación del hijo nacido por dicho método, toda vez que es utilizada por dos personas capaces y con su consentimiento, a diferencia de la heteróloga, en la cual se tiende a atribuir una paternidad distinta de la biológica, pues como ya se apuntó interviene un donante anónimo, y tendrá importancia el hecho de que la mujer esté soltera o casada; pues en este último supuesto la paternidad debe atribuírsele al marido y la filiación es matrimonial (artículo 204 del Código Civil), pero en el caso de la soltera el hijo tiene el carácter de extramatrimonial y, en principio nadie podrá ser legalmente su padre, salvo que lo haga por adopción.[65]

Teniendo esto en consideración, la Sala, motivados por las pruebas presentadas en autos y demás consideraciones derivadas del ordenamiento jurídico venezolano, concluyó que "el sistema de reproducción asistida planteado por el Grupo Médico de Fertilidad C.A. a los Sres. Núñez y Godoy fue la conocida como procreación artificial homóloga, es decir, la que se lleva a cabo con el semen del marido". Por tanto, en lo sucesivo, debe entenderse que el hijo fruto de dicho método de procreación artificial homóloga tendrá carácter matrimonial.

Retomando el tema principal del presente título, queda claro que, en materia de filiación, la maternidad y la paternidad es atribuible a quienes manifestaron la voluntad procreacional (como establece la sentencia No. 1456 del TSJ en Sala Constitucional del 27 de julio de 2006 y descrito supra). Respecto a la filiación no hay mayor inconveniente pues la Sala Constitucional –en la misma sentencia- indica que la CRBV protege a la familia en su articulado y en el caso de la reproducción asistida *post mortem,* se entiende que un hijo fruto de esta es "una extensión de la familia, y el nacido mantendría vínculos filiales".[66]

Ahondando en esto último, es indudable la falta de regulación de la filiación paterna del hijo en casos de reproducción asistida *post mortem* y, aún más específico, en el apartado de los concebidos posterior a la disolución del vínculo matrimonial, en razón de la muerte del marido y la previa conservación de la muestra seminal. La Sala -en la referida sentencia-

[65] *Ibídem*. Capítulo B.3.
[66] *Ibídem.* Capítulo C.2.

establece que dicho inconveniente "no puede convertirse en un traba para que el producto de la inseminación *post mortem*, no goce de sus derechos de conocer a sus padres, y llevar sus apellidos", entendiendo que dicho derecho trasciende a la obtención de los efectos jurídicos de tal condición. En el mismo orden ideas, la Sala pronuncia que:

> En casos como éstos (inseminación post mortem), donde consta la existencia del semen, así como de quien emana y el estado civil de los sujetos involucrados en la inseminación, por razones de seguridad jurídica se hace necesario una orden judicial al respecto, de manera que constatados esos extremos, se declare la filiación paterna del concebido en estas circunstancias y se ordene su inscripción en el registro civil con tal filiación, ajustado a lo dispuesto en el artículo 235 del Código Civil. Al fin y al cabo se trata de una filiación producto de un matrimonio, producida por estas técnicas aplicadas post mortem, pero donde el nacido es hijo del marido de la madre, a menos que tal paternidad sea desconocida por sus herederos mediante juicio al respecto.
>
> Esta filiación debe ser declarada en sentencia judicial, así no provenga de un proceso contencioso, y si los extremos que hacen presumir la filiación pueden determinarse por un juez de familia, que ordene y supervise la inseminación, en estos excepcionales casos podrá ser declarada, a pesar de que no se esté ante el supuesto del artículo 201 del Código Civil.[67]

El último inciso al que debemos referirnos resulta ser la materia sucesoria en casos de reproducción asistida *post mortem*. La Sala Constitucional del TSJ, nuevamente en la sentencia No. 1456, remite a los artículos 201, 202 y 809 del CCV a los nacidos *post mortem* por dicho método sin autorización del donante de la muestra seminal, reconociendo que estos "sufren una disminución en sus derechos, en materia sucesoria".[68]

Ahora, tratándose de un supuesto en el que consta la manifestación de voluntad procreacional por parte del fallecido, sienta una posición diferente y bastante clara, a saber:

> Pero, cuando la persona ha autorizado en vida la reproducción asistida, para que pueda realizarse post mortem, con persona señalada o señalable, hay una clara voluntad de que nazca alguien con la condición de hijo, a quien la Constitución y las leyes le reconocen el derecho de conocer a sus padres, lo que para esta Sala es un conocer integral y jurídico, y el artículo 809 del

[67] *Ibidem*. Capítulo B.3.
[68] *Ibídem.* Capítulo B.3.

> Código Civil debe ceder ante esta situación, ya que el conocer a qué tiene derecho este hijo, debe ser igual al de los otros hijos.[69]

El pronunciamiento sobre este último tema es breve y, nuevamente deja múltiples interrogantes sobre dicho régimen sucesorio: ¿Hay un plazo para que dicho hijo pueda ser concebido y pueda figurar dentro de la sucesión del difunto?, ¿a qué recursos debería acudirse en caso de que ya hubiera ocurrido la repartición de bienes entre los llamados a suceder vivos y ya concebidos para reclamar dicha herencia?, entre otras interrogantes sin respuesta clara. De igual manera, se mantiene la incertidumbre sobre la aplicación de los criterios fijados por la Sala en cuanto a los casos en los que la muestra biológica sean óvulos ya inseminados pues, ¿sería eficiente la aplicación de estos bajo la analogía al supuesto de la gestación subrogada con material genético de la cónyuge fallecida?

Fallos del ordenamiento jurídico venezolano

Los fallos del ordenamiento jurídico venezolano en relación a los métodos de reproducción asistida *post mortem* van más allá de simplemente carecer de normativa que regule los distintos supuestos que surgen en esta materia, y la cual es necesaria para poder darle una respuesta eficaz y justa a los mismos, sino que, en los pocos intentos que ha hecho tanto el legislador como el jurista venezolano en regular la materia se pudiese estar obviando y por ende inclusive afectando el derecho a tener un padre y una madre, el cual encuentra su basamento en el artículo 76 de la CRBV y es ampliamente sustentado por la doctrina.

De esta forma nos encontramos con que la Sentencia No. 1456/2006 de la Sala Constitucional del TSJ no contempla este derecho a la hora de mencionar las distintas aristas de la fecundación *post mortem.* Ahora, se podría argumentar que el permitir la fecundación artificial *post mortem*, va directamente en contra del derecho que posee el no concebido de tener padre y madre, ya que por definición, para que una fecundación sea de manera *post mortem* uno de los padres debe haber fallecido.

[69] *Ibídem*. Capítulo C.2.

Esto no es únicamente relevante debido a que el no nacido ya es condenado, por decisión del progenitor sobreviviente, a vivir sin padre desde un inicio, sino que esta condición evidentemente causa que los derechos tales como los alimentarios se vean directamente afectados por su condición de hijo póstumo. Derechos que se encuentran consagrados en nuestra Carta Magna, tal y como lo señala el segundo parágrafo del artículo anteriormente mencionado:

> Artículo 76: … El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas, y éstos o éstas tienen el deber de asistirlos o asistirlas cuando aquel o aquella no puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.[70]

De esta forma, se evidencia que el permitir desde un inicio la fecundación artificial de forma *post mortem* disminuye la capacidad de goce de estos derechos del no concebido. Este problema fue completamente obviado por la Sala en la anteriormente mencionada Sentencia, y será entonces trabajo del legislador reconciliar todos los aspectos y crear legislación comprensiva que encima de todo tenga como meta satisfacer el interés superior del niño.

Una ley especial como posible solución

Al analizar el cuerpo legal venezolano en materia de sucesión y filiación, se observa una notable ausencia de referencias a los casos de hijos fruto de las TRA *post mortem.* Esta laguna jurídica representa un desafío ineludible para el legislador en el siglo XXI, especialmente considerando la creciente frecuencia de estas técnicas. Las particularidades de la TRA *post mortem* exigen un tratamiento legal especializado. Por ello, abogamos por la creación de una Ley Especial que adapte las instituciones de filiación y sucesión a las realidades del presente.

De esta manera, encontramos que a nuestra opinión, esta ley debe contener

[70] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Art. 76.

regulación expresa sobre cómo debe ser otorgado el consentimiento por parte de quien otorga su material genético para que después sea utilizado por su pareja para realizar cualquier procedimiento de fecundación *post mortem.* En este sentido, se considera que es necesario que cualquier clínica que ofrezca los servicios de criopreservación debe requerir a la persona que mediante documentos auténticos o privados expresen su voluntad, o falta de, y sus alcances. Esta, debe expresar si desea que su material genético pueda ser usado en uno de estos procedimientos, por quién, por cuánto tiempo y por cuántas veces podría ser utilizado. De no existir este consentimiento manifestado expresamente, el centro de salud debería destruir el material genético con la muerte de su titular, de manera similar a la legislación de países bajos.[71] Algunos autores han argumentados que deben existir límites expresos en ley sobre el plazo posterior a la muerte de la pareja durante el cual se puede utilizar el material genético para realizar el procedimiento de fecundación in vitro[72], en este sentido observamos que Rodolfo Vázquez argumenta que:

> Habría que exigir que la inseminación tuviera lugar dentro de un plazo razonable (lo que hablaría de la buena fe de la pareja): un año, prorrogable si hay causa justificada, como podría ser alguna enfermedad de la mujer.[73]

A su vez, es importante definir qué criterio se emplea y cuáles son los alcances del mismo para establecer el vínculo filiatorio entre el hijo y sus padres, ya sea la llamada "maternidad/paternidad biológica" o "maternidad/paternidad de deseo". El primero de estos criterios presenta problemas, debido a que si el criterio para establecer el vínculo filiatorio es el material genético empleado, en los casos de fecundación heteróloga, el donante anónimo sería aquel con quien se debería establecer la filiación. Sin embargo, el segundo de estos también presenta problemas, ya que como señala el voto salvado de la Sentencia No. 1456:

[71] Érika Montañés, «Fecundación después de la muerte: qué países en Europa la permiten y la prohíben», ABC Sociedad, acceso el 21 de febrero del 2024, https://www.abc.es/sociedad/abci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fsociedad%2Fabci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951_noticia.html.

[72] Vázquez, Rodolfo. «Ética, Derecho y Fecundación Asistida». Doxa No. 14, Cuadernos de Filosofía del Derecho (1993): 457-464. https://doxa.ua.es/article/view/1993-n14-etica-derecho-y-fecundacion-asistida.

[73] *Ibídem.*

> "En todo caso, la afirmación que se hace en ese capítulo acerca de que "la voluntad procreacional" determinaría la filiación, se enfrenta con el artículo 197 del Código Civil sin ningún análisis al respecto. (Artículo 197: "La filiación materna resulta del nacimiento…"). Esta conclusión, además, es potencialmente muy peligrosa fuera de contexto; ¿cualquiera que alegue que carecía de esa voluntad al momento de la procreación puede desconocer a un hijo suyo?"[74]

De esta forma, la ley debe ser certera sobre en qué momento debe existir la voluntad procreacional para que pueda ser establecido el vínculo filiatorio, qué documentos deben ser demandados por las instituciones que lleven a cabo TRA para evidenciar dicha voluntad procreacional, requisito que consideramos elemental por razones de seguridad jurídica.

Otro elemento a considerar es la estipulación de los derechos sucesorios del hijo concebido de manera *post mortem.* En este sentido coincidimos en el criterio de la Sala Constitucional en su Sentencia No. 1456 cuando determina que:

> Pero, cuando la persona ha autorizado en vida la reproducción asistida, para que pueda realizarse post mortem, con persona señalada o señalable, hay una clara voluntad de que nazca alguien con la condición de hijo, a quien la Constitución y las leyes le reconocen el derecho de conocer a sus padres, lo que para esta Sala es un conocer integral y jurídico, y el artículo 809 del Código Civil debe ceder ante esta situación, ya que el conocer a qué tiene derecho este hijo, debe ser igual al de los otros hijos.[75]

La prohibición del artículo 809 del CCV debe ceder ante los derechos constitucionales ya que, a nuestro criterio, el principio de no discriminación debe primar y no se debe poner en una situación de disminución de sus derechos en relación al resto de los herederos a aquel cuyos padres desearon engendrar de esta manera. Es por esto que, por razones de seguridad jurídica, nosotros coincidimos con el criterio de Rodolfo Vázquez[76], quien argumenta que es necesario un límite de tiempo establecido en ley para poder llevar a cabo el procedimiento, para de esta manera proteger los derechos anteriormente mencionados y a su vez no desmejorar los derechos de los herederos quienes sí se encontraban concebidos

[74] Sentencia No. 1456 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Voto Salvado.
[75] Sentencia No. 1456 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Capítulo C.2.
[76] Vázquez, Rodolfo. «Ética…». 457-464.

en el momento de la apertura de la sucesión.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Al realizar un amplio análisis de la legislación venezolana y la legislación de otros países en materia de filiación y sucesión de hijos concebidos por fecundación *post mortem*, es posible afirmar, en primer lugar, la importancia de generar una legislación que regule a detalle la materia, pues al realizar el examen de los sistemas jurídicos ya mencionados es posible notar que existen varias dudas que quedan al aire, como, por ejemplo, las relativas a la sucesión y filiación del niño en el supuesto de que este haya sido concebido fuera de los plazos que establece la ley venezolana -atendiendo a lo que se desprende de los artículos 808 y 809 del CCV-. Además, destacan las lagunas legales que quedaron expuestas al analizar lo establecido en el artículo 56 de la CRBV y otros problemas bien fundamentados en líneas anteriores.

Es así como queda más que claro que existe una laguna al regular los efectos que devienen de la fecundación *post mortem* mediante TRA; por otro lado, la necesidad de un consentimiento expreso y claro por parte del difunto dueño del material biológico a emplear en procedimientos *post mortem* con TRA queda completamente especificada, siendo ilegal que se apliquen estos procedimientos sin la constancia de dicha voluntad. Está regulación se encuentra expresa el artículo 1 de la LTOMASH, aunque la misma especifica que no aplicable para óvulos ni para esperma.

Volviendo a las falencias que existen en la regulación venezolana en esta materia particular, a la luz del análisis desarrollado a lo largo del presente trabajo es posible identificar que permitir la fecundación *post mortem* pone al no concebido en una situación donde de por sí se disminuye la capacidad de goce de sus derechos -en lo relativo al 76 de la CRBV- y que la carencia de legislación apropiada en la materia expone al mismo a una situación donde tampoco se busca satisfacer el interés superior del niño que se encuentre en estas circunstancias.

En ese sentido, vale la pena traer a colación nuevamente la sentencia No. 1456/2006

del TSJ, donde a pesar del amplio debate sobre aspectos de esta materia, en ningún momento se consideró la situación del niño más allá de la relativa al consentimiento para su fecundación. Así las cosas, es posible afirmar que el legislador venezolano no ha ignorado del todo esta materia, pero que la legislación existente es poco específica a los efectos de poder decir que cumple con una función propiamente conciliadora o en su defecto determinante en cuanto a la filiación y sucesión de hijos concebidos por fecundación *post mortem se* trata; lo que es más, la legislación existente solo ha generado más dudas, las cuales dejan entrever la necesidad de un marco jurídico que regule la materia.

Ante la situación que acaece a la regulación venezolana, se vuelve inevitable considerar los avances jurídicos en esta materia presentes en otros países, donde en efecto, es posible apreciar que la legislación contempla que se conciban hijos luego del fallecimiento del padre, permitiendo establecer la filiación legal e incluso heredar siempre y cuando se respete un marco de tiempo establecido por la ley y exista el consentimiento expreso del padre; la filiación y sucesión en este supuesto se encuentra prevista en España, Bélgica, Portugal, Grecia y Holanda, en contraste con Reino Unido, en el que la filiación debe ser establecida un tribunal en aras de que genere consecuencias jurídicas y no sea un mero acto simbólico.

Ahora, en los Estados donde no existe una legislación que desarrolle los efectos jurídicos de los niños concebidos así, como sucede en Venezuela, Estados Unidos y Argentina, la jurisprudencia ha confirmado que se hace imprescindible corroborar el consentimiento previo y expreso del padre difunto para proceder con la fecundación. Incluso, a esta misma conclusión se ha llegado en países como Colombia y Perú por vía de la doctrina. No obstante, es importante reconocer que si bien los tribunales prevén el requisito del consentimiento, esto no significa que exista o se hayan concentrado en el desarrollo sobre los efectos jurídicos que devienen de concebir al hijo en esas circunstancias.

De esta manera, se hace posible concluir que (i) el régimen de filiación y sucesión en el supuesto de fecundación *post mortem* no se encuentra debidamente regulado en el ordenamiento jurídico venezolano, (ii) desde la perspectiva comparada no existe un

tratamiento universal, sino distintas teorías que se han concentrado en llenar el vació legal o en prohibir la práctica de esta TRA, (iii) la necesidad de regular esta materia se encuentra, primordialmente, en el deseo de salvaguardar el meta interés del niño, y (iv) la poca regulación que existe en Venezuela se encuentra en la jurisprudencia del TSJ, siendo que la sentencia en cuestión no cubre todas las aristas que devienen de semejante situación.

Es por eso que es completamente necesario desarrollar una ley especial que regule o establezca un régimen de filiación y sucesión de los hijos concebidos por fecundación *post mortem* en Venezuela, en especial consideración de los requisitos para reconocer la voluntad expresa del padre difunto, los plazos o condiciones para reconocer o desconocer la filiación del hijo nacido de esta forma, las formas en las que se pudiere o no acreditar la sucesión al hijo nacido en este supuesto y el margen de acción o discrecionalidad de los centros clínicos que presten este servicio de reproducción asistida, todo a la luz del principio del interés del niño y demás derechos fundamentales de las partes involucradas.

BIBLIOGRAFÍA

Alza Barco, Carlos. «El concebido in-vitro post mortem y sus derechos sucesorios». Derecho & Sociedad 10 (1995): 28-41, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14306.

Araque, Ingrid. «Reproducción Humana Asistida: ¿Maternidad Legal o Biológica? Consideraciones en torno a Problemas Jurídicos Contemporáneos Surgidos con Ocasión a Las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida». Curso de Derecho Internacional del Departamento de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos (2017), https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_Ingrid_Araque_Sayago_1.pdf

Baig, Irene y Fernández, Francisca. «La fecundación post mortem en España: problemas y límites jurídicos y bioéticos». Revista Iberoamericana de Bioética, No. 13 (2020). ISSN 2529-9573. DOI: https://doi.org/10.14422/rib.i13.y2020.011

Bernard Mainar, Rafael. Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2000.

Caputo, Valeria. «Las fecundaciones "póstumas": una realidad a veces perjudicial». Actualidad Jurídica Iberoamericana No. 17 bis (2022): 526-549. ISSN: 2386-4567, https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2023/01/19.-Valeria-Caputo-pp.-526-549.pdf.

Código Civil Venezolano. (1982). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No 2.990

Código Civil francés (*Code civil*). Versión consolidada el 15 de diciembre del 2019.

Código francés de Salud Pública de 1953.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999, 30 de diciembre). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No 36.860.

Contreras, Carolina y Lineros, Marlen. «Fecundación post mortem». Tesis de pregrado. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional Andrés Bello, 2001. https://repositorio.unab.cl/xmlui/handle/ria/15033.

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Domínguez, María. «Breve referencia a la filiación post mortem». Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, No. 134 (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2009): 195-217. https://rvlj.com.ve/?page_id=1618.

Domínguez, María. «Gestación Subrogada». Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, No. 1 (Caracas: Panapo, 2009): 183-227. http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2021/04/RVLJ-1-SIN-LINEAS-183-227.pdf.

Domínguez, María. «Tema V: La sucesión legal, ab intestato o intestada». En Manual de Derecho Sucesorio, 2. edición revisada y aumentada. Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2019. 215 y ss.http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2019/06/MANUAL-DE-DERECHO-SUCESORIO-final-215-330.pdf.

«El presidente de Portugal promulga la ley de "inseminación post-mortem"». Swissinfo.ch. Acceso el 21 de febrero del 2024. https://www.swissinfo.ch/spa/el-presidente-de-portugal-promulga-la-ley-de-inseminaci%C3%B3n-post-mortem/47088616.

Fonseca, Elora. «La Reproducción humana asistida post mortem». Tesis de pregrado. *Universitat de les Illes* Balears, 2013. https://dspace.uib.es/xmlui/bitstream/handle/11201/435/Oliver%2C%20Elora_Verdera.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Getino Alonso, Marta. «Técnicas de Fecundación Asistida Post Mortem». Tesis doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de León, 2016. https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/6153/TFG%20MARTA%20GETINO%20ALONSO%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Gil, Jacqueline. La Reproducción Humana Asistida: Incidencias en la Filiación. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Dirección General de los Estudios de Postgrado, Derecho de Familia y Menores, 2000. http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ3528.pdf

Guerra, Jacqueline y Moadie, Vanina. «La fecundación post-mortem: ¿garantista o vulnerante de derechos?», Revista Cultural UNILIBRE (Sede Cartagena) No. 1 (2020): 24-32, ISSN ELECTRÓNICO 2382-333X https://doi.org/10.18041/1909-2288/revistacultural.1.2020.8380.

Herrera, Marisa. «Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada». Revista IUS, Puebla, Vol.11 No. 9 (2017), http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100010&lng=es&tlng=es.

Human fertilization and embryology Act 2003. *UK Public General Acts, Chapter 24.*

Kindregan, Charles «S.v. Genetically related children: harvesting of gametes from deceased or incompetent persons». *The Free Library*. Acceso el 25 de febrero del 2024. https://www.thefreelibrary.com/Genetically+related+children%3a+harvesting+of+gametes+from+deceased+or...-a026258288

Lei No. 48/2019 de 8 de julho, regime de confidencialidade nas técnicas de procriação medicamente assistida, procedendo à sexta alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de

julho (procriação medicamente assistida). Publicado en el Diário da República n.º 128/2019, Série I de 2019-07-08, páginas 3415 - 3416.

Ley del 19 de febrero de 2004, No. 40 (*Legge 19 febbrario 2004 No. 40*). Publicada en GU No. 45 del 24 de febrero del 2004.

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Publicada en Gaceta Oficial No. 6.185 del 8 de junio de 2015.

Ley sobre Embriones e Ingeniería Genética de 13 de diciembre de 1990 (*Gesetz zum. Sch* 21 de noviembre de 2011 (BGBl. I p. 2228).

Ley Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos. Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria Número 4.497 del 3 de diciembre de 1992.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Publicada en BOE No. 126, de 27 de mayo de 2006.

Loi du 06/07/2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes. Publicada el 17 de julio de 2007.

Lov nr. 460 af 10/06/1997, om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v.

Martínez, Henry. «Fertilización post mortem». Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, N.º11 (Caracas: Panapo, 2018): 367-396. http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2019/01/RVLJ-11-367-396.pdf.

Montañés, Érika. «Fecundación después de la muerte: qué países en Europa la permiten y la prohíben». ABC Sociedad. Acceso el 21 de febrero del 2024. https://www.abc.es/sociedad/abci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fsociedad%2Fabci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951_noticia.html.

Moy, Milka. «La filiación post mortem en la reproducción humana asistida». Tesis de pregrado. Universidad de San Martín de Porres, 2019. https://hdl.handle.net/20.500.12727/5703.

«Nace el primer bebé en Portugal tras la legalización de la inseminación post-mortem». Swissinfo.ch. Acceso el 21 de febrero del 2024. https://www.swissinfo.ch/spa/nace-el-primer-beb%C3%A9-en-portugal-tras-la-legalizaci%C3%B3n-de-la-inseminaci%C3%B3n-post-mortem/48742510#:~:text=Tras%20varios%20proyectos%20de%20diferentes,Portugal%20en%20noviembre%20de%202021.

Navarro Pastor, Marta. «Fecundación asistida post mortem y su tratamiento en Derecho Civil». Revista Médico-Jurídica, No. VI (2022). https://revistamedicojuridica.com/blog/2022/04/20/fecundacion-asistida-

postmortem-y-su-tratamiento-en-derecho-civil/#:~:text=Ya%20en%201988%20nuestro%20Ordenamiento,en%20el%20momento%20de%20la

Salituri, María. «Jurisprudencia argentina en materia de fertilización post mortem». Diccionario Enciclopédico de Legislación Sanitaria (DELS). Acceso el 25 de febrero del 2024. https://www.salud.gob.ar/dels/entradas/jurisprudencia-argentina-en-materia-de-fertilizacion-post-mortem

Sanchez-Ruiz, P., Martinez-Castellon, N., & Fernandez-Ordoñez, E. «Fecundación in vitro post mortem». Cultura de los Cuidados 22(50) (Edición digital, 2018): 171-179. http://dx.doi.org/10.14198/cuid.2018.50.16.

Sentencia No. 1456 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Ponente: Jesús Eduardo Cabrera.

Simana, Shelly. *«Creating life after death: should posthumous reproduction be legally permissible without the deceased's prior consent?». Journal of Law and the Biosciences*, 5(2): 329–354 (2018): 329-354. Doi: 10.1093/jlb/lsy017.

Tribunal Tercero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Caracas. Decisión No. PJ0552013000004 del 9 de enero de 2013.

Uniform Anatomical Gift Act del 2006. *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.*

Uniform Parentage Act de 1973. National Conference of Commissioners of Uniform State Laws, enmendado en el 2017.

Uniform Probate Code de 1969. *National Conference of Commissioners of Uniform State Laws*, enmendado en 2019.

Varela Cáceres, Edison. «Lección VI: El comienzo de la personalidad del ser humano». En Lecciones de Derecho Civil I: Personas, 213-237. Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2019. http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2023/11/Lecciones-de-Derecho-Civil-I-Personas-213-237.pdf.

Varela Cáceres, Edison. «Lección VII: La extinción de la personalidad del ser humano». En Lecciones de Derecho Civil I: Personas, 213-237. Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2019. http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2023/11/Lecciones-de-Derecho-Civil-I-Personas-213-237.pdf

Vázquez, Rodolfo. «Ética, Derecho y Fecundación Asistida». Doxa No. 14, Cuadernos de Filosofía del Derecho (1993): 457-464. https://doxa.ua.es/article/view/1993-n14-etica-derecho-y-fecundacion-asistida

Young, Hilary. «Presuming Consent to Posthumous Reproduction». 27 Journal of Law and Health 53, Volume 27, Issue 1 (University of New Brunswick College of Law, 2014): 367-396. https://engagedscholarship.csuohio.edu/jlh/vol27/iss1/6/

Zegers-Hochschild, F., Adamson, G.D., de Mouzon, J., Ishihara, O., Mansour, R., Nygren, K., Sullivan, E., Vanderpoel, S., para el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* y la Organización Mundial de la Salud. «Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)»,. Traducido al español y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (2010). https://cnrha.sanidad.gob.es/documentacion/bioetica/pdf/Tecnicas_Reproduccion_Asistida_TRA.pdf

CRÓNICA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Las informaciones reflejadas en esta crónica principalmente se extraen de las 18 reuniones del Consejo de Facultad celebradas entre enero y diciembre de 2023, reflejadas en 16 Actas ordinarias y 2 Actas Extraordinarias (No. 961 y No. 964). En el caso de las actividades vinculadas con comunicaciones a profesores, competencias y eventos, se toma desde septiembre 2023 hasta agosto 2024.

I. Integrantes del Consejo de Facultad

Entre enero y julio de 2023 el Consejo de la Facultad estuvo conformado de la siguiente manera:

Jesús María Casal, Decano; **María Virginia Alarcón,** Directora de la Escuela de Derecho sede Guayana; **María Lidia Álvarez Chamosa,** Directora (E) de la Escuela de Derecho, sede Caracas; **Ninoska Rodríguez,** Directora de Postgrado de Derecho; **Aura Janesky Lehmann**, Directora del Centro de Clínica Jurídica; **Eduardo Trujillo**, Director del Centro de Derechos Humanos; **César Carballo**, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas; **Benigno Alarcón**, Director del Centro de Estudios Políticos y de Gobierno; **Marcos Carrillo (**y **Alfredo Abou-Hassan,** representantes del Rector**; Gerardo Fernández y José Carlos Blanco**, representantes de los profesores; **Rosnell Carrasco**, representante de los egresados; **Andrea Salima** y **Anselmo Coelho**, representantes de los estudiantes.

Posteriormente se produjeron algunos cambios. El nombramiento como Directora de la Escuela de Derecho, sede Caracas para un primer período de la profesora **María Lidia Álvarez Chamosa**, cuestión que sucedió en fecha 20/07/2023, Acta no. 969, así como la incorporación de los nuevos representantes estudiantiles acorde consta en el Acta no. 970 de fecha 11/09/2023, de forma tal que con estas modificaciones el Consejo de la Facultad quedó conformado como se señala a continuación:

Jesús María Casal, Decano; **María Virginia Alarcón,** Directora de la Escuela de Derecho sede Guayana; **María Lidia Álvarez Chamosa,** Directora de la Escuela de Derecho, sede Caracas; **Ninoska Rodríguez,** Directora de Postgrado de Derecho; **Aura Janesky Lehmann**, Directora del Centro de Clínica Jurídica; **Eduardo Trujillo**, Director del Centro de Derechos Humanos; **César Carballo**, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas;

Benigno Alarcón Director del Centro de Estudios Políticos y de Gobierno; **Marcos Carrillo** y **Alfredo Abou-Hassan** representantes del Rector**; José Valentín González, Gerardo Fernández y José Carlos Blanco** representantes de los profesores; **Rosnell Carrasco**, representante de los egresados; **Teresa de Jesús Raymond Lebrum** y **Daniel Alejandro Yánez Roo** representantes de los estudiantes.

II. Juramentación de los nuevos miembros.

En el Acta no. 970 del 11/09/2023 el Decano Jesús María Casal Hernández tomó juramento a la representación estudiantil, **bachilleres Teresa de Jesús Raymond Lebrun y Daniel Alejandro Yánez Roo,** como representantes ante el Consejo de la Facultad de Derecho, año lectivo 2023 – 2024.

III. Reforma curricular, normas transitorias, revisión y reforma de programas, cierre de secciones, propuestas y decisiones derivadas de la reforma curricular.

3.1.- Reforma curricular. Normas transitorias.

3.1.1. Acta no. 953 del 17/ 04 /2023. Avances y continuación de rediseño curricular.

Después de hacer referencia a las reuniones que se han sostenido y las que faltaría por realizar, el Decano convoca a una reunión extraordinaria de Consejo de Facultad para el 24 de abril a fin de presentar la propuesta de malla que contendrá los aspectos planteados en la reunión del 30 de marzo ante la Comisión de Rediseño y que han sido objeto de análisis desde dicha fecha.

3.1.2. Acta no. 964 del 24-04-2023, sesión extraordinaria: PUNTO ÚNICO: Presentación de la Malla en discusión para el rediseño curricular.

El Decano hizo la presentación de la malla que fue revisada por la Comisión de Rediseño Curricular, la cual se adjunta a esta acta.

Como punto inicial se señala que dar continuidad al sistema de gestión estratégica "Excelencia y Compromiso" es el norte del Plan Estratégico UCAB 2023, cuyo reto es mantener un modelo que combina calidad e inclusión.

Para ello se toma como base una aguda evaluación de los impactos del contexto país sobre la educación universitaria en general y, sobre nuestra UCAB en particular, entendiendo que los efectos de la crisis país agudizados por la pandemia de alcance mundial (COVID-19) se han hecho sentir en todos los órdenes, en aspectos medulares como: desempeño académico, tasa de deserción de estudiantes, porcentaje de rotación de docentes, entre otros.

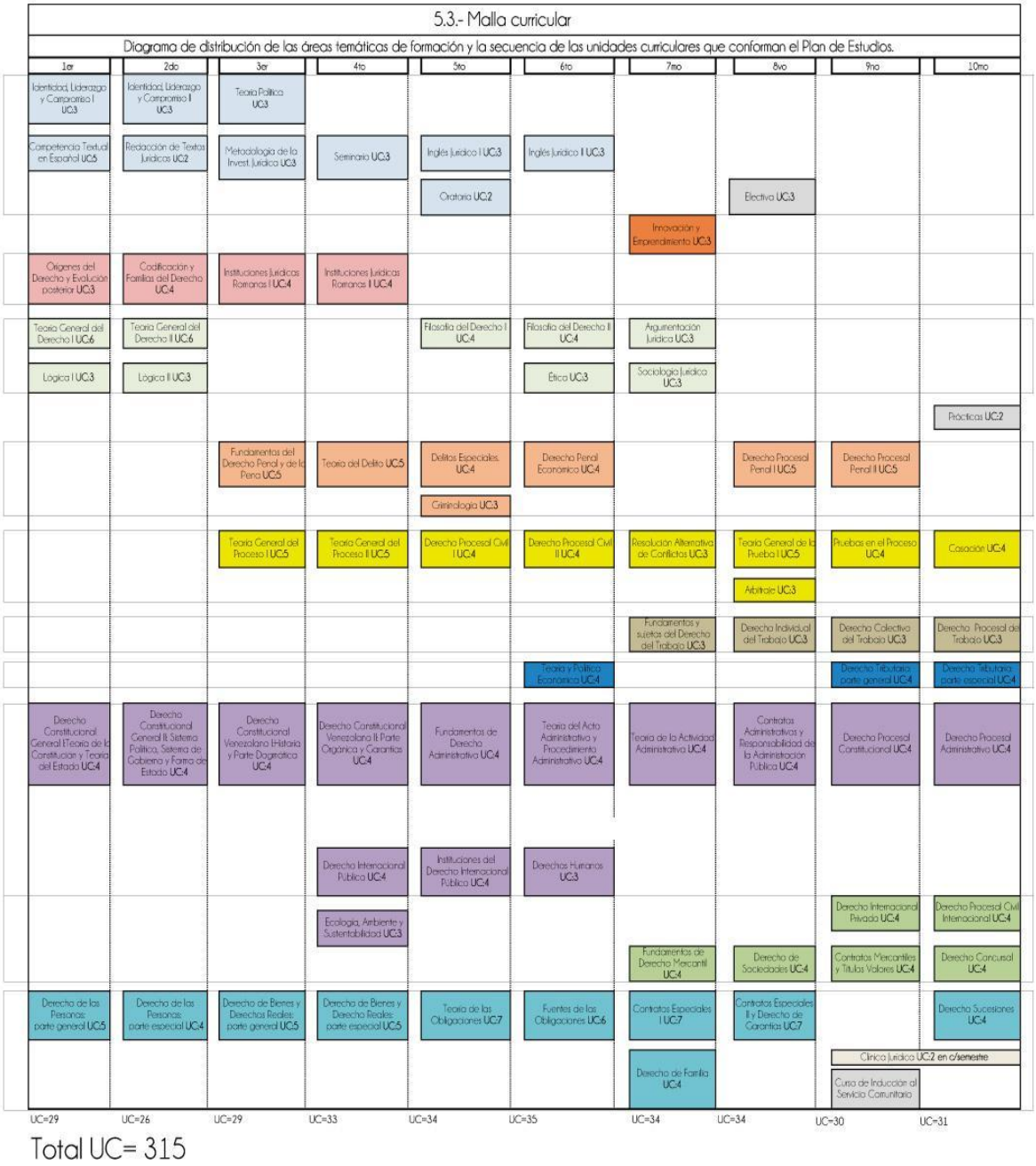
La búsqueda de la excelencia y el compromiso, de acuerdo a los códigos institucionales vinculados a la Compañía de Jesús, se traduce en este plan que exige el desarrollo de los ejes Conectar, Diversificar y Desarrollar Calidad con Sustentabilidad teniendo la Innovación como elemento clave y a un conjunto de habilitadores con aportes de procesos estratégicos transversales, la Universidad se prepara para responder a los retos que depara el futuro para las instituciones de educación superior, dentro de lo cual se proyecta el Rediseño *Curricular* como proceso esencial en el contexto educativo, para promover el desarrollo del diseño curricular de carreras universitarias que respondan a las demandas de la sociedad, formando profesionales integrales.

En este sentido de una comparación entre la malla vigente que se anexa y la que se propone, se evidencian una serie de modificaciones como reducir la carrera a 9 semestres, reordenar contenidos y fusionar algunas asignaturas tales como Derecho Civil Personas, Bienes, Instituciones Jurídicas Romanas, algunas materias de Derecho Penal, Mercantil o Administrativo, entre otras, debido a repetición de temas o por implicar una especialización propia de materias de postgrado y no de la carrera. También suprimir ciertas materias tales como Oratoria, Redacción de Textos Jurídicos porque su contenido se encuentra inserto en otras asignaturas o se desarrollan a lo largo de la carrera, todo lo cual implica reducir el número de Unidades de Crédito y consecuencialmente, la duración y el costo de la carrera.

La presencia de electivas de pregrado en las que se permite programar temas de interés y actualidad le imprimiría flexibilidad a la carrera y adicionalmente la propuesta de tres materias electivas que en el noveno semestre que enlacen pregrado con postgrado se considera una propuesta novedosa que permitiría a los estudiantes obtener a la vez del título de abogado un avance significativo para terminar un PREA, una especialización o la maestría. Los consejeros manifestaron su apoyo y solicitaron que se corroborara el número

de Unidades de Crédito, la propuesta que se haría respecto a Inglés, etc. El Decano indicó que se procedería a conversar con los profesores, así como a revisar las Unidades de Crédito y el tratamiento que en otras carreras se le da a la asignatura Inglés, a los fines de reflejarlo en la malla. Vista la propuesta, se aprueba la presentación al Consejo Universitario.

Malla actual



Malla propuesta

1		2		3			
Identidad, Liderazgo y Compromiso I. UC:3	3	Identidad, Liderazgo y Compromiso II. UC:3	3	Inglés Jurídico UC:3	3		
Competencia Textual en Español UC:5	5	Historia y Codificación del Derecho. UC:5 (propuesta a 3 h) **	5	Seminario de Investigación Jurídica UC:3	3	Oratoria. UC:2 ****	2
		Teoría Política.*****	3	Fundamentos del Derecho Penal y de la Pena. UC:5	5		
		Teoría General del Derecho II. UC:6	6				
Teoría General del Derecho I. UC:6	6						
		Teoría General del Proceso UC:7 ***	7	Derecho Internacional Público. Horas propuestas	3		
Derecho Constitucional I. UC:4	4						
		Derecho Constitucional II. UC:4	4	Derecho Consitucional III UC:4	4		
Derecho de las Personas. UC:6	6						
		Derecho de Familia. UC:4	4	Derecho de Bienes y Derechos Reales Horas	5		
Lógica Jurídica. UC:3 (2h)* *** (con	3						
				Instituciones Jurídicas Romanas. UC:6 ***	6		
UC	27	UC	32	UC	29		
N°	6	N°	7	N°	7		

* Se redujo el número de horas en comparación con las que están en la malla del 29-03-2023

** Se ubicó en otro semestre

*** En discusión

**** Se suprime en esta malla

***** Se agregó como obligatoria

****** Se convierte en electiva

4		5		6	
Derechos Humanos y de los Refugiados UC:3 **	3	Resolución Alternativa de Conflictos UC 3 *** (con	3	Argumentación Jurídica. UC:3 *** (con Lógica)	3
		Derecho Penal Especial UC:4 (4h)	5		
Teoría del Delito. UC:5	5	Arbitraje UC:3 *** (con RAC)	3	Pruebas UC:5 ***	5
Derecho Procesal Civil UC:6 ***	6	Fundamentos y sujetos del Derecho del Trabajo. UC:3	3	Derecho Individual del Trabajo. UC:3	3
Derecho Administrativo I UC:4 (4h)	4	Derecho Administrativo II	4	Derecho Administrativo III UC:4	4
Sociología Jurídica UC:3	3	Derecho Mercantil I UC:4 ***	4	Derecho Mercantil II UC:4 ***	4
Ecología, Ambiente y Sustentabilidad. UC:2	3	Contratos Especiales I UC:7	7	Electiva I	3
Teoría de las Obligaciones. Se propone 4 horas *	6	Innovación y Emprendimiento UC:3	3	Contratos Especiales II y Derecho de Garantías UC:7	7
					29
UC	30	UC	32	UC	7
N°	7	N°	8	N°	

* Se redujo el número de horas en comparación con las que están en la malla del 29-03-2023
** Se ubicó en otro semestre
*** En discusión
**** Se suprime en esta malla
***** Se agregó como obligatoria
****** Se convierte en electiva

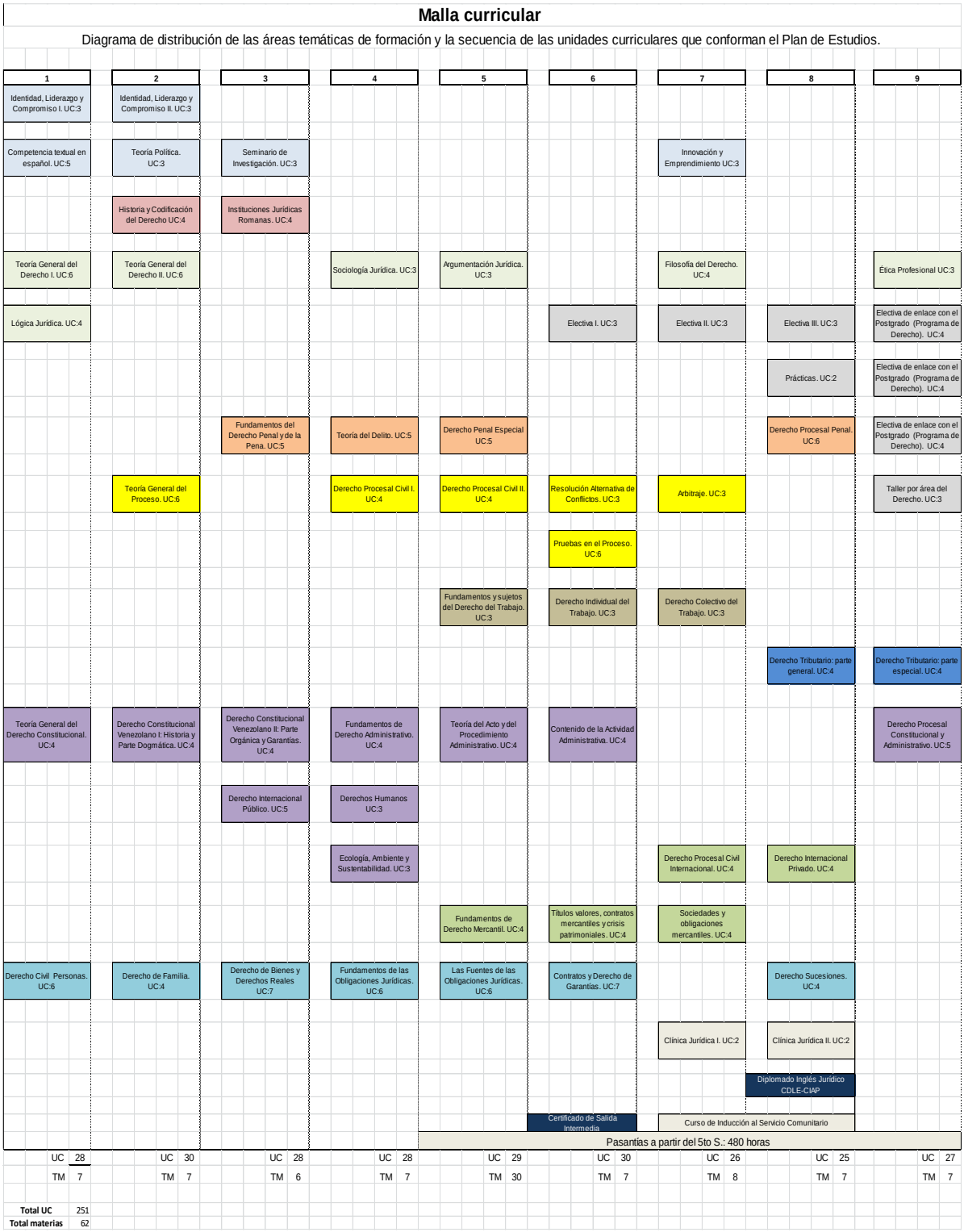
3.1.3. Acta no. 965 del 8-05-2023

Se presenta para la consideración del Consejo la malla curricular con la finalidad de su revisión y propuestas. En la misma se tomaron en cuenta consideraciones de Unidades Crédito, la situación de inglés jurídico y otras planteadas en la anterior sesión. Una vez aprobada se presentaría ante el Consejo Universitario. En este sentido se consideró un gran esfuerzo y se aprobó su presentación en el próximo Consejo Universitario.

3.1.4.- Acta no. 966 del 29-05-2023

El Consejo conoció y aprobó los planteamientos formulados por el Decano con miras a la propuesta de Renovación curricular y normas transitorias que se presentarían ante el Consejo

Universitario y acorde a soportes que se anexan a la presente Acta y que quedó definitivamente configurada de la siguiente forma:



NORMAS TRANSITORIAS PARA LA APLICACIÓN DEL NUEVO PLAN DE ESTUDIOS DE LA CARRERA DE DERECHO

Artículo 1. El Plan de Estudios aprobado el 30 de mayo de 2023, vigente desde el período académico septiembre 2023-enero 2024, no tiene efecto retroactivo y aplica a las cohortes que ingresan a partir de ese período.

También se aplicará a los estudiantes regulares que durante el período marzo-julio 2023 estuvieren cursando el primer semestre de la carrera y a quienes se reincorporen a partir del período académico septiembre 2023-enero 2024.

Artículo 2. Los alumnos que hubieren aprobado todas las asignaturas pertenecientes al primer semestre del Plan de Estudios que se deroga, pasarán al segundo semestre del nuevo pensum pero deberán inscribir y cursar durante el semestre septiembre 2023-enero 2024 o en el inmediato siguiente, las asignaturas Lógica Jurídica, Teoría General del Derecho Constitucional y Derecho Civil Personas del Plan de Estudios 2023.

Artículo 3. Quienes no hubieren aprobado las asignaturas Derecho Constitucional General I: Teoría de la Constitución y Teoría del Estado, Lógica I o Derecho de las Personas: Parte General, deberán cursar la asignatura equivalente en el nuevo Plan de Estudios.

Artículo 4. Los alumnos de la Extensión Guayana que hubieren aprobado las asignaturas pertenecientes al segundo semestre del plan de estudios que se deroga, sin cursar las del primero, deberán inscribir en el período septiembre 2023-enero 2024, las correspondientes al primer semestre del nuevo pensum y las del segundo del nuevo plan que no hubieren cursado.

Artículo 5. Los estudiantes que ingresen a partir del período académico septiembre 2023 – enero 2024 podrán adelantar en sus estudios cursando materias del pensum derogado cuya denominación y contenido no haya sufrido cambios en el nuevo Plan, siempre que estén ubicadas en hasta cuatro (4) semestres consecutivos (Regla del N+3) y previa notificación a la Escuela de Derecho.

Artículo 6. Los alumnos regidos por el Plan de Estudios derogado que sean aplazados en alguna unidad curricular, deberán inscribir la unidad curricular equivalente en el Plan 2023. En caso de que la asignatura no tuviere equivalente, deberán cursarla en régimen tutorial.

Artículo 7. Quienes se reincorporen a partir del semestre septiembre 2023-enero 2024, tendrán aprobadas las materias del nuevo Plan de Estudios que tengan equivalencia con materias ya aprobadas de los planes derogados, según lo establecido en el artículo 8, y solo deberán cursar las Materias que les falten de acuerdo al pensum que les resulte aplicable conforme al período académico y nivel de la carrera en que ocurra la reincorporación . Si hubieren sido aplazados en alguna unidad curricular de un pensum derogado, deberán inscribir la unidad curricular equivalente en el Plan 2023 y se asumirá que la están cursando por primera vez. Si la unidad curricular no tiene equivalente en el nuevo pensum, no estarán obligados a cursarla.

Artículo 8. Se establecen las siguientes equivalencias entre materias de los pensa derogados, y el nuevo Plan de Estudios:

Asignatura(s), Plan de Estudios aprobado en la sesión del CU del 19 de julio de 2005, y modificado parcialmente-mente por ajuste en la sesión del 3 de junio de 2013, derogado totalmente en la sesión del 7 de octubre de 2014	**Asignatura(s), Ajuste de Plan de Estudios aprobado en junio de 2013**	**Asignatura (s), Plan de Estudios aprobado, el 7-10-2014, modificado el 22-02-2016 en la denominación de asignaturas, el 9-04-2019 en el orden de las asignaturas semestrales equivalentes a Derecho**	**Asignatura (s) Plan de Estudios aprobado el 30-05-2023**
Lenguaje y Comunicación Escrita	Comprensión Lectora y Redacción	Competencia Textual del Español	Competencia Textual del Español

Introducción al Estudio del Hombre	Introducción al Estudio del Hombre	Identidad, Liderazgo y Compromiso I Identidad, Liderazgo y Compromiso II	Identidad, Liderazgo y Compromiso I Identidad, Liderazgo y Compromiso II
Introducción al Derecho	Introducción al Derecho	Teoría General del Derecho I Teoría General del Derecho II	Teoría General del Derecho I Teoría General del Derecho II
Lógica Jurídica	Lógica Jurídica	Lógica I Lógica II	Lógica Jurídica
Derecho Constitucional I	Derecho Constitucional I	Derecho Constitucional General I: Teoría de la Constitución y Teoría del Estado Derecho Constitucional General II: Sistema Político, Sistema de Gobierno y Forma de Estado	Teoría General del Derecho Constitucional
Derecho Constitucional I	Derecho Constitucional I	Teoría de la Constitución y Teoría del Estado Sistema Político, Sistema de Gobierno y Forma de Estado	Teoría General del Derecho Constitucional

Historia del derecho	Historia del derecho	Orígenes del Derecho y Evolución Posterior Codificación y Familias del Derecho	Historia y Codificación del Derecho
Derecho Civil I	Derecho Civil I	Derecho de las Personas: parte general Derecho de las Personas: parte especial	Derecho Civil Personas
Sociología Jurídica	Sociología Jurídica	Sociología Jurídica	Sociología Jurídica
Economía Política	Economía Política	Teoría y Política Económica	-
Oratoria	Oratoria	Oratoria	-
-	Redacción de Textos Jurídicos	Redacción de Textos Jurídicos	-
-	Teoría Política	Teoría Política	Teoría Política
-	Metodología de la Investigación Jurídica	Metodología de la Investigación Jurídica	Seminario de Investigación Jurídica

Derecho Civil II	Derecho Civil II	Derecho de los Bienes y Derechos Reales: Parte General Derecho de los Bienes y Derechos Reales: Parte Especial	Derecho de Bienes y Derechos Reales
Derecho Constitucional II	Derecho Constitucional II	Derecho Constitucional Venezolano I: Historia y Parte Dogmática del Derecho Constitucional venezolano Derecho Constitucional Venezolano II: Parte Orgánica y Garantías del Derecho Constitucional Venezolano	Derecho Constitucional Venezolano I: Historia y Parte Dogmática Derecho Constitucional Venezolano II: Parte Orgánica y Garantías
Derecho Internacional Público	Derecho Internacional Público	Derecho Internacional Público Instituciones del Derecho Internacional Público	Derecho Internacional Público
Derecho Penal I	Derecho Penal I	Fundamentos del Derecho Penal y de la Pena	Fundamentos del Derecho Penal y de la Pena

		Teoría del Delito	Teoría del Delito
Teoría General del Proceso	Teoría General del Proceso	Teoría General del Proceso I Teoría General del Proceso II	Teoría General del Proceso
Derecho romano	Derecho romano	Instituciones Jurídicas Romanas I Instituciones Jurídicas Romanas II	Instituciones Jurídicas Romanas
Seminario I	Seminario I	Seminario	-
Derechos humanos	Derechos humanos	Derechos humanos	Derechos humanos
Resolución Alternativa de Conflictos	Resolución Alternativa de Conflictos	Resolución Alternativa de Conflictos	Resolución Alternativa de Conflictos
	Inglés Jurídico I	Inglés Jurídico I	-
Derecho Civil III	Derecho Civil III	Teoría General de las Obligaciones Fuentes de las Obligaciones	Fundamento de las Obligaciones Jurídicas Las Fuentes de las Obligaciones Jurídicas

Derecho Administrativo I	Derecho Administrativo I	Fundamentos de Derecho Administrativo	Fundamentos de Derecho Administrativo
		Teoría del Acto Administrativo y Procedimiento Administrativo	Teoría del Acto y del Procedimiento Administrativo
Filosofía del Derecho	Filosofía del Derecho	Filosofía del Derecho I	Filosofía del Derecho
		Filosofía del Derecho II	-
Derecho Penal II	Derecho Penal II	Delitos Especiales	Derecho Penal Especial
		Derecho Penal Económico	-
Derecho Procesal Civil	Derecho Procesal Civil	Derecho Procesal Civil I	Derecho Procesal Civil I
		Derecho Procesal Civil II	Derecho Procesal Civil II
Derecho del Trabajo I	Derecho del Trabajo I	Fundamentos y Sujetos del Derecho del Trabajo	Fundamentos y Sujetos del Derecho del Trabajo
		Derecho Individual del Trabajo	Derecho Individual del Trabajo
Argumentación Jurídica	Argumentación Jurídica	Argumentación Jurídica	Argumentación Jurídica

Electiva I	Electiva I	Electiva	Electiva I
Prácticas en Derecho Civil	Prácticas de Derecho Civil	Prácticas	Prácticas
Prácticas en Derecho Penal	Prácticas Derecho Penal		
Prácticas en Derecho Administrativo	Prácticas Derecho Administrativo		
Prácticas en Derecho Mercantil	Prácticas Derecho Mercantil		
Prácticas	Prácticas		
-	Inglés Jurídico II	Inglés Jurídico II	-
Derecho Civil IV	Derecho Civil IV	Contratos Especiales I Contratos Especiales II y Derecho de Garantías	Contratos y Derecho de Garantías
Teoría General de la Prueba	Teoría General de la Prueba	Teoría General de la Prueba Pruebas en el Proceso	Pruebas en el Proceso

Derecho Financiero	Derecho Financiero	Derecho Tributario: Parte General Derecho Tributario: Parte Especial	Derecho Tributario: Parte General Derecho Tributario: Parte Especial
Derecho Administrativo II	Derecho Administrativo II	Teoría de la Actividad Administrativa Contratos Administrativos y Responsabilidad de la Administración Pública	Contenido de la Actividad Administrativa
Criminología	Criminología	Criminología	-
Derecho Mercantil I	Derecho Mercantil I	Fundamentos de Derecho Mercantil Derecho de Sociedades	Fundamentos de Derecho Mercantil Sociedades y Obligaciones Mercantiles
Derecho del Trabajo II	Derecho del Trabajo II	Derecho Colectivo del Trabajo	Derecho Colectivo del Trabajo
		Derecho Procesal del Trabajo	-
Deontología Jurídica	Deontología Jurídica	Ética	Ética profesional
Derecho Civil V	Derecho Civil V	Derecho de Familia Derecho de Sucesiones	Derecho de Familia Derecho de Sucesiones

Derecho Procesal Constitucional y Administrativo	Derecho Procesal Constitucional y Administrativo	Derecho Procesal Constitucional Derecho Procesal Administrativo	Derecho Procesal Constitucional y Administrativo
Derecho Procesal Penal	Derecho Procesal Penal	Derecho Procesal Penal I Derecho Procesal Penal II	Derecho Procesal Penal
Derecho Internacional Privado	Derecho Internacional Privado	Derecho Internacional Privado Derecho Procesal Civil Internacional	Derecho Internacional Privado Derecho Procesal Civil Internacional
Derecho Mercantil II	Derecho Mercantil II	Contratos Mercantiles y Títulos Valores Derecho Concursal	Títulos Valores, Contratos Mercantiles y Crisis Patrimoniales
Clínica Jurídica	Clínica Jurídica	Clínica Jurídica I Clínica Jurídica II	Clínica Jurídica I Clínica Jurídica II
Derecho Procesal Civil II	Derecho Procesal Civil II	Casación	-
Taller	Taller	-	Taller
-	-	Arbitraje	Arbitraje
-	-	Innovación y Emprendimiento	Innovación y Emprendimiento

-	-	Ecología, Ambiente y Sustentabilidad	Ecología, Ambiente y Sustentabilidad

Artículo 9. A quienes se reincorporen a partir del semestre septiembre 2023-enero 2024 y hubiesen aprobado en el plan de estudio derogado las asignaturas: Redacción de Textos Jurídicos (2 UC), Seminario (3 UC), Teoría y Política Económica (4 UC), Oratoria , (2 UC), Filosofía del Derecho II (4 UC), Derecho Penal Económico (4 UC), Inglés Jurídico I (3 UC), Criminología (3 UC), Casación (4 UC) o Derecho Procesal del Trabajo (3UC) , se le reconocerán como Electivas ordinarias de pregrado correspondientes al nuevo plan de estudio. Las unidades crédito correspondientes a las referidas asignaturas, no podrán exceder de tres unidades crédito. Las que excedan en número de unidades crédito no se considerarán para la ubicación del estudiante en un semestre, pero las calificaciones obtenidas en dichas asignaturas sí se tomarán en cuenta para el cálculo de su promedio. También podrán acumularse para el reconocimiento de otra materia electiva de pregrado.

Artículo 10. A los estudiantes que se reincorporen con la vigencia del nuevo Plan de Estudios que deban cursar materias del plan derogado las cuales no se estén ofreciendo de manera regular en el período que se reincorporan, no se les aplicará el artículo 5 del Reglamento sobre Régimen de Estudios Semestrales de la Carrera de Derecho, pero deberán inscribir primero las unidades curriculares de semestres más bajos, respetando las prelaciones, si las hubiere.

Artículo 11. Quienes hayan aprobado estudios en un plan derogado y soliciten reincorporación para cursar una o dos asignaturas que les faltaren para culminar la carrera, deben inscribir las unidades curriculares equivalentes en el nuevo Plan de Estudios. Si la o las asignaturas no tienen equivalente deberá cursarlas en régimen tutorial.

Artículo 12. Al entrar en vigencia el nuevo plan de estudio, y a efectos de la aplicación del Reglamento de Repitientes (5.10), se mantendrá la cantidad de veces que el estudiante ha cursado una asignatura, en el plan de estudio derogado, en su asignatura equivalente en el nuevo plan de estudio.

Se exceptúan aquellos casos en que la asignatura del plan derogado sea equivalente a dos (2) asignaturas en el nuevo plan de estudio, o que dos (2) asignaturas del plan derogado sean equivalentes a una (1) asignatura en el nuevo plan de estudio, en cuyo caso se considerará que el estudiante la(s) está cursando por primera vez.

Artículo 13. Las situaciones no previstas y las dudas que puedan surgir en la aplicación de las presentes normas serán resueltas por la Dirección de Escuela correspondiente, el Consejo de Escuela de UCAB-Guayana, el Consejo de Facultad o el Consejo Universitario, según sea el caso.

3.2.- Revisión y reforma de programas de la carrera en virtud de la aprobación del nuevo Pensum, taxonomía de las asignaturas electivas y del taller por área del Derecho y cierre de secciones.

3.2.1. Acta N.º 968 del 3/07/2023.

a) Se aprobó el programa de Lógica Jurídica fusionada (1er. Semestre) y la revisión al programa de Teoría General del Derecho II (2do. semestre) que contiene algunos aportes de CIIDEA.

b) Taxonomía de las asignaturas electivas y la asignatura taller por área del Derecho. En la misma acta el Consejo conoció y aprobó por unanimidad para ser remitida a Consejo Universitario la propuesta presentada por las profesoras María Virginia Alarcón y María Lidia Álvarez, en referencia a las taxonomías que debería tener las asignaturas electivas y taller por área del Derecho.

1. Materias electivas de 06SE, 07SE y 08SE: Todas deberían tener una misma taxonomía para evitar recargos por taxonomías distintas. La sinopsis de estas materias no indica que sean troncales ni tampoco netamente prácticas para establecer diferencias de taxonomías. Las materias electivas están propuestas con 1h teórica y 1h práctica, y apenas 3UC, por lo que podríamos inclinarnos por asignarle una taxonomía TA-6 instrumental de ejercitación. En relación a la modalidad dependerá de la electiva, debido a que existe la posibilidad de electivas que puedan ser cursadas por estudiantes de ambas sedes.

2. Materias electivas que se dictarán conjuntamente con postgrado: Es importante establecer una taxonomía porque serían programadas bajo un curso de pregrado (propio de la escuela) conforme a la programación en catálogo que se le haga, y teniendo presente que si el alumno adelanta la materia no le será reconocida en postgrado debe tener su regulación en la carrera. En este caso, deberíamos asignar la taxonomía TA-6 al igual que las anteriores.

3. Asignatura Taller por Área del Derecho: conforme al documento "Una taxonomía académica de las asignaturas universitarias" aprobado por el Consejo Universitario en su sesión del 6 de junio de 2017 y reformado el 22 de enero de 2019, encaja en la modalidad práctica, sub modalidad curso-taller el cual es taxonomía TA-8 sin reparación.

3.2.2.- Acta N.º 969 del 20/07/2023. Revisión y aprobación de programas del nuevo pensum de la Escuela de Derecho.

Se presenta para su consideración los programas correspondientes al nuevo pensum de **Teoría General del Derecho Constitucional** (1er. Semestre) propuesto por la profa. Lolymar Hernández; **Historia y Codificación de Derecho** (2do. Semestre) propuesto por el prof. Hernán Matute y **Teoría General del Proceso** (2do. semestre) presentado por el prof. Luis Pompilio Sánchez, revisados por los profesores de ambas sedes y a los que se le incorporaron algunos aportes sugeridos por CIIDEA. Una vez conocidos los programas, el Consejo aprobó por unanimidad el programa de **Teoría General del Proceso** (2do. semestre). Respecto a **Teoría General del Derecho Constitucional** (1er. Semestre) e **Historia y Codificación de Derecho** (2do. Semestre) se consideró que la extensión de la temática en ambas asignaturas aconseja conversar con los proponentes a fin de realizar ajustes dado la imposibilidad de impartir todo el temario señalado en los programas, para lo cual se acordó conversar con los profesores a fin de presentar ajustes en el primer Consejo del mes de septiembre.

3.2.3.- Acta N.º 970 del 11/09/2023. Revisión y aprobación de programas del nuevo pensum de la Escuela de Derecho

a) Se presentan para su consideración los programas de Teoría General del Derecho Constitucional (1er. semestre) e Historia y Codificación del Derecho (2do. semestre), dado

que en el Acta 969 se acordó solicitarle a los profesores algunos ajustes en específico vinculados con la extensión de la temática inicialmente propuesta. Una vez revisados los programas, el Consejo de Facultad decide aprobarlos por unanimidad.

Adicionalmente se presenta a consideración de los Consejeros los programas de Derecho Civil Personas fusionado (1er. semestre), Teoría General del Derecho I (1er. semestre) y Derecho de Familia que fue cambiado al 2do. Semestre en el nuevo pensum, revisados por los profesores de ambas sedes y a los que se le incorporaron algunos aportes sugeridos por CIIDEA. Una vez conocidos los programas, fueron aprobados por unanimidad.

Finalmente se señala que no tuvieron cambios las asignaturas Teoría Política (virtual e interfacultad) y Derecho Constitucional Venezolano I: Historia y Parte Dogmática, ambas de 2do. semestre.

b) Cierre de las secciones y asignaturas de Derecho correspondientes al 1er y 2do semestre del Plan de Estudios que se deroga parcialmente a partir de septiembre 2023.

Vista la aprobación por parte del Consejo Universitario del nuevo Plan de Estudios para la carrera de Derecho así como la implementación progresiva del mismo a partir de septiembre de 2023 (Term. 202415) lo que implica la modificación del 1er. y 2do.semestres del pensum vigente hasta el Term. 202330 por fusión y supresión de algunas asignaturas y en aplicación del Reglamento sobre Estabilidad de Profesores Ordinarios en caso de cambio de Pensum o cierre de secciones (4.11), a los fines de abrir las correspondientes asignaturas del nuevo Plan de Estudios y proceder al nombramiento de los profesores, el Consejo de Facultad acuerda por unanimidad el cierre de todas las secciones de Caracas y Guayana correspondientes a las siguientes asignaturas:

PRIMER SEMESTRE (derogado a partir de septiembre de 2023)		
DE RE	001 21	Orígenes del Derecho y Evolución Posterior (fusión)
DE RE	001 23	Lógica I (fusión)

DE RE	001 94	Derecho Constitucional General I: Teoría de la Constitución y Teoría del Estado (fusión)
DE RE	001 25	Derecho de las Personas: Parte General (fusión)
SEGUNDO SEMESTRE (derogado a partir de septiembre 2023)		
DE RE	001 26	Redacción de Textos Jurídicos (supresión)
DE RE	001 27	Codificación y Familias del Derecho (fusión)
DE RE	001 29	Lógica II (virtual) (fusión)
DE RE	001 95	Derecho Constitucional General II: Sistema Político, Sistema de Gobierno y Forma de Estado (fusión)
DE RE	001 31	Derecho de Personas: Parte Especial (fusión)

3.2.4.-Acta Nº 974 del 20/11/2023.

a) Propuesta de programa Inglés Jurídico para obtener una certificación. Autorización para iniciar el diseño y ajustes correspondientes ante el CEL, CIAP e instancias vinculadas.

Como parte de las modificaciones derivadas de la reforma del Plan de Estudios de la carrera, se presentó el programa de Inglés Jurídico propuesto por el Centro de Desarrollo de Lenguas Extranjeras (CDLE) en conjunto con las profesoras actuales de Inglés Jurídico I y II, Heyra Vegas y Yarid Reyes para ser impartido a través del CIAP y en el marco del nuevo Plan de Estudios de la carrera. Se planteó que debido a que en el mismo hay algunas áreas con cierta especialización, sugerir a las profesoras que lleven algún invitado que sea profesor en el área y además tenga dominio del inglés. Un caso sería el tema de contratos, respecto al cual en Derecho tenemos profesores en esa materia graduados en Estados Unidos. Igualmente los consejeros estudiantiles solicitaron revisar si a quienes han estudiado Inglés Jurídico I y II se les puede dar alguna equivalencia. La Directora queda encargada de notificar la sugerencia y revisar la posibilidad de equivalencia. El Consejo aprueba por unanimidad el programa propuesto a los fines de las subsiguientes tramitaciones.

b) Programas del 3er y 4to semestre.

Se presentó la propuesta de programa de **Sociología Jurídica**. Los Consejeros sugieren que sea un poco más explícito en cuanto al desarrollo de los temas y lo aprueba por unanimidad.

Se presentó la propuesta de programa de **Seminario de Investigación Jurídica**. Los Consejeros sugieren que se modifique el orden de uno de los temas y que además se vea la posibilidad de enlazar con el Instituto de Investigaciones Jurídicas, con la publicación de trabajos y con el concurso de investigación. El Consejo lo aprueba por unanimidad.

3.2.5. Acta N.º 975 del 11/12/2023. Programa del nuevo Plan de Estudios

Se presenta ante el Consejo la propuesta del programa de la **asignatura Derecho Internacional Público,** producto de la fusión de Derecho Internacional Público e Instituciones de Derecho Internacional Público. Vista la presentación, el Consejo decide aprobarla por unanimidad.

IV.-Virtualización de asignaturas.

4.1. Acta N.º 967 del 19/06/2023, Acta N.º 968 del 3/07/2023 y Acta N.º 969 del 20/07/2023. Propuesta de virtualización de la materia Sociología Jurídica.

En fecha 19 de junio de 2023 el Consejo conoció la propuesta de virtualización de la materia **Sociología Jurídica** ubicada actualmente en el séptimo semestre de la carrera, pero acorde al nuevo Plan de Estudios, se cursaría en el cuarto semestre, sin tener modificaciones. Después de conversar con la profesora Carla Serrano, quien imparte la materia y además es Jefa de Cátedra, manifestó su deseo de virtualizarla para lo cual, de ser aprobado, se iniciaría el proceso correspondiente a tenor del Reglamento sobre Modalidades de Estudio. Analizada la propuesta se consideró importante solicitarle a la prof. Serrano que presente su visualización de esta asignatura en modalidad virtual, razón por la cual la Directora requerirá esta información para presentarla en el próximo Consejo de Facultad. Luego, en fecha 3 de julio la profesora Carla Serrano envió una carta cuyo contenido se lee y forma parte integrante de esta acta. Una vez conocido el contenido de la misma, a propuesta de los consejeros estudiantiles se solicita convocar a la prof. Serrano para que asista a la próxima reunión a realizarse dentro de 15 días a fin de precisar algunos aspectos de la virtualización.

Finalmente, el 20/07/2023, la profesora Carla Serrano expresó su opinión ante el Consejo sobre el cambio de modalidad de esta asignatura después de lo cual, los Consejeros decidieron que debe madurarse la idea puesto que la asignatura Sociología ameritaría contacto social que es más factible lograrlo a través de la prespecialidad.

4.2.- Acta N.º 975 del 11/12/2023. Presentación programas de virtualización. Lógica Jurídica e Instituciones Jurídicas Romanas.

Se presenta ante el Consejo de Facultad la programación conjunta Caracas-Guayana a los fines de rediseño, adaptación o cambio de modalidad en este año 2023-2024 de las asignaturas fusionadas por cambio de pensum: Lógica I y II del plan derogado, ahora **Lógica Jurídica** (1er. semestre del nuevo Plan de Estudios) e Instituciones Jurídicas Romanas I y II del plan derogado, ahora **Instituciones Jurídicas Romanas** (3er. semestre del nuevo Plan de Estudios). En estos casos la parte I de cada asignatura se impartía en modalidad presencial y la parte II en modalidad virtual, de forma tal que se busca unificar la modalidad de la fusión resultante del nuevo Plan de Estudios. Acorde a como fue planificado en el Plan Operativo Anual, para finales de este año académico se debería lograr al menos un 90 % de avance. Vista la presentación, el Consejo la aprueba por unanimidad.

V- Cambio de modalidad de la materia.

Acta N.º 970 del 11/09/2023. Propuesta de cambio de modalidad a no presencial en línea de la materia electiva "Derecho Aeronáutico, Marítimo y Espacial".

El Consejo conoció la propuesta realizada por el Decano de cambio de la modalidad de estudio de la asignatura electiva **"Derecho Aeronáutico, Marítimo y Espacial"** a la modalidad no presencial en línea, con el objeto de permitir la incorporación de estudiantes de ambas sedes. Vista esta solicitud, el Consejo acuerda por unanimidad elevarla al Consejo Universitario para su aprobación.

Acta N.º 975 del 11/12/2023. Presentación programa de virtualización

Se presenta ante el Consejo de Facultad la programación conjunta Caracas-Guayana a los fines de rediseñar, adaptar o cambiar de modalidad en este año 2023-2024 de las asignaturas fusionadas por cambio de pensum: Lógica I y II del plan derogado, ahora **Lógica Jurídica**

(1er. semestre del nuevo Plan de Estudios) e Instituciones Jurídicas Romanas I y II del plan derogado, ahora **Instituciones Jurídicas Romanas** (3er. semestre del nuevo Plan de Estudios), lo que se busca lograr en al menos un 90%, cuestión que el Consejo aprueba por unanimidad.

VI.- Aprobación de la materia Delitos Especiales obligatoria en Derecho, como electiva para el resto de las carreras. Acta N.º 958 del 30/ 01 /2023.

Se propuso que la materia **Delitos Especiales** (obligatoria en Derecho) fuera ofrecida como electiva para estudiantes de Psicología, Comunicación Social, Economía u otras carreras. Al respecto se señala que al igual que otras materias obligatorias de Derecho que ya están declaradas bajo la modalidad de electiva para otras carreras, no cambian en su contenido. A su vez, los profesores de la materia manifestaron que es una oportunidad en la que están dispuestos a brindar un apoyo o atención especial para los alumnos que decidieron escoger esta materia como electiva. El Consejo aprueba esta propuesta y que se solicite a Administración Académica que sea incluida en la lista de materias que ofrece Derecho para otras carreras con las siguientes características:

Código de la Materia	N° de curso	Nombre de la materia	Semestre	Horas Teórica	Horas Prácticas	Total Horas	Unidades de crédito	Modalidad de clases	Taxonomía
DERE	00148	Delitos Especiales	5	2	1	3	4	PRE	TA -1

VII.- Regulaciones

7.1. Reglamento de Evaluaciones de Facultad de Derecho Estudios Semestrales. Acta N.º 958 del 30/ 01 /2023, Acta N.º 959 del 13/ 02 /2023, Acta N.º 960 del 06/ 03 /2023 y

Acta N.º 961 del 13/03/2023 (sesión extraordinaria), en las que se discutió la propuesta sobre el régimen de exámenes (evaluaciones) de la Facultad de Derecho.

En la sesión del 30 de enero los representantes estudiantiles solicitaron la revisión de una propuesta trabajada en conjunto con las Directoras de las Escuela a fin de suprimir los exámenes finales. Los Consejeros presentaron una serie de ideas de las que tomaron nota para plantear este tema en el próximo Consejo de Facultad. En la reunión del 13 de febrero el Decano planteó crear una Comisión, cuyos integrantes deben postularse por el chat del Consejo a los fines de programar para la próxima semana una reunión a la que se invitaría al prof. Guillermo Yáber u otros profesores de CIIDEA y concluir con la propuesta en esta materia. El Consejo aprobó el planteamiento. En la sesión del 6 de marzo fue revisada la propuesta presentada respecto a la cual se van a hacer unos ajustes planteados por los Consejeros que serían revisados en reunión extraordinaria convocada para el lunes 13 de marzo. Es esta fecha como punto único y como consecuencia de lo planteado se sometió al Consejo de Facultad la propuesta relacionada con la reforma del REGLAMENTO DE EVALUACIONES DE FACULTAD DE DERECHO ESTUDIOS SEMESTRALES (8.17), el cual se aprobó y acordó su envío al Consejo Universitario.

REGLAMENTO DE EVALUACIONES DE FACULTAD DE DERECHO ESTUDIOS SEMESTRALES (8.17)

Capítulo I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto del Reglamento. Este reglamento tiene por objeto regular la realización y calificación de las evaluaciones bajo régimen de estudio semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, la explicación de calificaciones por parte de los profesores para todo tipo de evaluación, y la revisión por jurado en caso de que ello aplique.

Artículo 2. Finalidad de la Evaluación. En el marco de las competencias que definen el Perfil del Egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, las evaluaciones deben

concebirse como medios pedagógicos que permitan al estudiante la aplicación de las competencias y conocimientos, con la finalidad de que el profesor pueda evaluar el nivel de desarrollo y aprendizaje del estudiante que permita calificarlo en su proceso de formación.

Capítulo II EVALUACIONES

Artículo 3. Tipos de Evaluaciones. Las evaluaciones que se aplicarán durante el proceso de formación y de aprendizaje de la carrera de Derecho en el Régimen Semestral serán evaluaciones diagnósticas, sumativas y formativas.

Artículo 4. Definiciones: a los efectos de este Reglamento se entiende por:

1. Evaluaciones diagnósticas: son aquellas utilizadas para obtener información sobre los conocimientos previos, habilidades, destrezas,aptitudes y actitudes, que demuestra el alumno al inicio del curso.

2. Evaluaciones formativas: son aquellas que refieren al conjunto de actividades no calificadas que permiten que los estudiantes puedan recibir retroalimentación inmediata, autoevaluarse y prepararse para las evaluaciones sumativas.

3. Evaluaciones sumativas: son aquellas destinadas a que el profesor y los estudiantes puedan valorar los resultados del proceso de aprendizaje, así como con el objeto de conformar la calificación final de cada estudiante. Es el tipo de evaluación que reúne todas aquellas actividades calificadas que permitan obtener evidencias del nivel aprendizaje del estudiante, según los criterios de desempeño establecidos en el Plan de Clases.

Artículo 5. Plan de Clases: El Plan de Clases es el instrumento curricular en el que se especifican, organizan e integran de manera pertinente en función del Calendario Académico acordado por el Consejo Universitario, las competencias generales y profesionales, sus unidades, contenidos y estrategias de enseñanza, para favorecer el aprendizaje de las evaluaciones formativas y sumativas, de una materia o unidad curricular determinada. El mismo expresará con claridad una cronología de los temas que serán cubiertos a lo largo del

curso, incluyendo las fechas de las evaluaciones que se realizarán, así como la bibliografía y material que deberán revisar con antelación los alumnos para cada clase.

Artículo 6. Técnicas de Evaluación. Las técnicas que se utilizarán para la aplicación de las evaluaciones diagnósticas, formativas o sumativas, comprenderán pruebas escritas, pruebas orales, trabajos de investigación, ensayos, proyectos, presentaciones, portafolios, informes, interrogatorios, cuestionarios, asignaciones, juicios simulados, sistema de autoevaluación (oral, escrita, individual, en grupo), técnicas de observación (registros, listas de control, escala de estimación), entre otras.

Artículo 7. Principios que informan las técnicas de evaluación. Las evaluaciones estarán regidas por los principios de igualdad, evaluación individual, entrega oportuna de notas y explicación de los errores cometidos. En el caso de las evaluaciones orales, los mismos deberán hacerse en presencia de al menos una persona adicional al profesor o al alumno evaluado, y que sea estudiante o profesor de la Facultad. El Consejo de Facultad de Derecho adoptará las decisiones necesarias para la correcta interpretación y aplicación de los mencionados principios.

Capítulo III ASIGNATURAS BAJO RÉGIMEN DE ESTUDIO SEMESTRAL

Artículo 8. Asignaturas teóricas: en las asignaturas predominantemente teóricas las evaluaciones realizadas durante el semestre podrán efectuarse mediante exámenes escritos, orales, trabajos de investigación, interrogatorios, presentaciones de papel de trabajo, análisis de casos o jurisprudencia, entre otros medios de evaluación.

Artículo 9. Evaluaciones en las asignaturas teóricas. La calificación de las asignaturas teóricas corresponderá al promedio ponderado de las evaluaciones sumativas que el profesor haya fijado en el Plan de Clases, en un número no menor a tres, siendo al menos una de ellas un examen. Dichas evaluaciones tendrán carácter integrador con enfoque en las competencias y atendiendo al nivel de complejidad. Ninguna evaluación podrá tener un valor superior al 45% de la calificación de la cátedra.

Artículo 10. Fecha de las evaluaciones en las asignaturas teóricas. Las evaluaciones se realizarán en la fecha pautada por el profesor en el Plan de Clases que informe a la Escuela

y a los estudiantes al inicio de cada semestre, y se deberán consignar las calificaciones correspondientes dentro de las fechas y la forma que a tal efecto fije la Escuela. El profesor deberá procurar que, en la medida de lo posible, las fechas de las evaluaciones no coincidan con evaluaciones de otras asignaturas.

Artículo 11. Exámenes de reparación en las asignaturas teóricas: Los exámenes de reparación estarán constituidos por evaluaciones que comprenderán toda la asignatura cursada en el semestre, y se realizarán al final de cada semestre en la fecha que a tal efecto establezca la Dirección de la Escuela de Derecho, con base en el Calendario Académico aprobado por el Consejo Universitario. En caso de inasistencia del estudiante al examen de reparación, se considerará aplazado a todos los efectos legales de acuerdo al reglamento respectivo.

Artículo 12. Evaluaciones extraordinarias en las asignaturas teóricas. Los estudiantes podrán presentar evaluaciones extraordinarias de aquellas evaluaciones que no hayan podido presentar sólo por motivos extraordinarios y excepcionales, tales como:

1. Muerte de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad, en la misma fecha del examen o con cuatro (4) días de antelación a ésta.
2. Haber ingresado en un centro de salud a los fines de un tratamiento médico, sin que se entienda por esta causa el ingreso por emergencia a los fines de su observación o tratamiento ambulatorio, en la fecha en la cual se realice el examen o hasta un (1) día de antelación, por causa imprevista.
3. Presentar reposo médico como consecuencia de haberse encontrado hospitalizado, de acuerdo a lo establecido en el numeral anterior.
4. Cualquier otra que el Profesor determine como equivalente a alguna de las anteriores.

En estos casos, el alumno le solicitará de forma justificada y debidamente comprobada al profesor la realización de la evaluación extraordinaria, quien decidirá sobre la procedencia de la misma, así como respecto a la fecha en el cual deberá realizarse.

Artículo 13. Asignaturas prácticas, evaluaciones. Las asignaturas eminentemente prácticas son de evaluación continua, por tanto no tendrán evaluaciones parciales, extraordinarias,

finales, diferidas, ni de reparación. Son asignaturas prácticas de Derecho las siguientes: Metodología de la Investigación Jurídica, Seminario, Oratoria, Prácticas, Clínica Jurídica I y Clínica Jurídica II.

El profesor propondrá la realización periódica de actividades evaluadas, tales como análisis de casos, interrogatorios o discusiones en clases, preparación de juicios, pruebas cortas, entre otras.

La calificación final deberá ser el resultado de al menos tres evaluaciones sumativas.

Artículo 14. Asignaturas prácticas y no aplicación de exámenes extraordinarios. En las asignaturas eminentemente prácticas no habrá evaluación extraordinaria, pero el profesor realizará al menos una actividad evaluada sumativa adicional que sustituirá la nota más baja de las calificaciones obtenidas o aquella a la que el estudiante hubiere dejado de asistir.

Capítulo IV CALIFICACIONES

Artículo 15. Consignación y publicación de calificaciones correspondientes a las asignaturas teóricas. El profesor registrará en el sistema determinado por la Universidad, las calificaciones de las evaluaciones que realice a lo largo del semestre, antes de las fechas límite establecidas por el Consejo de la Facultad en la programación académica, en todo caso, un porcentaje no menor al treinta por ciento (30%) de la calificación total, deberá ser registrado antes de la fecha de retiros parciales. La calificación del examen de reparación deberá consignarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se realice dicha evaluación. Las calificaciones deberán ser consignadas por los mecanismos que fije la Dirección de la Escuela de Derecho, y serán publicadas de forma inmediata, una vez hayan sido consignadas.

Artículo 16. Explicación de calificaciones correspondientes a las asignaturas teóricas. Los alumnos tendrán derecho a solicitar del profesor la explicación sobre su calificación de la evaluación parcial, en la misma oportunidad en que el profesor informe sobre ésta, o en la oportunidad que el profesor fije a tal efecto, la cual no podrá exceder de dos días hábiles a

la fecha de la publicación de las calificaciones. La explicación de calificaciones sólo podrá tener lugar en la sede de la Universidad.

Artículo 17. Solicitud de revisión por jurado. El alumno podrá solicitar por escrito la revisión del examen de reparación por un miembro del jurado distinto al profesor del curso, al momento de la publicación de la calificación y hasta el segundo

(2) día hábil siguiente al vencimiento del plazo para explicación de calificaciones.

Artículo 18. Lapso para la revisión. Una vez convocado el miembro del jurado para la revisión del examen de reparación, éste dispondrá de un lapso de tres (3) días continuos para realizar la referida revisión y consignar los exámenes calificados.

Artículo 19. Calificación final por jurado. El miembro del jurado al que le corresponda revisar el examen de reparación se comunicará con el profesor de la asignatura para informarse del criterio de evaluación aplicado. En caso que resultare imposible comunicarse con aquél, el profesor informará a la Dirección de la Escuela de Derecho sobre esa circunstancia y calificará el examen. En todo caso, el miembro del jurado al que le corresponda revisar el examen deberá motivar la calificación. La calificación definitiva se obtendrá promediando las dos calificaciones realizadas.

Artículo 20. Escala de calificaciones. Las evaluaciones sumativas serán calificados de conformidad con lo establecido en la Ley de Universidades y sus reglamentos.

Artículo 21. Deber de calificar. La calificación será responsabilidad personal del profesor de cada asignatura. Cuando por causa de fuerza mayor o causa extraordinaria a juicio del Consejo de Facultad, un profesor no pueda calificar una evaluación sumativa, el Consejo de la Facultad de Derecho designará un sustituto, quien se informará sobre los criterios de evaluación y asignaturas cubiertas por el profesor de la cátedra.

Capítulo V DISPOSICIONES FINALES

Artículo 22. Lugar de las evaluaciones. Las evaluaciones deberán celebrarse en el recinto universitario, en los días hábiles del Calendario Académico aprobado por el Consejo

Universitario. El horario para la realización de dichas actividades será de lunes a viernes desde las 7:00 am hasta las 9:50 pm, y los días sábados desde la 7:00 am hasta las 4:50 pm.

Parágrafo único: De acuerdo con el reglamento respectivo, en las asignaturas presenciales hasta un treinta y cinco por ciento (35%) de las evaluaciones podrá realizarse en línea, a través de la plataforma Módulo 7. Las evaluaciones realizadas por esta plataforma en los laboratorios de la Universidad, con la presencia del profesor de la asignatura, se considerarán evaluaciones presenciales.

Artículo 23. Persona encargada de realizar las evaluaciones. El profesor es la persona encargada de aplicar las evaluaciones, debiendo concurrir puntualmente a su realización. Previa autorización de la Dirección de la Escuela de Derecho, y por causa justificada, la aplicación del examen podrá ser delegada en otro profesor de la Facultad.

Artículo 24. Lapso de espera para la realización de las evaluaciones. Pasados 45 minutos de la hora pautada para realizar una evaluación sumativa, los alumnos no tendrán la obligación de esperar para que ésta se efectúe.

En caso que la evaluación no pueda realizarse, el profesor pautará, con la Dirección de la Escuela de Derecho, la fecha para que ello tenga lugar.

En los exámenes escritos, el alumno que llegare después que se hayan dictado las preguntas o propuesto los temas del examen, podrá ser admitido si no hubieren transcurrido treinta (30) minutos de la hora en que inició efectivamente la evaluación, siempre que no se hubiere retirado un alumno durante ese período.

Artículo 25. Incumplimiento de las normas de la evaluación por los Alumnos. El alumno incumpla con las normas establecidas previamente para la realización de una evaluación sumativa podrá ser excluido de ésta y será calificado a juicio del profesor. El alumno podrá ser objeto de un procedimiento administrativo conforme a lo establecido en la normativa especial que rige la asignatura.

Artículo 26. Casos no previstos o dudosos. El Consejo de Facultad de Derecho podrá desarrollar y complementar el presente Reglamento sin alterar su espíritu, propósito o razón y resolverá las dudas sobre su interpretación o alcance.

Artículo 27. Entrada en vigencia. El presente Reglamento entrará en vigencia con su aprobación en Consejo Universitario.

7.2. Decisión de Gobierno sobre Requisitos y Lineamientos para la selección y formación de Preparadores y Asistentes de Cátedra. Acta No. 959 del 13/ 02 /2023, Acta N.º 966 del 29/05/2023 y Acta N.º 967 del 19/06/2023.

En fecha 13 de febrero el Consejo conoció la propuesta presentada por la representación estudiantil referente a la posible reforma a la Decisión de Gobierno sobre Preparadores y Asistentes de Cátedra, a la misma se le realizaron algunas observaciones y se presentará nuevamente en la próxima sesión de Consejo de Facultad. En reunión del 29 de mayo, se presentó la propuesta con ajustes, planteándose nuevas observaciones y acordándose volver a discutir el asunto en otra reunión. En fecha 19 de junio fueron presentadas una serie de modificaciones a la propuesta hecha en el pasado Consejo de Facultad, reseñadas e identificadas en documento anexo al Acta 967. El Consejo de Facultad aprobó la propuesta de la siguiente forma:

De conformidad con lo previsto por el artículo 14 del Reglamento de Ayudantes de Cátedra e Investigación, Preparadores y Asistentes Académicos, el Consejo de Facultad de Derecho dicta la siguiente

DECISIÓN DE GOBIERNO SOBRE REQUISITOS Y LINEAMIENTOS PARA LA SELECCIÓN Y FORMACIÓN DE PREPARADORES Y ASISTENTES DE CÁTEDRA.

Sección Primera. De los Preparadores.

Requisitos para el aspirante a preparador.

Artículo 1. Quien desee postularse como preparador académico deberá:

a- Ser estudiante regular en la Escuela de Derecho, al menos, en el sexto semestre.

b- Haber cursado la asignatura en la que se postula, y haber obtenido una calificación igual o superior a dieciocho puntos.

c- Tener un índice académico general igual o superior a quince puntos.

d- Haber aprobado todas las asignaturas cursadas en el período anterior.

e- No tener sanciones disciplinarias en su expediente.

Procedimiento para el nombramiento.

Artículo 2. El estudiante que desee postularse, deberá consignar ante la Dirección de Escuela, por los medios que ésta disponga, dentro del primer mes del período académico: su carta solicitud, avalada por el profesor ordinario de la asignatura; y copias de su síntesis curricular y su récord académico.

Recibida la documentación, la Dirección de Escuela validará el cumplimiento de los requisitos, y presentará la postulación en la siguiente sesión ordinaria del Consejo de Facultad, que aprobará o rechazará la postulación, dicha decisión será inapelable. La decisión será comunicada por escrito al estudiante a través de la Dirección de Escuela.

Proceso de formación.

Artículo 3. Quien fuere designado como preparador, deberá realizar el curso de formación como Estudiante Asesor, de conformidad con lo previsto por la Dirección de Escuela.

Gratuidad.

Artículo 4. Todas las actividades desarrolladas por los preparadores tendrán carácter *ad honorem.*

Límites a los nombramientos.

Artículo 5. Un estudiante podrá ser preparador simultáneamente hasta de dos asignaturas para un período académico. Un profesor podrá tener simultáneamente hasta dos estudiantes como preparadores en una misma asignatura.

Sesiones de clase y adicionales.

Artículo 6. Los preparadores podrán impartir clases, durante las horas de la asignatura, con la presencia del profesor, quien no puede ser sustituido, ni delegar la aplicación y vigilancia de evaluaciones. También podrán, con la venia y el apoyo del profesor, programar y ejecutar sesiones adicionales fuera de las horas de la asignatura para la revisión y discusión de contenidos, o la realización de ejercicios prácticos. Dichas sesiones no serán de obligatoria asistencia, y no podrán impartirse contenidos nuevos.

Sección Segunda. De los Asistentes de Cátedra.

Requisitos para el aspirante.

Artículo 7. Quien desee postularse como asistente de cátedra deberá:

a- Ser egresado de la Facultad de Derecho, estudiante o egresado de postgrado de la UCAB.

b- Haber cursado la asignatura en la que se postula habiendo obtenido una calificación igual o superior a dieciocho puntos.

c- Haber tenido un índice académico general igual o superior a quince puntos en pregrado, o tener un índice académico general igual o superior a diecisiete puntos en los estudios de postgrado.

d- No tener sanciones disciplinarias en su expediente.

Parágrafo primero: Si el aspirante no hubiere cursado estudios de pregrado en la UCAB, se entenderá, por la asignatura en la que se postula, la más similar en la programación curricular de su universidad de egreso, para lo que deberá consignar copia del programa de la misma conjunto al resto de su documentación de solicitud.

Parágrafo segundo: Si el aspirante no cumpliera con el requisito de la calificación mínima en la materia, o si sus estudios de postgrado no se relacionaran con el área de la asignatura, se exigirá experiencia docente, de investigación o méritos profesionales sobresalientes en el área. El aspirante tendrá la carga de consignar sus soportes, si fuere el caso.

Procedimiento para el nombramiento.

Artículo 8. El aspirante que desee postularse, deberá consignar ante la Dirección de Escuela, por los medios que ésta disponga, dentro del primer mes del período académico: su carta solicitud, avalada por el profesor ordinario de la asignatura; y copias de su síntesis curricular y su récord académico, así como otros documentos que soporten su solicitud.

Recibida la documentación, la Dirección de Escuela validará el cumplimiento de los requisitos, y presentará la postulación en la siguiente sesión ordinaria del Consejo de Facultad, que aprobará o rechazará la postulación, dicha decisión será inapelable. La decisión será comunicada por escrito al aspirante a través de la Dirección de Escuela.

Proceso de formación.

Artículo 9. Quien fuere designado como asistente de cátedra, deberá realizar el programa de formación de profesores para nuevos docentes, de conformidad con lo previsto por la Dirección de Escuela.

Gratuidad.

Artículo 10. Todas las actividades desarrolladas por los asistentes de cátedra tendrán carácter *ad honorem.*

Límites a los nombramientos.

Artículo 11. Un aspirante podrá ser asistente académico simultáneamente hasta de dos asignaturas para un período académico. Un profesor podrá tener simultáneamente hasta dos asistentes de cátedra en una misma asignatura.

Sesiones de clase y vigilancia de las evaluaciones.

Artículo 12. Los asistentes de cátedra podrán impartir, cada uno, hasta un quince por ciento (15%) de las clases programadas en el plan de clases. No se computarán para este cálculo las clases que cuenten con la presencia del profesor.

La aplicación y vigilancia de las evaluaciones corresponde exclusivamente al profesor, los asistentes de cátedra podrán colaborar en estas tareas, siempre con presencia del profesor.

Sección Tercera. Disposiciones Finales.

Casos no previstos.

Artículo 14. Todo lo no previsto por esta Decisión de Gobierno se regulará por lo dispuesto en el Reglamento de Ayudantes de Cátedra e Investigación, Preparadores y Asistentes Académicos, los demás reglamentos que rijan la materia y las leyes aplicables.

Interpretación y aplicación de esta normativa.

Artículo 15. La interpretación sobre los términos dudosos, el alcance y aplicación de estas normas corresponde al Consejo de Facultad de Derecho.

Aprobado en Caracas, a los diecinueve (19) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023) en la sesión número 967 del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

7.3. Acreditación de Saberes. Acta N.º 974 del 20/11/2023 y Acta N.º 975 del 11/12/2023.

En fecha 20 de noviembre se presentó ante el Consejo la propuesta hecha por la prof. Magaly Vásquez en su condición de Secretaria de la Universidad de la propuesta de acreditación de saberes o experiencia por la cual se reconocerían a personas con experiencia en áreas jurídicas puntuales o equiparables a lo que se estudia en una determinada asignatura, los créditos que corresponden a esa área o asignatura. En este sentido se señala la posibilidad de esta acreditación a quienes tengan mínimo 30 años de edad, mínimo 10 años de experiencia en el área o asignatura, en el entendido que el interesado deberá presentar el examen o evaluación que corresponda, realizar algún propedéutico complementario, entre otras. Se informa que si pensamos que ello es factible en Derecho, debe crearse un Comité de Acreditación y formularse los mecanismos de comprobación del saber o experiencia alegada. Los profesores dieron ejemplos como los funcionarios que trabajan en la Inspectoría del Trabajo a los que se les acreditaría alguna asignatura vinculada con el área laboral. Que eso

existía en la época en la que no había muchas Universidades, que hay personas que son legos en determinadas áreas y podrían aspirar a este mecanismo. Por su parte en el caso de las pasantías pueden reconocerse aquellas pasantías hechas en organismos nacionales e internacionales con un máximo 240 horas de las 480 horas que deben cursarse como requisito de egreso según el nuevo Plan de Estudios. Igualmente se pueden acreditar máximo 240 horas de las 480 horas de las pasantías a aquellos que aleguen trabajar en organismos nacionales o internacionales, escritorios jurídicos, etc**.** El Decano señaló que en la próxima reunión los Consejeros podrían presentar sugerencias a los fines de notificarle a la Secretaria de la Universidad la postura de la Facultad. En reunión de Consejo de fecha 11 de diciembre, en vista de la propuesta que consta en el Acta No. 974, sobre la redacción de una regulación sobre el reconocimiento o acreditación de saberes/experiencia, el Decano plantea la creación de una comisión integrada por la profesora Isaura Pacheco (enlace) y los consejeros Carlos Blanco y César Carballo a los fines de reunirse en enero y elaborar un informe con las propuestas que se presentarían con vista a la redacción de las regulaciones. Igualmente se enviarán por correo las consideraciones presentadas por la profesora Ninoska Rodríguez sobre el tema. Visto lo solicitado, el Consejo decide aprobarlo por unanimidad.

VIII. Minors (Concentraciones Menores)

8.1. Minor Técnicas Fundamentales para la Negociación Laboral, Propuesta conjunta de Relaciones Industriales-Economía-Derecho. Acta N.º 967 del 19/06/2023.

A fin de ampliar la oferta educativa se consideró proponer un Minor conjunto vinculado a las tres carreras denominado Técnicas Fundamentales para la Negociación Laboral, dirigido a bachilleres**,** estudiantes inclusive de estas tres carreras y a egresados de cualquier carrera de la UCAB. A fin de que los estudiantes de estas tres carreras puedan también cursar el Minor, por recomendación de la profesora Magaly Vásquez, se alojaría en la Coordinación de Cátedras Comunes de FACES. Su objetivo sería ofrecer contenidos teóricos y prácticos que permitan a cada participante acceder a técnicas y herramientas asociadas a los procesos de argumentación crítica y debates, considerando un aporte a la discusión de una temática universal como lo es el trabajo. Esta concentración menor (minor) facilita el desarrollo en habilidades útiles para su desenvolvimiento laboral, independientemente del área en la que

se encuentre. El contenido, competencias y demás especificaciones constan como soporte de esta acta. Visto lo planteado, el Consejo de Facultad aprueba el Minor propuesto de la siguiente forma:

TÉCNICAS FUNDAMENTALES PARA LA NEGOCIACIÓN LABORAL

Objetivo: ofrecer contenidos teóricos y prácticos que permitan a cada participante acceder a técnicas y herramientas asociadas a los procesos de argumentación crítica y debates, considerando un aporte a la discusión de una temática universal como lo es el trabajo. La concentración menor (minor) facilita desarrollo en habilidades útiles para su desenvolvimiento laboral, independientemente del área en la que se encuentre.

Dirigido a: bachilleres, estudiantes o egresados de cualquier carrera de la UCAB.

Requisitos de ingreso: elementos indicados en el artículo 5° del Reglamento de Concentraciones Menores (MINORS) de la UCAB, disponible en: https://www.ucab.edu.ve/informacion-institucional/secretaria/reglamentos/estudiantes/

Perfil de egreso: quien egresa estará en capacidad de:

- Identificar y describir los aspectos teóricos y prácticos esenciales sobre la argumentación y el debate.
- Identificar e implementar técnicas y herramientas para el desarrollo argumentativo teniendo como referencia el desarrollo de la perspectiva crítica y constructiva de ideas.
- Reconocer temáticas y actores del mundo de las relaciones laborales, considerando una perspectiva de promoción y defensa del trabajo como derecho humano.

Unidades Curriculares:

Se deberá cumplir con la aprobación de las siguientes unidades curriculares:

Asignatura	HAD			Total HAD	Pr	HTIE	TH	UC	Eval	Mod	Tax	Pre-Req.	Mat. Inst.	Mat. Inter.	Mat Intra.	Común Algunas escuelas
	HT	HP	HL													
Argumentación y debate (ECON)	1	2	0	3	0	4	7	4	C	PRE*	TA-8					
Teoría de las Relaciones Sindicato - Gerenciales (RRII)	2	0	0	2	0	4	6	3	CR	VIT	TA-1					
Fundamentos y sujetos del Derecho del Trabajo (DERE)	2	0	0	2	0	4	6	3	CR	PRE	TA-1			x		DERE-RRII-ADMÓN-CONT
Resolución alternativa de conflictos (DERE)	1	1	0	2	0	3	5	3	CR	PRE	TA-4			x		DERE-ADMÓN
Negociación y Concertación Laboral (RRII)	1	2	0	3	0	4	7	4	CR	PRE	TA-4					

Derechos Humanos (DERE)	1	1	0	2	0	3	5	3	CR	PRE	TA-3					
Total	7	7	0	14	0	21	35	20								

*****Una vez concluido el proceso de virtualización de esta asignatura, solo se ofrecerá en esa modalidad (VIT)

Competencias:

UCAB:

· Aprender a Aprender con Calidad: utiliza estrategias de forma autónoma para incorporar e incrementar conocimientos, habilidades y destrezas en el contexto de los avances científicos y culturales requeridos para un ejercicio profesional globalmente competitivo.

· Aprender a trabajar con el otro: Interactúa con otros en situaciones diversas y complejas para alcanzar objetivos comunes, en un entorno donde el equilibrio de los roles: colaborador o líder y la fluidez comunicativa procuran resultados beneficiosos para todos.

Profesionales de Relaciones Industriales:

· Gestionar talento humano: en los diversos sistemas y subsistemas que conforman la actividad de la empresa, tanto en el sector público como en el privado, considerando los procesos de captación, retención, compensación y desarrollo del talento.

· *Unidad de competencia:* Gestiona las relaciones laborales en el ámbito de las organizaciones: planifica, lidera, ejecuta y controla procesos de negociación, concertación y diálogo entre los actores del sistema de relaciones de trabajo en las organizaciones.

o *Criterios de desempeño:* 2. Aplica estrategias de negociación, concertación y diálogo de acuerdo al caso. 3. Aplica técnicas para la argumentación y el debate.

Profesionales de Economía:

- Analiza modelos que simplifican las relaciones económicas: Representa de manera simplificada la realidad económica
    - *Unidad de competencia:* Estudia los modelos económicos aplicables.
        - *Criterios de desempeño:* Relaciona los agentes económicos que intervienen en los modelos
- Propone alternativas para la asignación eficiente de recursos: Formula distintas opciones para la asignación de recursos, enmarcadas en una perspectiva ética, de justicia y responsabilidad social, en la gestión pública y privada
    - *Unidad de competencia:* Diseña propuestas para optimizar el uso de los recursos públicos y privados.
        - *Criterios de desempeño:* Interpreta la información económica

Profesionales de Derecho:

- *Domina los principios y categorías del Derecho.*
    - *Unidad de competencia:* Aplica los principios y categorías del derecho
        - *Criterios de desempeño:* identifica principios del ordenamiento jurídico, analiza un caso jurídico.
- *Argumenta jurídicamente y soluciona problemas jurídicos.*
    - *Unidad de competencia:* Razona y argumenta desde la perspectiva jurídica, con efecto de proponer una solución razonable.
        - *Criterios de desempeño*: comunica de forma oral y escrita el argumento jurídico pertinente.
- *Soluciona problemas jurídicos.*
    - *Unidad de competencia:* Participa y trabaja en equipo para la solución de problemas jurídico.

- *Criterios de desempeño:* comunica de forma oral y escrita el argumento jurídico pertinente. Reconoce la importancia del trabajo en equipo y forma equipos de trabajo.

8.2. Ajustes de los Minors de Derecho vigentes, derivados del cambio del Plan de Estudios de la carrera, así como de modificaciones del Reglamento de Concentraciones Menores (MINORS). Acta N.º 968 del 3/07/2023.

Las Directoras Alarcón y Álvarez elevaron la propuesta de ajuste de las Concentraciones Menores (MINOR) en Derecho de las Personas y la Familia, Derecho Internacional Público y en Derecho Tributario. La propuesta atiende al nuevo Plan de Estudios aprobado el 30-05-2023 por el Consejo Universitario que entrará en vigencia en sept 2023 – enero 2024, su coexistencia temporal con el plan de estudios vigente y, en consecuencia y la necesidad de adaptar estos programas a las Normas Transitorias para la Aplicación del Nuevo Plan de Estudios de la Carrera de Derecho, todo de conformidad con el artículo 3 del Reglamento de Concentraciones Menores que establece que cualquier ajuste en el plan de estudios de la carrera a la cual pertenece el Minor implicará la modificación de este Programa. Adicionalmente se presenta el Minor en Derecho Tributario con un pequeño cambio en el nombre de una materia, sin presentar alteraciones en cuanto al Plan de Estudios y al igual que sucede con los otros dos Minors señalados, se ajusta el perfil de ingreso acorde al Reglamento de Concentraciones Menores. Las modificaciones correspondientes obedecen en todos los casos al perfil de ingreso que se ajustó al actual Reglamento de los Minors y adicionalmente al cambio de algunas materias acorde a la aplicación paulatina del nuevo Plan de Estudios de la carrera. No amerita normas transitorias porque no hay estudiantes de Minors en ninguna de las sedes. Finalmente, si bien existe otro Minor denominado Régimen Legal para No abogados, se consideró que debe analizarse cómo se propondría dado que en este caso hay un cambio de la oferta. El Consejo de Facultad aprobó las propuestas para ser ratificadas por el Consejo Universitario de conformidad con el artículo 4 del Reglamento de Concentraciones Menores (MINORS) y acorde a los que a continuación se detalla:

MINOR EN DERECHO TRIBUTARIO

Perfil de ingreso*	**Perfil de egreso**	**Asignaturas Propuestas**	**Oferta anterior**	**Competencias Básicas**
Estudiantes de pregrado de la UCAB de cualquier carrera, excepto aquellos que cursen la misma carrera en que se oferta el minor. También podrán inscribirse en un programa Minor quienes sin ser alumnos (as) regulares posean el título de bachiller. Los egresados de cualquier carrera de pregrado de la UCAB podrán inscribirse en un programa Minor, incluso perteneciente a la propia carrera de origen, si en	El estudiante se caracteriza por ser un profesional que fundamenta sus acciones en la excelencia, el liderazgo y la ética; además de actuar conforme al Estado de Derecho, la justicia, que se expresan en su actuación en los distintos ámbitos de aplicación en los que puede desarrollar su potencialidad y capacidad para atender problemas fiscales.	Teoría General del Derecho II (6 UC) Derecho Constitucional Venezolano I: Historia y Parte Dogmática. (4 UC) Derecho Constitucional Venezolano II: Parte Orgánica y Garantías (4 UC) Fundamentos de Derecho Administrativo (4 UC) Teoría del Acto Administrativo y Procedimiento Administrativo(4 UC)*	Teoría General del Derecho II (6 UC) Derecho Constitucional Venezolano I: Historia y Parte Dogmática. (4 UC) Derecho Constitucional Venezolano II: Parte Orgánica y Garantías (4 UC) Fundamentos de Derecho Administrativo (4 UC) Teoría del Acto Administrativo y del Procedimiento Administrativo (4 UC)** Derecho Tributario: Parte General (4 UC)	Aprender a aprender con calidad. Aprender a trabajar con el otro. Aprender a interactuar en el contexto global.

esta se hubieren verificado reformas curriculares con posterioridad a su egreso.		Derecho Tributario: Parte General (4 UC) Derecho Tributario: Parte Especial (4 UC) UC. 30	Derecho Tributario: Parte Especial (4 UC) UC: 30	
Cambio en el perfil de ingreso** * Con la denominación Teoría del Acto Administrativo y Procedimiento Administrativo (4 UC)* permanecerá hasta el Term. 202515. A partir del Term. 202525 se ofrecerá con la denominación Teoría del Acto Administrativo y del Procedimiento Administrativo (4 UC).**				
MINOR EN DERECHO DE LAS PERSONAS Y LA FAMILIA				
Perfil de ingreso*	**Perfil de egreso**	**Asignaturas**	**Oferta anterior**	**Competencias Básicas**
Estudiantes de pregrado de la UCAB de cualquier carrera, excepto aquellos que cursen la misma carrera en que se oferta el	Profesional que fundamenta sus acciones en la excelencia, el liderazgo y la ética; además de actuar conforme al Estado de Derecho, la justicia, la Democracia y los Derechos Humanos.	Derecho Civil Personas (6 UC)* Teoría General del Derecho II (6 UC)	Derecho de las Personas: Parte General (5 UC) Derecho de las Personas: Parte Especial (4 UC)	Aprender a aprender con calidad. Aprender a convivir y servir.

minor. También podrán inscribirse en un programa Minor quienes sin ser alumnos (as) regulares posean el título de bachiller. Los egresados de cualquier carrera de pregrado de la UCAB podrán inscribirse en un programa Minor, incluso perteneciente a la propia carrera de origen, si en esta se hubieren verificado reformas curriculares con posterioridad a su egreso	Valores estos, que se expresan en su actuación en los distintos ámbitos de aplicación en los que puede desarrollar su potencialidad; demostrando el dominio de los principios jurídicos y categorías del Derecho Civil aplicable a las personas y las familias.	Derecho de Familia(4 UC) Derecho de Sucesiones (4 UC) Derechos Humanos (3 UC) **UC: 23**	Teoría General del Derecho II (6 UC) Derecho de Familia(4 UC) Derecho de Sucesiones (4 UC) Derechos Humanos (3 UC) **UC: 26**	Aprender a trabajar con el otro. Aprender a interactuar en el contexto global.
***La asignatura Derecho Civil Personas (6UC) corresponde al primer semestre del nuevo pensum y sustituye en el Minor a las asignaturas Derecho de las Personas: Parte General (5 UC) del primer semestre y Derecho de las Personas: Parte Especial (4 UC) del segundo semestre que se fusionaron.**				

***Cambio en el perfil de ingreso.**

MINOR EN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Perfil de ingreso*	Perfil de egreso	Asignaturas	Oferta anterior	Competencias Básicas
Estudiantes de pregrado de la UCAB de cualquier carrera, excepto aquellos que cursen la misma carrera en que se oferta el minor. También podrán inscribirse en un programa Minor quienes sin ser alumnos(as) regulares posean el título de bachiller. Los egresados de cualquier carrera de pregrado de la UCAB podrán	El estudiante se caracteriza por ser un profesional que fundamenta sus acciones la excelencia, el liderazgo y la ética; además de actuar conforme al Estado de Derecho, la justicia, la Democracia y los Derechos Humanos. Valores estos, que se expresan en su actuación en los distintos ámbitos de aplicación en los que puede desarrollar su potencialidad y capacidad para entender el Derecho Internacional Público como ordenamiento rector de las relaciones entre los Estados y demás sujetos de la comunidad	Teoría General del Derecho Constitucional (4 UC)* Derecho Internacional Público. (4 UC)** Instituciones de Derecho Internacional Público 4 (UC)** Derechos Humanos (3 UC) Teoría General del Derecho II (6 UC)	Derecho Constitucional General II: Sistema Político, Sistema de Gobierno y Forma de Estado (4 uc) Derecho Internacional Público. (4 UC) Instituciones de Derecho Internacional Público 4 (UC) Derechos Humanos (3 UC)	Aprender a aprender con calidad. Aprender a convivir y servir. Aprender a trabajar con el otro. Aprender a interactuar en el contexto global.

inscribirse en un programa Minor, incluso perteneciente a la propia carrera de origen, si en esta se hubieren verificado reformas curriculares con posterioridad a su egreso.	internacional en el mundo contemporáneo.	Teoría Política (3 UC) UC: 24	Teoría General del Derecho II (6 UC) UC: 21	

***Cambio en el perfil de ingreso.**

***La asignatura Teoría General del Derecho Constitucional corresponde al primer semestre del nuevo pensum y sustituye en el Minor a la asignatura Derecho Constitucional General II: Sistema Político, Sistema de Gobierno y Forma de Estado (4 UC) correspondiente al anterior pensum.**

****La asignatura Instituciones de Derecho Internacional Público se mantendrá en el plan de estudios del Minor hasta el Term. 202515. A partir del Term. 202525 se fusionará con Derecho Internacional Público en una asignatura que mantiene esta última denominación, debiendo cursarse a partir de este semestre con los atributos que le correspondan en el Plan de Estudios que fue aprobado el 30-05-2023 por el Consejo Universitario.**

IX.- Extensión de la oferta a través del CIAP

En **Acta N.º 959 del 13/ 02 /2023** se presentó la propuesta de la Escuela de Derecho- Caracas, curso "Mercado de Valores en Venezuela: Potencial Rendimiento Exponencial" para ser realizado a través del CIAP aprobado por el Consejo con una duración de 20 horas Académicas y dirigido a profesionales de cualquier industria, con funciones en el área financiera, económica, administración, legal o consultoría interesados en descubrir, entender y usar instrumentos de financiamiento en Bs y USD a corto, mediano y largo plazo, así como

inversión en instrumentos financieros de cobertura y de renta en Bs y USD. Los ponentes y demás especificaciones se encuentran contenidos en la propuesta final aprobada por el CIAP y que forma parte de los anexos de esta Acta.

X.- Nuestros profesores:

10.1 Fallecimientos

10.1.1. Acta N.º 957 del 16/ 01 /2023.

MINUTO DE SILENCIO POR EL FALLECIMIENTO DE LA PROFESORA JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS

Los miembros del Consejo guardaron un minuto de silencio en memoria de la **profesora Josefina Calcaño de Temeltas**. La profesora Josefina Calcaño obtuvo en esta Universidad el título de Abogado. Fue Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Se desempeñó como profesora de las Cátedras de Prácticas de Derecho Administrativo y Procedimientos Contenciosos-Administrativos, y fungió además como miembro del Consejo de la Facultad de Derecho por varios períodos.

10.1.2. Acta N.º 959 del 13/ 02 /2023.

MINUTO DE SILENCIO POR EL FALLECIMIENTO DEL PROFESOR LUIS AQUILES MEJIA ARNAL

Los miembros del Consejo guardaron un minuto de silencio en memoria del **profesor Luis Aquiles Mejía Arnal**. El Profesor Mejía obtuvo su título de Especialista en Derecho Procesal en esta Casa de Estudios. Fue profesor de Pregrado en la materia Derecho Procesal Civil I y en Postgrado dictó clase en la Especialización en Derecho Procesal.

10.1.3. Acta N.º 960 del 06/ 03 /2023.

a) MINUTO DE SILENCIO POR EL FALLECIMIENTO DEL PROFESOR FRANCO PUPPIO PISANI

Los miembros del Consejo guardaron un minuto de silencio en memoria del **profesor Franco Puppio Pisani**. Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, con estudios de Postgrado en el Instituto de Altos Estudios de Defensa Nacional (IAEDEN). Fue profesor en el Departamento de Derecho Internacional Público en el área de fronteras, tema en el que realizó varias publicaciones.

b) MINUTO DE SILENCIO POR EL FALLECIMIENTO DE LA SEÑORA LOLITA BORJAS DE MUCI, MADRE DEL PROFESOR JOSÉ ANTONIO MUCI

Los miembros del Consejo guardaron un minuto de silencio en memoria de la señora **Lolita Borjas de Muci**, madre de nuestro apreciado profesor José Antonio Muci**,** hecho acontecido en España.

10.1.4. Acta N.º 971 del 02/10/2023.

MINUTO DE SILENCIO POR EL FALLECIMIENTO DEL PROFESOR ROMÁN JOSÉ DUQUE CORREDOR

Los miembros del Consejo guardaron un minuto de silencio en memoria del **profesor Román Duque Corredor**. El doctor **Román José Duque Corredor** egresó como abogado con mención Cum Laude de la Universidad Católica Andrés Bello, en el año 1965, obteniendo luego el título de Doctor en Derecho en esta misma Universidad, además de recibir un Doctorado Honoris Causa de la Universidad de Los Andes.

Fue un jurista ejemplar, formador de generaciones de abogados tanto en pregrado como en los postgrados de esta universidad y de distintas universidades nacionales, además de ser profesor invitado en universidades internacionales. El doctor Duque Corredor dejó un testimonio invaluable de rectitud, honorabilidad y comportamiento ético en el ejercicio de la profesión y de la función pública y jurisdiccional, de esmero en la labor docente, y de dedicación a la República, y escribió obras jurídicas fundamentales sobre el derecho agrario, el derecho minero y el derecho constitucional, entre otros campos de la ciencia jurídica.

10.2. Renuncias

10.2.1. Acta N.º 962 del 27/ 03 /2023

a) Renuncia de profesor de la Escuela de Derecho sede Caracas.

El Consejo conoció el correo electrónico enviado por el profesor **Eduardo Valero** el día 27 de marzo del presente año, mediante la cual renuncia como profesor de esta Facultad. La asignatura que impartía el profesor era Teoría Política. Vista esta comunicación, el Consejo acuerda remitirla a la Dirección de Recursos Humanos.

b) Renuncia de profesores de Clínica Jurídica

El Consejo conoció la comunicación del profesor **Marcos Aldana** de fecha 31 de enero de 2023, mediante la cual renuncia a 04 horas a dedicación como profesor del Centro de Clínica Jurídica a partir de la misma fecha, por motivos de mejora laboral. Vista esta comunicación, el Consejo acuerda remitirla a la Dirección de Recursos Humanos.

El Consejo conoció la comunicación del profesor **Nicolás Hartfiel** de fecha 21 de marzo de 2023, mediante la cual renuncia a 10 horas a dedicación como profesor del Centro de Clínica Jurídica a partir de la misma fecha. Vista esta comunicación, el Consejo acuerda remitirla a la Dirección de Recursos Humanos.

10.2.2. Acta N.º 965 del 08/05/2023.

Renuncia de profesora de la Escuela de Derecho sede Caracas.

El Consejo conoció el correo electrónico enviado por la profesora **Carolina Urdaneta Benítez** el día 26 de abril del presente año, mediante el cual renuncia como profesora de esta Facultad en la asignatura **Inglés Jurídico**. Vista esta comunicación, el Consejo acuerda remitirla a la Dirección de Recursos Humanos.

10.3 Reducción de horas

10.3.1. Acta N.º 962 del 27/ 03 /2023

Reducción de horas de los profesores de Clínica Jurídica, sede Caracas.

El Consejo conoció la comunicación de la **profesora Mariana Campos**, en la cual renuncia a 06 horas de las 10 horas que tiene como profesora a dedicación del Centro de Clínica

Jurídica, quedándose así con solo 4 horas, dicha renuncia se hará efectiva a partir del 24 de marzo de 2023. Se acuerda informar de la reducción de horas a la Dirección de Administración de Recursos Humanos.

El Consejo conoció la comunicación de la **profesora Yaritza Martínez**, en la cual renuncia a 10 horas de las 20 horas que tiene como profesora a dedicación del Centro de Clínica Jurídica, quedándose así con solo 10 horas, dicha renuncia se hará efectiva a partir del 24 de marzo de 2023. Se acuerda informar de la reducción de horas a la Dirección de Administración de Recursos Humanos.

10.3.2. Acta N.º 969 del 20/07/2023.

Reducción de carga horaria de profesor del Centro de Derechos Humanos sede Caracas y nombramiento de profesor del Centro de Derechos Humanos sede Caracas

El Consejo conoció la comunicación de la **profesora Marysabel Rodríguez**, en la cual renuncia a 10 horas de las 20 horas semanales que tiene como profesora investigadora en la línea de Participación Política del Centro de Derechos Humanos, quedándose así con solo 10 horas, dicha renuncia se hará efectiva a partir del 11 de julio de 2023. Se acuerda informar de la reducción de horas a la Dirección de Administración de Recursos Humanos. Asimismo, el Consejo conoció la solicitud formulada por el profesor Eduardo Trujillo Director del Centro de Derechos Humanos, de postulación del abogado/profesor **Carlos Rodríguez Pérez** como profesor investigador del Centro de Derechos Humanos, para la línea de investigación de Migración y Refugio, con una dedicación de diez (10) horas semanales, motivado a la renuncia de 10 horas de la profesora Marysabel Rodríguez, a partir del 11 de julio de 2023. Vista la solicitud, el Consejo acuerda remitir al Rector para su aprobación.

10.4. Nombramientos y ratificaciones

10.4.1. Acta N.º 959 del 13/ 02 /2023.

Nombramiento de profesora de Clínica Jurídica I

La profesora María Lidia Álvarez informó al Consejo que en una auditoría realizada por el Departamento de Administración Docente, se detectó que no se había realizado el

nombramiento correspondiente de la profesora **Luz Gil** como profesor ordinario en la materia Clínica Jurídica I. Sin embargo, luego de revisar las actas del Consejo de Facultad pudimos comprobar que dicho nombramiento fue aprobado por este Consejo según consta en el Acta N.º 890 de fecha 07/10/2019 sin ser procesado en sistema, razón por la cual se debe concluir el mismo. La profesora Gil ya tenía la condición de profesor ordinario en Clínica Jurídica en régimen anual. El Consejo aprobó esta solicitud.

10.4.2. Acta N.º 962 del 27/ 03 /2023.

Nombramiento de profesor de Clínica Jurídica

El Consejo conoció y aprobó la propuesta de postulación ante el Rector para el nombramiento de la profesora **Soledad Torres**, cédula de identidad n° V-9.295.180 como profesor Coordinadora del Voluntariado, con una dedicación de diez (10) horas semanales, motivado a la licencia no remunerada por motivos de salud solicitada por la profesora **Nancy Castro** para el próximo semestre abril - julio 2023 (Term. 202325).

10.4.3. Acta N.º 969 del 20/07/2023.

Nombramiento de la Directora de la Escuela de Derecho sede Caracas

El Consejo conoció la propuesta del **Doctor Jesús María Casal**, Decano de la Facultad de Derecho, para nombrar a la **profesora María Lidia Álvarez Chamosa** como Directora de la Escuela de Derecho sede Caracas por un primer periodo. Sometida a consideración del Consejo la propuesta, los miembros deliberaron sobre la misma, apoyándola por unanimidad, razón por la que será sometida a aprobación definitiva por parte del Consejo Universitario.

10.4.4. Acta N.º 970 del 11/09/2023.

Ratificación de investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas

El Consejo conoció la solicitud formulada por el profesor César Carballo, de ratificar al abogado **Juan Berrios** como profesor investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, para la línea de investigación de Derecho Constitucional, tiempo completo, pasa a Ordinario. Se adjunta el Informe presentado por el investigador. Vista la solicitud, el Consejo acuerda por unanimidad remitir al Rector para su aprobación.

10.4.5. Acta N.º 971 del 02/10/2023.

Nombramiento de investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas

El Consejo conoció la solicitud formulada por el profesor César Carballo, de ratificar a los siguientes profesores: **Tulio Alberto Álvarez Ramos, César Augusto Carballo Mena, María Gabriela Cuevas García, Luis Gerardo Gabaldón, Miguel José Mónaco Gómez, Jaiber Alberto Núñez Urdaneta, Carla Suyín Serrano Naveda, Carlos Trapani Blanco,** como profesores investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas, pasan a ordinario. Vista la solicitud, el Consejo acuerda por unanimidad remitir al Rector para su aprobación.

10.4.6. Acta N.º 972 del 16/10/2023.

Nombramiento de representante de la Facultad ante el Consejo de Extensión Social

El Consejo conoció la propuesta del Decano de nombramiento de un (1) miembro de la Facultad, con base en lo dispuesto en el artículo 24 del reglamento 2.59 de la Universidad sobre la constitución del Consejo de Extensión Social en su literal e, según el cual formará parte de este Consejo "Un representante por cada Facultad, designado por el Consejo de Facultad a proposición del respectivo Decano; durarán dos años en sus funciones y podrán ser reelegidos.", el Decano propuso el nombramiento de la profesora **Carla Serrano.** Vista esta propuesta, el Consejo acuerda aprobarla por unanimidad.

10.4.7. Acta N.º 974 del 20/11/2023.

Nombramiento de investigadores asociados para el Instituto de Investigaciones Jurídicas

El Consejo conoció la solicitud formulada por el profesor César Carballo, con base en el art. 7 del Reglamento de Investigadores Asociados de la UCAB, de proponer al Rector el nombramiento de los siguientes profesores como Investigadores Asociados adscritos al Instituto de Investigaciones Jurídicas, destacando que de conformidad con el art. 4 del Reglamento antes mencionado, los Investigadores Asociados no forman parte de la nómina del Instituto de adscripción y, en todo caso, no generan compromisos económicos a la UCAB:

- El Prof. **Rafael Badell** desarrollará el proyecto Divulgación de los aspectos jurídicos del diferendo del Esequibo, en coordinación con el Instituto de Investigaciones Históricas de la UCAB; y
- El Prof. **Salvador Yannuzzi** coordinará un Boletín o Revista de Derecho Probatorio que contendrá los mejores ensayos que sobre esta materia produzcan profesores y alumnos tanto del pregrado como de los postgrados.

10.5. Ascenso

Acta N.º 959 del 13/ 02 /2023.

Ascenso de profesor de la Escuela de Derecho sede Caracas

El Consejo conoció la comunicación emitida por el Consejo Universitario en fecha 03 de febrero de 2023, en la cual se notifica que el profesor **Pier Paolo Pasceri** ascendió a la categoría de profesor **Asociado**.

XI. Otros

11.1. Acta N.º 960 del 06/ 03 /2023.

Felicitación a la nueva Junta Directiva de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Los Consejeros Estudiantiles leyeron un comunicado felicitando a la nueva Junta Directiva. Una vez leído lo entregaron al profesor Gerardo Fernández, quien a su vez es Secretario de dicha Junta.

11.2. Acta N.º 967 del 19/06/2023.

a) Propuesta de la representación estudiantil en relación con el nombre al Centro de Estudios Políticos y de Gobierno.

El consejero Coelho planteó proponer la denominación ***Centro de Estudios Políticos y de Gobierno "Francisco José Virtuoso, S.J."***, quien fuera Rector de la Universidad hasta su fallecimiento, politólogo, profundamente vinculado con el trabajo del Centro y comprometido con la construcción y fortalecimiento de la cultura y gobernabilidad democrática. Toma la palabra el consejero Benigno Alarcón quien considera como Director

del centro una propuesta muy acertada. Visto lo anterior, el Consejo aprueba la propuesta y solicita elevarla a consideración del Consejo Universitario.

b) Carta de COGRES.

A los fines del conocimiento por los integrantes del Consejo, el consejero Coelho dio lectura a una carta conjunta de todos los representantes estudiantiles que cursa inserta en los anexos de esta acta, la cual fue leída previamente ante el Consejo Universitario y que según fue informado, ya ordenó la constitución de una comisión para revisar las peticiones allí planteadas.

11.3. Acta N.º 968 del 3/07/2023.

"Sala de Juicios Tecnológica" Dr. Román Duque Corredor.

El Consejo conoció y aprobó designar la "Sala de Juicios, dr. Román Duque Corredor como "Sala de Juicios Tecnológica, dr. Román Duque Corredor" a los fines de realizar los cambios en las placas de identificación correspondientes.

XII. EVENTOS (reseñados por año académico septiembre 2023-agosto 2024)

En el período académico septiembre 2023 – agosto 2024 desde la Escuela de Derecho se convocó a **26 actividades**, algunos de ellos realizados en conjunto con otras instancias de la Universidad y organizaciones externas. 14 de ellos pueden considerarse en materia de Internacionalización (invitados, temas y/o proyección).

Respaldo: Informe EVENTOS DERECHO (septiembre 2023 - agosto 2024).docx

XIII. COMUNICACIONES ENVIADAS A PROFESORES (Comunidad Ucabista)

En el período académico **septiembre 2023 – agosto 2024**, se enviaron **231 correos** a nuestros públicos internos y externos, con mensajes relacionados con las actividades de la Facultad y de la Universidad en general, de interés a nuestra comunidad, a saber, convocatorias a eventos o actividades puntuales como participación en revistas o en premios y concursos, boletines informativos, comunicados y pronunciamientos tanto de la Facultad como de instancias y organismos relacionados, e informaciones de último minuto de

importancia para el desarrollo de las actividades académico – administrativas de la universidad.

Respaldo: Informe COMUNICACIONES MASIVAS Facultad de Derecho Sept 2023-Ago2024.docx

XIV. COMPETENCIAS ESTUDIANTILES

Los estudiantes de la Facultad de Derecho participaron, durante este período, en actividades extracurriculares tanto en aquellas en las que pueden participar estudiantes sin distingo de la carrera que cursan (*competencias transversales*) como también en competencias internacionales diseñadas para la participación de estudiantes de Derecho.

Fe de erratas: en la edición anterior de la Revista de la Facultad, se publicó un error en relación con el premio grupal de la agrupación AMERICAN UCAB, cuando se lee "Finalistas" debe leerse "Semifinalistas".

1. A continuación, los datos de participación y premiaciones correspondientes al período académico 2022-2023 en competencias transversales, de acuerdo con la información proporcionada por la Dirección General de Desarrollo Estudiantil:

Sociedad de Debate

Participaron en la agrupación: Beatriz Tirado (jefa de equipo), Luis Ceballos (coordinador académico), Sandra Cova, María Victoria Ordaz, Erikendy Osuna, Luis Narváez, Ellis Alberti (egresada) y María Isabel Landaeta (egresada).

En el Campeonato Mundial de Debate en Español CMUDE 2023 (Panamá, 13 al 21 de julio de 2023), individualmente obtuvieron menciones Luis Narváez, Ellis Alberti, Beatriz Tirado, María Isabel Landaeta, María Victoria Ordaz y Sandra Cova.

Gabinete UCAB

Participaron en la agrupación: Alejandro Bauza (coordinador académico), Daniel Castillo (asesor), Evelio Chávez (asesor), Airaris Arroyo, Bernardo Ovalles y Marco Perica.

VMUNS

Participaron en esta agrupación: Isabela Rodríguez Stohr (*head delegate*).

En la competencia HNMUN LA 2023 (Panamá, 10 al 13 de enero de 2023) fueron reconocidos con el premio a la Mejor Delegación Pequeña.

NMUN UCAB

Participaron en esta agrupación: Ellis Alberti (*head delegate*, egresada) y María Verónica Cirrincione.

En la competencia NMUN 2023 (Manhattan, 10 al 13 de abril de 2023) fueron reconocidos con el premio a Delegación Sobresaliente.

WorldMUN UCAB

Participaron en esta agrupación: Omar Mora (*head delegate*), Alejandro Guzmán (*faculty advisor*, egresado), Marian Pérez, Sofía Andrade y Alejandro Rodríguez.

En la competencia Harvard WorldMUN 2023 (París, 14 al 17 de marzo de 2023) fueron reconocidos con el premio a Delegación Grande Sobresaliente. Además, individualmente obtuvieron menciones Sofía Andrade (premio a la diplomacia) y Alejandro Rodríguez (premio a la diplomacia).

LAMUN UCAB

Participaron en esta agrupación: Sthefanie Fuchs (jefa de delegación), Arantxa Jurado (asesora financiera), Daniel Yánez, Pedro Asuaje, Sebastián Volcán, Isabella Duarte (egresada), Jeinrrymel Gómez y Tomás López.

En la competencia UC3MUN 2023 (Madrid, 3 al 6 de marzo de 2023) fueron reconocidos con el premio a Mejor Delegación Global. Además, individualmente obtuvieron menciones Arantxa Jurado (mención verbal), Sebastián Volcán (mejor delegado), Daniel Yánez (mención verbal), Tomás López (mejor delegado), Jeinrrymel Gómez (mejor delegada) y Pedro Asuaje (mención verbal).

HNMUN UCAB

Participaron en esta agrupación: Alejandra Aguilera (jefa de delegación), Karlos Gilly, Angélica Echeverría, Ana Isabel Hernández, Elizabeth Nucete, Federico Palma, Sebastián Orta, Andrea Landa, Andrés Chumaceiro y Luisana Sequera.

En la competencia HNMUN 2023 (Boston, 18 al 21 de febrero de 2023) fueron reconocidos con el premio a Delegación Grande Sobresaliente. Además, individualmente obtuvieron

menciones Angélica Echeverría (mención diplomática), Andrea Landa y Ana Isabel Hernández (mención honorífica), Karlos Gilly (mención honorífica), Federico Palma (mejor delegado) y Sebastián Orta (mejor delegado).

2. En cuanto a las competencias cuya participación es únicamente para la Facultad de Derecho:

Concurso Interamericano de Derechos Humanos (IAMOOT o American) – American University, Washington D.C.

Participaron en esta agrupación: Roselis Díaz (egresada, entrenadora), Anselmo Coelho y Daniel Graterón.

Obtuvieron el reconocimiento a Segundo Mejor Memorial de la Representación de las Víctimas en Español.

Competencia Eduardo Jiménez de Aréchaga (CEJA) – ACODI, San José de Costa Rica.

Participaron en esta agrupación: Ellis Alberti (egresada, entrenadora), Sthefanie Fuchs, Camila Carballo (egresada), Elías Eid y Airaris Arroyo.

Concurso Interamericano de Derecho Internacional Humanitario – Universidad de la Sabana, Bogotá.

Participaron en esta agrupación: Daniela Suárez (egresada, entrenadora), Alejandro Granadillo (egresado) y Sthefanie Fuchs.

Fueron Finalistas del concurso, resultando subcampeones, y obtuvieron el reconocimiento a Mejor Memorial de la Parte Demandada.

XV. GRADUADOS (2023)

Graduados 02 de febrero de 2023

Alberti Fuenmayor, Ellis Beatriz

Aldana Osuna, Ángel Andrés

Álvarez Delgado, Indhira Carolina

Assad Hidalgo, Esther Eneimar Susana

Barrios Oberto, Tania Mercedes

Battistel Salazar, Héctor Jesús

Benmergui Gil, Rachel del Valle

Blanco Tovar, Yariedt Paola

Calderón García, Romi Crisomei

Carballo Silva, Camila de los Ángeles

Castillo Alvarado, Tiffanny Yasleidy

Cisneros Rojas, Dervis Enrique

Conti Gómez, Anabella

Coronado Graterol, Susana Sofía

Cuello Medina, Alvaro Santos

Dávila Figueredo, Samuel Elías

Díaz De Freitas, Roselis Fabiana

Díaz Sánchez, José Francisco

Domínguez Suárez, Andrea Coromoto

Duarte Milano, Isabella de Jesús

Fernández Bravo, Simón Jesús

Fidalgo Varela, Sofía

García Cedillo, Javier Alfredo

Gelvez Carvajal, José Luis

Girón García, María de los Ángeles

González Castañeda, Katherine Michelle

González Pino, Víctor de Jesús

Granadillo Rodriguez, Alejandro Daniel

Graterol Alfonzo, Jennifer Vannesa

Ibarra Vinces, Miguel Alejandro

López Haddad, Francisco Rafael

Marcano Paredes, María José

Márquez Aira, Daniel Alejandro

Medina Recasens, Marión Saray

Moreira Camargo, Patricia

Morin Cabrera, Carla Fabianna

Natera Cordero, Juan Andrés

Ollarves Figueroa, Richard Alejandro

Quintero Zambrano, Carlos Enrique

Rangel Bustos, Yuraima Margarita

Remuzgo Carulli, Angelo Riccardo

Reyes Flores, Daniela Valentina

Rodríguez Ortega, Aaron Andrés

Rodríguez Romero, Eduardo Antonio

Rojas Hernández, Jesús Augusto

Sánchez Caceres, Geridson Estanislao

Silva Liset, Daniela Alejandra

Silva Parra, María de los Ángeles

Sisiruca Martín, Miguelangel

Sorio Moya, Claudio Antonio

Suárez Paredes, Shawnee

Suárez Segovia, Jesús Abraham

Tirado Polo, Juan Ignacio

Verdú Lara, Dubraska Sarai

Vetencourt Romero, Martha Elena

Graduados 23 de marzo de 2023

Laorden Salcedo, Jean Philippe

Saéz Bustillos, Reyes Manuel

Graduados 20 de julio de 2023

Arrese-Igor Echaniz, Ainara

Caraballo Arriaran, Juan Andrés

Carrillo Otamendi, Humberto Elías

Contreras Espinoza, Daniel Alfonso

Cordero Rosales, Gabriel Alexander

Corredor Suárez, Victor Alejandro Jesús

Díaz Bello, Vanessa Carolina

Flores Provenzano, María Verónica de los Ángeles

Fontoba Arvelo, Mikel

García Guerra, Gabriel Miguel

García Rodríguez, Julio César

González Méndez, Gustavo Eduardo

Graterol Briceño, Alejandro Thomas

Graterol Montaño, Sofía de los Ángeles Nalaskmi

Hernández González, Luis Felipe

Hernández Monticone, Valentina

Marchan Amado, Skarlett Yulibeth

Morales Movilla, Nauria Mariana

Mota Rivero, Ana Bárbara

Ojeda Useche, Antonio Alejandro

Pérez Guzmán, Claudia Carolina

Pérez Rueda, Montserrat Coromoto

Piña Gutiérrez, Daniela Alejandra

Ramos Ramos, Valeria Carolina

Rincones Salazar, Oreannys de los Ángeles

Rivas Álvarez, Jadelich de los Ángeles

Rodríguez Vera, Adrián Rafael

Rojas Cadenas, Daniel

Ruiz Chopite, Carolina del Cielo

Salas Romero, Mariam José

Sanánez Blasini, José Andrés

Sánchez Ríos, Natalia Carolina

Suárez Nova, Gerson Antonio

Tapia Sánchez, Zoraida del Carmen

Tovar Rodríguez, Alexandra Jesús

Valera Maneiro, Miguel Enrique

Villavicencio Hurtado, Manuela

Viloria Dos Santos, Dayana Victoria

Zamora Calafat, Daniela del Valle

NORMAS PARA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO-UCAB

NORMAS PARA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO-UCAB

Carácter de los artículos: Las colaboraciones que sean enviadas deben ser inéditas. La Revista de la Facultad de Derecho no está en obligación de publicar ningún trabajo recibido. Los autores que decidan postular sus investigaciones en la Revista de la Facultad de Derecho ceden los derechos correspondientes como primera publicación, así mismo ceden el derecho de explotar y usar las investigaciones en subsiguientes publicaciones. Si el autor desea publicar su investigación posteriormente debe comunicarlo a la Revista.

Autores: Se admiten para su consideración, artículos de Profesores, Estudiantes y Egresados de la Facultad de Derecho de la UCAB, así como personas ajenas a la Facultad que tengan interés en los temas jurídicos que trata la Revista.

Número de autores por artículo: La Revista de la Facultad de Derecho admite artículos realizados de forma individual o por varios autores.

Extensión de los artículos: La Revista de la de la Facultad de Derecho admite a consideración artículos de una extensión máxima de 40 páginas de contenido. (No cuentan para este límite, la página dedicada a la portada del articulo ni las empleadas para la bibliografía)

Consignación de los artículos: Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, a la dirección de correo electrónico rfderecho@gmail.com.

Arbitraje: Todos los artículos consignados y que cumplan con los criterios de forma, serán sometidos a arbitraje doble ciego por parte de un árbitro experto en el tema designado a tal

efecto por la Revista, el veredicto de los árbitros es de carácter definitivo e inapelable y será notificado al autor antes de la publicación de la edición correspondiente.

Edición y corrección de estilo: El autor del artículo consignado ante la revista, acepta la posibilidad de que en el transcurso de las labores de edición y corrección de estilo, puedan ocurrir modificaciones de redacción, puntuación, ortografía y demás elementos relacionados con la forma y estilo del artículo para su posterior publicación en la revista.

Idioma de los artículos: Se admiten artículos en idioma castellano o inglés.

Resumen: el manuscrito debe venir acompañado de un breve resumen en castellano e inglés de unas 10 líneas que sinteticen, de manera breve, el contenido del artículo. Igualmente, debe incluir en dicho resumen las palabras claves en idioma castellano e inglés.

Estructura: el artículo debe contar con: Portada (ver Anexo "A"); Introducción; Conclusiones y Bibliografía.

Letra (fuente): Times New Roman tanto en el cuerpo del texto (título, párrafo, tablas y cuadros) como en las notas a pie de página.

Tamaño de la letra (puntaje): Use letra de 12 puntos en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y de 10 puntos en las notas a pie de página.

Espacio entre renglones (interlineado): Interlineado 1,5 en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y sencillo en los títulos de más de dos líneas, las citas largas –afuera del párrafo– y en las notas a pie de página.

Alineación del texto: Presente los títulos de los capítulos centrados, y los subtítulos, alineados a la izquierda. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha). Excepto la primera línea de los párrafos que llevará una sangría de 5 espacios (1,25 cm).

Programas del texto: Los artículo deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).

Programas de las imágenes: Las imágenes deben entregarse fuera del archivo de Word en formatos .jpg de alta resolución (no inferior a 300 dpi). Las gráficas estadísticas deben presentarse en el programa Microsoft Excel para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013), con las extensiones .xls o xlsx. Al entregar el archivo original de Word, entregue también las imágenes y gráficas estadísticas en los programas originales donde fueron elaborados. Esto significa que en el manuscrito, escrito en Word, que se debe entregar deben ir incluidos tanto las imágenes como los gráficos y cuadros estadísticos.

Tablas y Cuadros: entregarlos en escala de grises. Colocar la fuente de la tabla al píe de la misma, alineada a la izquierda y en 10 puntos. Lo mismo rige para los Cuadros.

Orientación de la hoja: Use las hojas en sentido vertical, a menos que incluya tablas muy anchas, en ese caso, las páginas donde aparezcan esas tablas pueden ir en formato horizontal.

Citas largas: Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte con sangría continua de 5 espacios –igual que la primera línea de los párrafos del texto– y con interlineado sencillo. Este tipo de cita no utiliza comillas.

Notas a pie de página: En las notas a pie de página use letra Times New Roman de 10 puntos.

Tipo de cita: Estilo CHICAGO DEUSTO a pie de página, se debe de mantener a lo largo de todo el texto. (Ver manual anexo)

Referencias bibliográficas: escríbalas con el mismo tipo de letra, interlineado y alienación que los párrafos.

Mayúsculas: use las mayúsculas habituales, es decir, al comienzo de una oración y en los nombres propios. No sature su texto de mayúsculas. El corrector de estilos se encargará de revisar detalladamente.

Letra cursiva: use letra cursiva o itálica para destacar una palabra o una expresión corta, nunca para destacar oraciones ni párrafos; para diferenciar citas textuales; y para diferenciar las palabras escritas en otro idioma.

Letra negrita: solo debe usar la letra negrita para los títulos y subtítulos. Dentro de los párrafos nunca debe haber letra negrita. Si desea destacar una palabra, use la letra cursiva.

Subrayado: no lo use. Si desea destacar una palabra, use la letra cursiva.

Modelo de portada del artículo.

TÍTULO DEL ARTÍCULO (Times New Roman 14ptos.)

Autor (Times New Roman 14 ptos.)

Biografía del autor (Opcional) (Times New Roman 09 ptos. no más de cuatro líneas)

Resumen

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
Palabras clave: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

TÍTULO DEL ARTÍCULO Inglés (Times New Roman 14 ptos.)

Abstract

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Keywords: xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Modelo de estructura del artículo

INTRODUCCIÓN

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

(...)

I. TITULO DEL CAPITULO

Subtitulo del capítulo(s)

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx[2]

> *"xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx''*[673]

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

(...)

CONCLUSIONES

(...)

BIBLIOGRAFIA

[673] xxxxxxxxxxxxx