



Rafael Badell Madrid
Cecilia Sosa Gómez
Miguel Mónaco
(coordinadores)

PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

**Libro homenaje al 50° aniversario
del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la Universidad
Católica Andrés Bello**



Colección
LETRAVIVA



Rafael Badell Madrid
Cecilia Sosa Gómez
Miguel Mónaco
(coordinadores)

PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Libro homenaje al 50° aniversario
del Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad Católica Andrés Bello



1975 | 2025
Instituto de
Investigaciones
Jurídicas IJI



**Academia de Ciencias
Políticas y Sociales**

Caracas, 2025

PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL
DE DERECHO. Libro homenaje al 50° aniversario del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello
Rafael Badell Madrid, Cecilia Sosa Gómez y Miguel Mónaco (coordinadores)

© Universidad Católica Andrés Bello
Montalbán. Caracas (1020)
Apartado 20.332

Diseño y producción: **abediciones**
Corrección de pruebas: **abediciones**
Diagramación y diseño de portada: REYNA CONTRERAS M.
Depósito Legal: DC2025
ISBN: 978-980-439
IMPRESION: GRÁFICAS LAUKI, C. A.
Primera edición, 2025

Reservados todos los derechos.

No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información, ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el medio empleado –electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc.–, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.

Índice

Preámbulo.....	9
César Augusto Carballo Mena	
OBERTURA. UNA HISTORIA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UCAB EN SUS 50 AÑOS.....	15
Anselmo Coelho Hernández	
DERECHO CONSTITUCIONAL	
El futuro de la democracia en Venezuela	59
Benigno Alarcón-Deza	
El derecho a la democracia en la constitución de 1999	113
Rafael Badell Madrid	
La función de la justicia constitucional: desafíos actuales.....	177
Juan Alberto Berríos Ortigoza	
El comportamiento de la jurisdicción constitucional en su perfilamiento como un agente decisivo de desmantelamiento de la democracia	189
Jesús María Casal	
Maximalismo y minimalismo constitucional	209
Gerardo Fernández V.	
El Banco Central de Venezuela y el constitucionalismo abusivo	221
José Ignacio Hernández G.	
Nuevas tecnologías en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (balances y perspectivas).....	251
Luis Queremel Franco	

El federalismo descentralizado de la constitución de 1999 algunas reflexiones para avanzar.....	286
Cecilia Sosa Gómez	

DERECHO ADMINISTRATIVO

Funcionarios públicos culturistas y funcionarios públicos cultos: ¿de tareas automáticas a automatizar las tareas?	301

María Lidia Álvarez Chamosa

El derecho administrativo y la constitución administrativa	315

José Araujo-Juárez

Tratamiento constitucional de la actividad petrolera en Venezuela.....	361

Juan Cristóbal Carmona Borjas

La organización administrativa en el marco de la Constitución de Venezuela de 1999 (balances y perspectivas).....	413

María Amparo Grau

Reflexiones sobre el Derecho de la Competencia en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.....	443

Miguel J. Mónaco

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Algunos aspectos de la normativa vigente en Venezuela sobre trata de personas, particularmente niños, niñas y adolescentes	455

María Gabriela Cuevas García

Terrorismo y adolescencia: Análisis jurídico y bioético de la imputación del delito de terrorismo contra adolescentes en el contexto postelectoral venezolano	491

Carlos Trapani 491

La protección integral de la niñez y adolescencia en Venezuela: aportes y reflexiones desde la academia	551

Carla Serrano Naveda y Gloria Perdomo García

DERECHO INTERNACIONAL

La deconstrucción Internacional y el Derecho Penal del Enemigo. Guerra híbrida, «Lawfare», y «macrocriminalidad» en el siglo XXI.....	605

Prof. Dr. Asdrúbal Aguiar

Algunas consideraciones sobre el Estatuto de Roma y la Constitución de Venezuela de 1999	639

Tamara Bechar Alter

Comentarios sobre base legal de la Orden Ejecutiva de deportación masiva de migrantes venezolanos miembros de una banda criminal denominada <i>Tren de Aragua</i> , emitida mediante proclamación del Presidente de los Estados Unidos en marzo de 2025, en aplicación de la Ley de Enemigos Extranjeros de 1798. Significado y algunos efectos jurídicos y políticos	675
Allan R. Brewer-Carías	

DERECHO PRIVADO

Tratamiento de la discapacidad a tenor de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad: una visión actual de la legislación venezolana y española con la sombra omnipresente del Derecho romano	725
Rafael Bernad Mainar	

La libertad contractual y la Constitución de Venezuela de 1999: balances y perspectivas	783
Diego Tomás Castagnino	

¿Es la extinción de dominio una manera de extinguir el derecho de propiedad? El concepto fundante de la potestad de corrección patrimonial del Estado	815
Emilio J. Urbina Mendoza	

Derecho civil contemporáneo: adaptabilidad y permanencia de sus instituciones fundamentales	847
Enrique Urdaneta Fontiveros	

El matrimonio en Venezuela. Tratamiento jurisprudencial en el marco de la Constitución venezolana de 1999 (balances y perspectivas)	893
Salvador R. Yannuzzi Rodríguez	

Régimen jurídico de las startups desde la perspectiva de la Constitución de Venezuela de 1999	917
Francisco A. Gámez Arcaya	

DERECHO SOCIAL

El diálogo social inerte ¿Avería en la sala de máquinas?	943
César Augusto Carballo Mena	

Diálogo social: instrumento democrático y derecho humano. Notas para el caso venezolano	969
Anselmo Coelho Hernández	

Las hijas del artículo 123	1009
Humberto Villasmil Prieto	

DERECHO PROCESAL

Lenguaje claro, inteligencia artificial y reforma judicial..... 1049
Ramón Escovar León

Constitución y vulnerabilidad procesal de los adolescentes 1069
Luis Gerardo Gabaldón

La inmunidad (de jurisdicción) de la República en el arbitraje (comercial)
internacional en el marco de la Constitución de Venezuela de 1999..... 1089
Eugenio Hernández-Bretón

Preámbulo

César Augusto Carballo Mena¹

Las ciencias y la literatura llevan en sí la recompensa
de los trabajos y vigiliass que se les consagran

Andrés Bello

I

En octubre de 2021, el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), el Dr. Jesús María Casal Hernández, me invitó a acompañarle en su gestión, dirigiendo el Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJ).

Acepté, con inmenso entusiasmo, el honor y la responsabilidad que ello suponía. En mi decisión confluyeron la amistad que nos une desde que estudiábamos la carrera de Derecho, el prestigio de la institución que debía liderar, y la vocación de impulsar la investigación jurídica en tiempos particularmente retadores.

Hice bien. No me cabe duda. La UCAB, como ya lo he dicho antes, es mi lugar en el mundo; aquel del que nunca he querido apartarme, el que nunca me cerró las puertas, el que me define -después de siete lustros- como un profesor que enseña Derecho del trabajo, e incluso más, el que traza mis proyectos académicos hasta donde alcanzo a vislumbrar.

Así, al frente del IJ, desde el primer día, tuve conciencia de que el término del período para el cual había sido electo coincidiría con el cincuentenario de dicha institución y que ello, por supuesto, merecería una especial celebración.

II

Más allá del tiempo transcurrido, se trataba de homenajear un largo e inconcluso *itinerario*. Un viaje que inició en 1975, cuando el decano de la Facultad de Derecho de la UCAB, Dr. Alfredo Morles Hernández, junto con otras autoridades universitarias, profesores y estudiantes, decidieron abrazar una *utopía común*.

1 Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello.

Entre todos, concibieron lo inexistente para perseguirlo y alcanzarlo, edificando una entidad capaz de producir conocimiento jurídico al servicio del país. Un proyecto retador que colocaba a dicha Facultad fuera de sus aulas, más allá del recinto universitario, brindando respuestas útiles para construir paz permanente a través de la justicia.

El Centro de Investigaciones Jurídicas comprendió tempranamente, bajo la guía de sus primeras directoras y reputadas juristas, Dras. Tatiana de Mackelt (1977-1978) y Cecilia Sosa Gómez (1979-1984), expertas en Derecho internacional privado y Derecho administrativo, respectivamente, que su *afianzamiento* y *expansión* dependerían de la capacidad de forjar alianzas estrechas con instituciones públicas y privadas, ávidas de recibir orientación jurídica idónea para alcanzar sus objetivos en el marco del Estado Social de Derecho que tradujo la Constitución de la República de 1961. En este contexto, el IIJ produjo una extensa, acuciosa, trascendente y, sobre todo, útil obra jurídica, cuyo vanguardismo es notable incluso cinco décadas después.

Idéntica línea preservaron sus directores siguientes, los Dres. Hugo Mármol Marqués (1985-1986), indiscutible autoridad en la esfera del Derecho mercantil y quien se había desempeñado como director del Área de Postgrado de la Facultad de Derecho de la UCAB, y luego, Hans-Joachim Leu (1987-1991), reconocido experto en Derecho internacional.

Posteriormente, asumió la dirección del Centro de Investigaciones Jurídicas la Dra. María Gracia Morais (1992-2009), ex directora de la Escuela de Derecho, quien consolidó el prestigio de la investigación jurídica de la UCAB, ubicándola como referencia nacional y regional en áreas temáticas como el régimen de protección de niños, niñas y adolescentes, la delincuencia económica, y el régimen penitenciario.

Como manifestación de esta etapa de consolidación y después de más de 30 treinta años recorridos y una sólida reputación labrada, el Centro se transformó en *instituto* en el año 2007, redimensionando así su *estructura*, *alcance* y *autonomía* y dando cumplimiento pleno a la planificación original de su creación propuesta por el Dr. Morles al Consejo Universitario.

Por supuesto que las sucesivas *crisis*, de diversas naturalezas e intensidades, que nos ha tocado enfrentar, le inocularon al IIJ una peculiar ductilidad y resiliencia; promoviendo de este modo la incorporación de nuevas líneas de investigación, la exploración de otras formas de interacción con los poderes públicos y los actores sociales, y la reconfiguración de su propia función en el seno de la Facultad de Derecho de la UCAB y la sociedad venezolana.

Todo eso explica que en los últimos tres lustros su portafolio haya ofrecido un espacio destacado a temas relacionados con la división de poderes, la formación de jueces, la crisis global de la democracia, la justicia transicional, las negociaciones políticas, la libertad de empresa, la libertad de expresión, y más recientemente el diálogo social para la construcción de paz. Ello es también la impronta de sus más recientes directores, los Dres. Jesús María Casal Hernández (2010-2016), dos veces decano de la Facultad de Derecho de la UCAB; Rafael Bernad Mainar (2016) y; Miguel Mónaco (2017-2021), ex decano de esta Facultad, quienes se desenvuelven como profesores de Derecho constitucional, Derecho civil e Historia del Derecho, y Derecho administrativo, respectivamente.

III

Durante el primer semestre de 2024 fueron bosquejados los ejes de la celebración del cincuentenario del IIJ, es decir, un *Congreso* que permitiese explorar las principales líneas de investigación desarrolladas a lo largo de su historia, y una *obra colectiva* que congregase a investigadores y académicos en torno a temas jurídicos actuales y acuciantes.

El Congreso, a la postre apellidado *cincuentenario*, se desarrolló durante los días 7, 8 y 9 de mayo de 2025, en el campus Montalbán de la UCAB (Caracas). En su instalación, me acompañaron el rector, Dr. Arturo Peraza, S.J. y el decano de la Facultad de Derecho, Dr. Jesús María Casal, para dar la bienvenida a los asistentes e instalar la actividad. La conferencia inaugural estuvo a cargo de la Dra. María Gracias Moraes, enfocada en *la investigación jurídica en América Latina*. De seguidas, se articularon cuatro paneles temáticos (*Constitución, derechos y democracia; Desafíos del Derecho Público, Debates sobre la protección del trabajo, y Protección integral de los adolescentes frente a su criminalización*), y tres diálogos virtuales (*Documentación para evitar la impunidad; Elecciones judiciales e independencia de la judicatura, e Imperium: de la hostilitas defensione al colonialismo civilizatorio*), todos los cuales eran, al mismo tiempo, expresiones de las líneas de investigación del IIJ y espacios para atender temas de máxima actualidad. Concluyó con la sesión de exposiciones y premiación de la edición 2025 del *Concurso de investigación para los estudiantes de la Facultad de Derecho UCAB, en honor al Dr. Raúl Queremel Castro*.

En relación con la *obra colectiva*, asigné su coordinación a una comisión integrada por los Dres. Rafael Badell Madrid, presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales e investigador asociado al IIJ, Cecilia Sosa Gómez, primera vicepresidenta de la ACIENPOL y ex directora del Centro de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, y Miguel Mónaco, ex decano de la Facultad de Derecho UCAB y ex director de su IIJ. A ellos debo, de un lado, reiterar mi más sentido

agradecimiento por haber aceptado, con manifiesto entusiasmo, la compleja tarea encomendada, y del otro, felicitarles calurosamente por haberla ejecutado con rigurosa eficiencia y compromiso ucabista.

Gracias a este esfuerzo y al generoso auspicio de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, esta obra, que tengo la alegría y el orgullo de presentar, engrana, además de un minucioso recorrido histórico, treinta y dos artículos, que exploran, desde distintas áreas de experticia, temas que guardan vinculación con el Estado Constitucional de Derecho, concepto que definieron los coordinadores como amalgama para que todos los autores construyeran análisis relevantes y, en no pocos casos, sopesadas sugerencias para el perfeccionamiento de nuestro orden jurídico. Por esa razón, los aportes se estructuran de acuerdo con las parcelas jurídicas que abordan:

- En el ámbito del derecho *Constitucional*, los profesores Benigno Alarcón-Deza, Rafael Badell Madrid, Juan Berríos Ortigoza, Jesús María Casal, Gerardo Fernández, Luis Queremel Franco, Cecilia Sosa Gómez y José Ignacio Hernández exploran asuntos relacionados con la democracia, la justicia constitucional, el federalismo y la teoría constitucional;
- Sobre derecho *Administrativo*, presentan ideas los profesores María Lidia Álvarez Chamosa, José Araujo Juárez, María Amparo Grau y Miguel Mónaco, quienes evalúan el futuro de la administración pública, la organización administrativa, el derecho de hidrocarburos y el derecho de la competencia;
- El área de derecho *Internacional* cuenta con los artículos de los profesores Asdrúbal Aguiar, Tamara Bechar Alter y Allan Brewer-Carías, que enfatizan la intersección entre los derechos humanos, el derecho penal internacional y el derecho internacional desde distintas ópticas;
- Alrededor de los derechos de los *Niños, Niñas y Adolescentes*, los profesores María Gabriela Cuevas, Carlos Trapani, Carla Serrano y Gloria Perdomo hacen estudios enfocados en los efectos perniciosos de fenómenos como la trata de personas y el uso de la ley penal, y la evaluación de la protección integral en Venezuela;
- Sobre derecho *Privado* escriben los profesores Rafael Bernad Mainar, Diego Castagnino, Francisco Gámez Arcaya, Emilio Urbina Mendoza, Enrique Urdaneta Fontiveros y Salvador Yannuzzi Rodríguez, los cuales abordan una variedad de asuntos contemporáneos en relación con el régimen jurídico

de las personas, sus libertades, sus relaciones y su actividad contractual y empresarial;

- El derecho *Social* es explorado a través de tres ensayos presentados por los profesores César Augusto Carballo Mena, Anselmo Coelho Hernández y Humberto Villasmil Prieto, los primeros dos en ensayos sobre el diálogo social y el último analizando la influencia de la Constitución de Querétaro en el constitucionalismo social;
- Con relación al derecho *Procesal*, las exposiciones de los profesores Ramón Escovar León, Luis Gerardo Gabaldón y Eugenio Hernández-Bretón recorren asuntos como la reforma judicial, la vulnerabilidad procesal y la inmunidad de jurisdicción de los Estados.

A todos los autores les extiendo mi más caluroso agradecimiento y el compromiso de que las puertas del IIJ estarán siempre abiertas para que labremos juntos nuevos proyectos.

IV

Si una cosa puede destacarse del espíritu que inspiró la celebración de los cincuenta años del IIJ y que, en puridad, ha estado presente durante toda su existencia, es la empecinada convicción de proyectar el futuro y trabajar para construirlo a través de la investigación jurídica. Es con esa convicción que el Consejo de Facultad de Derecho aprobó la iniciativa que resolvimos denominar *Circuito de Investigación en Derecho* (CID) que, como el nombre sugiere, acopla de forma *sistémica* una variedad de actividades en distintas áreas de incidencia para promover la investigación jurídica en todos los espacios de la Facultad.

Lo que el CID pretende, a modo de plano estructural, es que las actividades desempeñadas por la Facultad de Derecho sirvan de influencia, y sean influidas, por la investigación jurídica permanentemente. Es abandonar la errada concepción de que la investigación es un compartimiento estanco que poca o ninguna relación guarda con la enseñanza y el ejercicio del Derecho, exponiéndola y apoyándola desde temprano.

El IIJ asienta así, de nueva cuenta, su compromiso con la Facultad de Derecho y con el país, de formar personas capaces de percibir y estudiar la realidad, no solo para reconocerla, sino para transformarla progresivamente para mejor. A través del CID, actuará como motor de una pluralidad de actores, entre los que se cuentan estudiantes, egresados, profesores y autoridades universitarias, quienes articulando sus saberes y capacidades apuestan por el progreso.

En este contexto, la presente obra colectiva, fruto del esfuerzo mayúsculo de sus coordinadores y del compromiso académico de sus autores, amigos todos, propiciará múltiples debates e investigaciones en el seno de los departamentos, cátedras y centros de investigación adscritos a nuestra Facultad. De tal manera que la celebración del cincuentenario del IJJ se amplificará y ramificará, materializando así sus objetivos fundacionales.

Obertura. Una historia del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB en sus 50 años

Anselmo Coelho Hernández

La historia es un incesante volver a empezar

Tucídides

I

En la inauguración de la Universidad Católica, el rector fundador R.P. Carlos Guillermo Plaza, S.J. pronunció un discurso en el que describió el *programa de acción* de la novel institución. Como tercer punto de la ambiciosa agenda, declaró:

Aspira la Universidad a: “fomentar la investigación científica en todos los ramos del saber humano”. Nuestra era se caracteriza por el ritmo febril de la investigación científica. Uno de los cometidos fundamentales de la Universidad es contribuir al desarrollo de la ciencia. A la sombra de las universidades han surgido muchas de las técnicas, inventos y recursos que han elevado el nivel de la civilización. Compete a la Universidad fomentar en sus alumnos la inquietud científica propia del investigador, iniciarlos en los procedimientos, suministrarles los medios.

La Universidad deberá dispensar un mecenazgo especial sobre aquellos en quienes prenda la fecunda llama de la pasión investigadora. Aspiración suya será poder construir un cuerpo de investigadores que, en el seno de la Universidad, se consagren al cultivo de la ciencia pura o aplicada.

En cuanto al campo de investigación, encontrarán acogida todos los sectores del saber humano. Sin embargo, teniendo presente la realidad venezolana, creo mi deber llamar la atención sobre un fecundo campo de investigación, la realidad social. Cuando se habla de investigación, de ordinario se alude al dominio de las ciencias exactas, de las ciencias naturales, etc. Bien está —y soy el primero en reconocer su valor— que se depuren las técnicas, que se conozcan en forma cada vez más científica la fauna o flora del suelo patrio o sus riquezas minerales: todo

ello contribuye al progreso nacional. Pero existe un campo más fecundo: es la misma Venezuela, su pueblo, su historia, su vida. [...]¹.

La fórmula que expresó, entonces, el rector, se replicaría en las normas fundacionales de la recién creada institución educativa. Los Estatutos Generales de la Universidad Católica (1953) y luego, el Estatuto Orgánico de la Universidad Católica Andrés Bello (1959) resaltaron como uno de los cinco objetivos fundamentales de la Universidad «fomentar la investigación científica de todos los ramos del saber humano, especialmente en la esfera de los intereses nacionales»².

Ese compromiso fundacional arropó la creación del Centro de Investigaciones Económicas y Sociales, en 1955 y del Instituto de Investigaciones Históricas, en 1957³. Sin embargo, y aunque la Facultad de Derecho destacó desde sus inicios por la fecundidad intelectual de su cuerpo docente, cuyas publicaciones eran, y son, textos de obligada consulta para estudiantes y abogados hispanohablantes, no se materializó en las primeras décadas la idea —si es que la había— de un Instituto o Centro dedicado a la investigación jurídica.

La Universidad viviría un evento transformador en 1972, con la denominada *crisis de Octubre*⁴, de la cual derivaron dos consecuencias inmediatas y de profundo alcance: (i) el nombramiento, primero en calidad de encargado y luego como titular, del ingeniero Guido Arnal Arroyo como rector⁵ y; (ii) la reforma

- 1 Consultado de: Aureo Yépez Castillo, *La Universidad Católica Andrés Bello en el marco Histórico-Educativo de los Jesuitas en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1994, pp. 432-433.
- 2 La referencia a los Estatutos de 1953, omite el apelativo «de todos los ramos del saber humano», pero, siendo que la frase aparece, por igual, en el discurso del rector R. P. Plaza, S.J. antes referido, y en el mismo sentido, en el Estatuto de 1959, es dable presumir que el documento de 1953 se expresaba en los mismos términos. En ambos casos, me refiero al artículo 2 del instrumento citado. Los Estatutos fueron consultados, respectivamente, de: (i) Guillermo Boza y Antonio Juan Sosa, *U.C.A.B.: La crisis de octubre. Un estudio de sociología del conflicto*, Vadell Hermanos, Caracas, 1974, pp. 20 y (ii) Aureo Yépez Castillo, ob. cit., p. 450.
- 3 José Luis Da Silva, “La gestión del conocimiento y la investigación”, *70 años de la UCAB, su historia, sus educadores, sus innovaciones*, José Luis Da Silva (coordinador), abediciones, Caracas, 2024, p. 135.
- 4 En su momento, se habló de la *crisis en la U.C.A.B.* (véase: F. Javier Duplá, “Crisis en la UCAB”, *Revista SIC*, año XXXV, n°348, Centro Gumilla, Caracas, 1972, pp. 349-353). El nombre que refiero es atribuible a Boza y Sosa, con su obra sobre el hecho publicada en 1974 (Véase: Guillermo Boza y José Antonio Sosa, ob. cit.).
- 5 Según lo que narra Yépez Castillo (ob. cit., pp. 351-362), el cargo propiamente adjudicado a Arnal, en principio, fue el de Vicerrector Académico *ad interim* encargado de las funciones del Rectorado. Hasta 1974, en donde asumió propiamente el cargo de Rector, ejerció en condición de encargado las funciones del rectorado, como vicerrector académico.

del Estatuto Orgánico de la Universidad de 1973⁶. Ambos sucesos, o más bien, la conjunción de ellos, produjeron una metamorfosis en la UCAB, que transitó el camino desde «una Casa de Estudios pequeña y familiar»⁷ hasta «una Institución Universitaria seria y organizada con un prestigio académico de primera línea»⁸.

El nuevo Estatuto Orgánico, cuyo espíritu era producir una reforma del gobierno universitario, también redefinió los objetivos de la Universidad, en los términos en los que, aun a día de hoy, están expresados en el Estatuto:

1. *La Universidad es fundamentalmente una comunidad de intereses espirituales que reúne a autoridades, profesores y estudiantes **en la tarea de buscar la verdad** y afianzar los valores trascendentales del hombre.*

2. *La Universidad es una Institución al servicio de la nación y **le corresponde colaborar en la orientación de la vida del país mediante su contribución doctrinaria** en el esclarecimiento de los problemas nacionales.*

3. *La Universidad debe realizar una función rectora en la educación, la cultura y la ciencia. Para cumplir esta misión, **sus actividades se dirigirán a crear, asimilar y difundir el saber mediante la investigación** y la enseñanza; a completar la formación integral iniciada en los ciclos educacionales anteriores; y a formar los equipos profesionales y técnicos que necesita la Nación para su desarrollo y progreso.*

4. *La enseñanza universitaria se inspirará en un definido espíritu de democracia, de justicia social y de solidaridad humana, y **estará abierta a todas las corrientes del pensamiento universal, las cuales se expondrán y analizarán de manera rigurosamente científica.***

5. La Universidad Católica Andrés Bello considera como misión específica suya:

a. *Contribuir a la formación integral de la juventud universitaria, en su aspecto personal y comunitario, dentro de la concepción cristiana de la vida.*

b. *Esforzarse por acelerar el proceso de desarrollo nacional, **creando conciencia de su problemática y promoviendo la voluntad de desarrollo.** Por lo mismo, concederá especial importancia a la promoción de los recursos humanos y particularmente de la juventud, a fin de lograr la promoción de todo el hombre y de todos los hombres.*

6 *Ibid.*, pp. 367-368. El documento original fue promulgado el 1° de agosto de 1973, y protocolizado en diciembre del mismo año. Véase: Universidad Católica Andrés Bello. Consejo Universitario. *Estatuto Orgánico de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 1973.

7 Rafael Baquedano (director), *Jesuitas de Venezuela*, año 8, n°15-16, Provincia Venezolana de la Compañía de Jesús, Caracas, 1990, p. 16.

8 Ídem.

c. Trabajar por la integración de América Latina y por salvaguardar y enriquecer su común patrimonio histórico - cultural; por la mutua comprensión y acercamiento de los pueblos de nuestro Continente; por la implantación de la justicia social; por la superación de los prejuicios y contrastes que dividen y separan a las naciones; y por el establecimiento de la paz, fundada en hondo humanismo ecuménico.

d. Irradiar su acción, especialmente a los sectores más marginados de la comunidad nacional.

e. Promover el diálogo de las Ciencias entre sí y de estas con la Filosofía y la Teología, a fin de lograr un saber superior, universal y comprensivo, que llene de sentido al quehacer universitario⁹.

La investigación, que ya tenía un espacio privilegiado en la misión universitaria, se inserta ahora de forma sutil en una descripción, si se quiere, más ambiciosa y desarrollada, de la razón de su existencia. Esto, a no dudarlo, sirvió como motor para el crecimiento e institucionalización de la labor investigativa de la Universidad. Este nuevo paradigma sirvió como preludio a la formalización, a través de un Centro especializado, de la investigación jurídica en la UCAB.

II

A proposición del rector Arnal, el Consejo de Facultad aprobó el nombramiento del Dr. Alfredo Morles Hernández como decano el día 20 de octubre de 1975. El decano Morles puso manos a la obra de inmediato, con el aporte de un grupo de estudiantes organizados en el *Bloque Derecho*, y antes de que acabara el año, preparó y presentó el proyecto de creación de un Centro de Investigaciones Jurídicas, el primero de su tipo adscrito a la Facultad que había comenzado a dirigir poco antes. La Revista de la Facultad de Derecho lo reseñó así:

También fue elaborado un proyecto de creación de un Centro de Investigaciones Jurídicas, presentado al Consejo de Facultad por el Dr. Alfredo Morles H., y por

9 Universidad Católica Andrés Bello. Consejo Universitario. *Estatuto Orgánico de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 1973, artículo 6°. El actual Estatuto Orgánico (Universidad Católica Andrés Bello. Consejo Universitario. *Estatuto Orgánico de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 2015) mantiene la norma con idéntica redacción y ubicación en el instrumento. Resaltados añadidos.

los Bachilleres Julio Rodríguez B. y Andrés Caldera Pietri¹⁰. Este proyecto está en espera de ser recibido por el Consejo Universitario en los próximos días¹¹.

No se equivocaba el autor de la crónica, cuyo nombre no nos es conocido¹², puesto que el día 02 de diciembre de 1975, en su 322ª sesión, el Consejo Universitario dio visto bueno —por unanimidad, reflejada en el acta por solicitud del R.P. Luis Azagra, S.J.— a la creación del Centro de Investigaciones Jurídicas (CIJ) propuesto por el decano de la Facultad de Derecho¹³. Ese diciembre, en los salones de sesiones de los Consejos de Facultad y Universitario, se dieron los primeros trazos de la historia del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello.

El comienzo del Centro se dio en el plano de lo que Harari denominaría un *orden imaginado*¹⁴. Si bien los órganos de cogobierno de la Universidad habían emitido sendas declaraciones sobre su existencia, por entonces no había más; el Centro no contaba con un reglamento, dirección, personal o sede en la que llevar a cabo sus tareas. Durante un breve período de tiempo, hubo total identidad entre la *idea del Centro* y el *Centro*. Esa *idea* estaba delimitada por el marco del proyecto presentado por el decano, y en ese sentido, sus objetivos estaban plan-

10 El autor atribuye a los entonces bachilleres Rodríguez Berrizbeitia y Caldera Pietri la presentación, junto al decano, del proyecto en el Consejo de Facultad. Según revelan las actas del Consejo de Facultad de Derecho del año 1975 (sesiones n°85 hasta n°101), la única sesión a las que atendieron tanto Julio Rodríguez Berrizbeitia como Andrés Caldera Pietri, en su calidad de representantes estudiantiles, fue la sesión n°92 (28/04/1975), momento para el cual Andrés Caldera y Carlos Asuaje formaban parte del Consejo como representantes principales, mientras que Julio Rodríguez y Ricardo Ciliberto, tenían cualidad de suplentes (período 1974-19775). Para entonces, sin embargo, ejercía como decano el Dr. Jorge Sosa Chacín. En ese sentido, entendemos que la presentación debió haber correspondido a Julio Rodríguez (quien fue elegido para el período 1975-1976 como representante principal) y a alguno de sus compañeros representantes, Cecilia Padula (principal), Francisco Sanz Brandt o Luis Alberto Machado (suplentes). Destacamos que, para este período, Andrés Caldera fue elegido miembro del Consejo Universitario, por lo que su participación debió haberse manifestado en aquel cuerpo. Véase: Universidad Católica Andrés Bello. Consejo de la Facultad de Derecho. Actas n°80 (30/09/1974) hasta n°101 (09/12/1975), Caracas, 1974-1975.

11 “Crónica de la Facultad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n°20, UCAB, Caracas, 1975, p. 314.

12 La información que pone a mano la edición consultada de la Revista identifica como miembros del Consejo de Redacción de ésta al Decano, Dr. Alfredo Morles; la directora, Abg. Leonor Araujo de Salgueiro y; los Dres. Gonzalo Parra Aranguren, Henrique Meier y León Henrique Cottin. Véase: Ídem.

13 Universidad Católica Andrés Bello. Consejo Universitario. Acta n° 322 de 02 de diciembre de 1975, aprobada en sesión de 16 de diciembre de 1975.

14 Yuval Noah Harari, *Sapiens. De animales a Dioses*, Debate, Barcelona, 2019, p. 124.

teados ambiciosamente, con lo cual, la *autorización preliminar de promoción* que concedió el Consejo Universitario habilitaba el establecimiento de un órgano de amplio objeto y proyección internacional¹⁵.

III

Tres meses después de su constitución, el CIJ sufriría la transición de un *orden imaginado*, a otro, ahora signado por su primer *Reglamento*. El Consejo de Facultad de Derecho, en su centésima sexta (106^a) sesión, sostenida el 19 de marzo de 1976, aprobó la primera versión del Reglamento del Centro de Investigaciones Jurídicas. La aprobación definitiva de la norma rectora no ocurriría sino hasta el día 20 de julio de ese año, cuando el Consejo Universitario dictó el *Reglamento del Centro de Investigaciones Jurídicas* (1976).

Este instrumento señalaba como objetivos generales del Centro:

- a) Cumplir el fin inicial de la Universidad de buscar la verdad por medio de la investigación;
- b) Construir el desarrollo del Derecho venezolano y a su recta interpretación por medio de la publicación de trabajos de investigación;
- c) Cooperar con la Facultad en su empeño de lograr una función docente de la más alta calidad;
- d) Formar investigadores;
- e) Entrenar a los estudiantes y docentes en las tareas de investigación.

En materia de organización, el Reglamento preveía una estructura compuesta por un Consejo Consultivo, compuesto por los exdecanos, el decano en ejercicio, el director y cinco «personalidades de la vida jurídica nacional» nombrados por el Consejo de Facultad¹⁶; un Consejo Técnico, formado por el director, quien lo preside, y cinco miembros designados por el Consejo de Facultad a proposición del primero, con período de un año¹⁷; el Director del Centro, quien debía reunir los mismos requisitos que los exigidos para el decano de la Facultad; los coor-

15 Universidad Católica Andrés Bello. Consejo Universitario. Acta n°322, ob. cit., anexo 1 «Creación de un Centro de Investigación en la Facultad de Derecho», pp. 2-3.

16 El Consejo Consultivo estuvo compuesto por: los exdecanos Manuel Reyna, Oscar Palacios Herrera, José Luis Aguilar Gorrondona y Jorge Sosa Chacín; el decano Alfredo Morles Hernández; la directora Tatiana De Maekelt y; los profesores René De Sola, Oscar García Velutini, José Muci Abraham, José Santiago Núñez Aristimuño y Enrique Pérez Olivares.

17 El Consejo Técnico, según refiere un folleto contentivo de la información del Centro de Investigaciones Jurídicas sin fecha —presumiblemente, como muy tarde, de principios de la década de los 80, dada la referencia a la directora y coordinador fundacionales—, estuvo

dinadores, nombrados por el Consejo de Facultad a solicitud del Director; los investigadores, contratados para proyectos específicos y los ayudantes o preparadores de investigación, estudiantes seleccionados por el Centro para colaborar en sus tareas.

La aprobación del reglamento compelió a su *padre fundador*, el decano Morles, a iniciar la búsqueda de una persona que tomara las riendas del Centro, a los fines de convertir aquel *orden imaginado* en una estructura humana encaminada a cumplir los objetivos trazados en su reglamento. Esta fue una prolongada etapa de cavilaciones, en la que se presentó primero la candidatura —a la postre infructífera— del Dr. Ángel Cristóbal Montes, quien se excusó por no estar presente en el país¹⁸, luego de lo cual, persiguió una exitosa carrera académica en su España natal¹⁹. La vacante, sin embargo, no estaría abierta mucho tiempo después de la negativa del Dr. Montes.

IV

Tatiana De Maekelt, venezolana *de nacionalidad voluntaria*²⁰ nacida en Polonia, se juramentó como directora del Centro de Investigaciones Jurídicas, ante el Consejo de Facultad en la sesión n°122 sostenida el siete (07) de febrero de 1977. La Revista de la Facultad lo reseñó así:

compuesto por: James Otis Rodner, Fernando Pérez Llantada S.J., Henrique Meier, Hugo Mármol Marqués y José Guillermo Andueza.

- 18 (i) Universidad Católica Andrés Bello. Consejo de Facultad de Derecho. Acta n°114 de 23 de septiembre de 1976: «[El Decano informo] igualmente que el candidato a Director del Centro, Dr. Ángel Cristóbal Montes, tiene compromisos en España hasta el mes de diciembre y que le será imposible responder a la oferta hasta ese mes»; (ii) Universidad Católica Andrés Bello. Consejo de Facultad de Derecho. Acta n°118 de 15 de noviembre de 1976: «[El Decano] refirió la situación planteada por el Dr. Ángel Cristóbal Montes en lo que respecta a la Dirección del Centro de Investigaciones Jurídicas y de la imposibilidad de hacer un nombramiento definitivo hasta Enero de 1977, fecha en la cual el precitado Doctor [...] concretará su decisión».
- 19 El Dr. Ángel Cristóbal Montes vivió en Venezuela entre 1959 y 1972, haciendo una profusa vida académica y profesional en la Universidad Central de Venezuela, la Universidad Católica Andrés Bello y el Ministerio de Justicia. Luego, en España, ejerció como catedrático, diputado constituyente y diputado de las Cortes de Aragón —de las cuales, además, fue presidente—. Véase: Edison Varela, “Semblanza de Ángel Cristóbal Montes”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n°8, RVLJ, Caracas, 2017, pp. 301-314. También recomendamos el ensayo de su autoría aparecido un año después, en el que habla de su experiencia en Venezuela: Ángel Cristóbal, “Mi deuda con Venezuela”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n°11, RVLJ, Caracas, 2018, pp. 417-426.
- 20 Hildegard Rondón de Sansó, *Discurso de Contestación en la incorporación de la académica Tatiana De Maekelt*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2002, p. 1.

La Dra. Tatiana de Maekelt, Profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, fue nombrada Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas, habiéndose juramentado en acto solemne [ante el Consejo Universitario] el día 16 de marzo de 1977²¹.

La Dra. De Maekelt, ilustre internacional-privatista, asumió así el rol de directora fundadora del CIJ, que comenzó sus funciones modesta y oficialmente en un local «en el edificio anexo de los Laboratorios de Ingeniería [consistiendo de] una recepción y un despacho para el Director»²². Acompañaban a la directora el profesor Dr. Asdrúbal Aguiar, en calidad de coordinador, y la señora Margarita Albertini de Magaña, como secretaria. La directora consignó en junio de ese año, ante el Consejo de Facultad, el primer programa de actividades del Centro de Investigaciones Jurídicas. En este, se harían gestiones para adelantar tres proyectos de investigación: (i) compilación de normas vigentes para universidades, (ii) análisis de los aspectos jurídicos de las tarjetas de crédito y (iii) estudio sobre los aspectos jurídicos de los problemas ecológicos de Venezuela²³. La tercera de estas propuestas fue la única que terminó cristalizando y desarrollándose.

El programa también resaltaba otras actividades, algunas de las cuales se convirtieron, luego, en verdaderos signos identitarios del Centro, entre las cuales debemos destacar:

Colaborar en el diseño y organización de los cursos de Postgrado, de acuerdo con el director de los mismos [...] Programar, organizar y coordinar las Jornadas de Derecho Internacional, a celebrarse en la U.C.A.B. [...] Colaborar en la Revista de la Facultad de Derecho [...] y Programar y ejecutar los concursos de investigación para estudiantes de la Facultad de Derecho de la U.C.A.B., de conformidad con las bases aprobadas [...]»²⁴.

El período frente al Centro de Investigaciones Jurídicas de la Dra. De Maekelt se caracterizó por algunos grandes hitos, que se engrandecen al considerar que, para el momento, la UCAB era «una institución educativa de muy escasos recursos [con] modestísimas disponibilidades»²⁵:

21 “Crónica de la Facultad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n°23, UCAB, Caracas, 1977, p. 316.

22 Universidad Católica Andrés Bello. Consejo de Facultad de Derecho. Acta n°114, ob. cit.

23 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: Tatiana De Maekelt, *Centro de Investigaciones Jurídicas – Programa de actividades*, UCAB, 1977, Caracas.

24 Ídem.

25 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: Alfredo Morles Hernández. *Discurso de orden en el acto de conmemoración del trigésimo aniversario*

- En 1977 se llevaron a cabo las Jornadas de Derecho Mercantil, en donde se congregaron casi todos los profesores del área de las universidades del país²⁶.
- Ese mismo año, se publicó el primer libro bajo el sello del Centro de Investigaciones Jurídicas, titulado *Estudios sobre Derecho Laboral. Homenaje a Rafael Caldera*²⁷ con motivo del cuadragésimo aniversario de la Ley del Trabajo. Esta obra, compuesta por dos tomos y más de 1.700 páginas, fue coordinada por la directora De Maekelt y el profesor Alfredo Ruprecht, y reunió a los máximos exponentes nacionales y extranjeros del derecho del trabajo de entonces.
- También en 1977 se convocaría a la primera edición del *Concurso de Investigación Jurídica* para estudiantes, luego de aprobadas las bases del mismo por parte del Consejo de Facultad, las cuales disponían tres categorías: (i) para estudiantes de primer y segundo año, (ii) para estudiantes de tercer año y (iii) para estudiantes de cuarto y quinto año. Resultarían galardonados en ese primer concurso los estudiantes Franco Puppio Pisani, Laura García Landaeta, Juan Mapriz y Franca Cosentino²⁸.
- Por último, entre el 11 y el 14 de junio de 1978, en el campus de la Universidad, se organizaron las I Jornadas Latinoamericanas de Derecho Internacional. Contando con la presencia, entre otros, del subsecretario general de la OEA, Jorge Zelaya Coronado y el presidente de la Corte Internacional de Justicia, Eduardo Jiménez de Aréchaga, se configuró un evento de tal envergadura que podría dudarse de su desarrollo dentro del alejado campus de Montalbán, en la pequeña UCAB de entonces²⁹.

La exitosa gestión de la Dra. De Maekelt también traería consigo el primer gran proyecto de investigación del Centro, que tendría protagonismo irrefutable por casi una década en el desempeño de sus funciones. Denominado *Régimen Jurídico-institucional de la ordenación y administración del Ambiente*, el proyecto

del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, UCAB, 2005, Caracas, p. 8.

26 *Ibid.*, pp. 3-4.

27 Autores Varios, *Estudios sobre Derecho Laboral. Homenaje a Rafael Caldera*, Tomos I y II, UCAB, Caracas, 1977.

28 “Crónica de la Facultad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n°25, UCAB, Caracas, 1978, p. 430.

29 Una reseña detallada del evento puede encontrarse en: «Crónica de la Facultad», *Revista de la Facultad de Derecho*, n°26, UCAB, Caracas, 1979, pp. 284-291.

fue financiado por la Fundación Polar, a través de un convenio suscrito el 1º de marzo de 1978, e inicialmente tendría una duración de dos años³⁰. La Revista de la Facultad de la época indica, además, que se designó como supervisor del proyecto al Dr. Allan Brewer-Carías, quien coordinaría los esfuerzos de las investigadoras adscritas: Armida Quintana y Josefina Calcaño de Temeltas³¹.

Tras poco más de un año en el cargo, Tatiana De Maekelt se separó de la dirección del Centro de Investigaciones Jurídicas a mediados de 1978, dirigiéndose a Washington, D.C. para cumplir con las funciones de Subsecretaria de Asuntos Legales de la Organización de Estados Americanos, cargo para el que fue designada, desde el que contribuyó decisivamente al desarrollo del Derecho Internacional americano y su codificación, y que ocupó diligentemente hasta 1984.

V

La dirección del CIJ recayó entonces en la doctora Cecilia Sosa Gómez, cuya designación por el Consejo Universitario, de forma unánime, se dio el día 16 de enero de 1979³². La directora Sosa emprendería un esfuerzo significativo en su período frente al Centro de Investigaciones Jurídicas, en el que se ejecutaron proyectos de investigación de gran impacto, los cuales representaron la mayor parte del trabajo del Centro por entonces.

En ese primer año de gestión de la Dra. Sosa se organizó un evento comparable con las I Jornadas Latinoamericanas de Derecho Internacional. Nos referimos a las Jornadas Internacionales de Ciencias Penales y Criminológicas, cuya coordinación correspondió al Dr. Fernando Pérez-Llantada S.J. Instaladas por el presidente de la República del momento, Luis Herrera Campíns y clausuradas por el Ministro de Justicia, Dr. José Guillermo Andueza, las jornadas contaron con la participación de los más destacados especialistas en ambas materias, tanto nacionales como internacionales, y se le rindió homenaje al ilustre profesor Dr. Tulio Chiossone, quien, según el recuento del Dr. Morles años más tarde, dijo que «tal homenaje había sido el más hermoso acto que se había hecho en su honor»³³.

30 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídica: Tatiana De Maekelt, *Centro de Investigaciones Jurídicas – Programa de actividades*, UCAB, Caracas, 1978.

31 “Crónica de la Facultad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n°25, ob. cit., p. 430.

32 “Crónica de la Facultad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n°27, UCAB, Caracas, 1980, p. 306.

33 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: Alfredo Morles Hernández. *Discurso de orden en el acto de conmemoración del trigésimo aniversario...* ob. cit., p. 6.

De acuerdo con el convenio con la Fundación Polar, suscrito bajo la dirección de la doctora De Maekelt, se ejecutó exitosamente la investigación sobre el *Régimen jurídico-institucional de la ordenación y administración del Ambiente*. Finalizado el primer año de ejecución, el contratante del proyecto acordó su prórroga en dos ocasiones³⁴, con lo cual, el diseño inicial de un año de investigación se convirtió en un proyecto de amplio alcance, ejecutado durante tres años, hasta la culminación de su última etapa, en 1981³⁵, cuyo resultado final fue un informe de tres tomos, abarcando los asuntos más relevantes de la regulación ambiental de la época, probablemente el primero de su tipo en toda América Latina.

El CIJ también ejecutó, durante el año 1979, un proyecto de investigación bajo el título *Bases jurídicas y organizativas de las áreas de Desarrollo Rural Integrado* a petición del Fondo de Crédito Agropecuario, en el cual se realizó «un diagnóstico de los organismos que tienen injerencia en el proceso de desarrollo rural integrado, es decir, que operan con competencias en reforma agraria, desarrollo agrícola, riego, recursos naturales, ordenación del territorio y planificación del desarrollo regional [...]»³⁶. Durante ese año se realizó también una investigación, contratada por la Cámara de Diputados del Congreso de la República, que versó sobre las sanciones en materia de ordenación del territorio, y fue satisfactoriamente entregada en el primer trimestre de 1980³⁷.

En 1981 se firmaría otro de los grandes convenios que guiaron la actividad investigativa del Centro en su primera década de existencia. Nos referimos al suscrito con el Banco Central de Venezuela, cuya firma ocurrió en su sede³⁸, y que tuvo como objeto que el Centro realizara un *Análisis y sistematización de la doctrina administrativa de la Consultoría Jurídica del Banco Central de Venezuela*³⁹.

34 (i) “Crónica de la Facultad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n°28, UCAB, Caracas, 1980, p. 451 y (ii) “Crónica de la Facultad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n°30, UCAB, Caracas, 1981, p. 386.

35 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: Cecilia Sosa Gómez, *Informe de actividades realizadas por el Centro de Investigaciones Jurídicas en el año 1980-1981*, UCAB, Caracas, 1980, p. 1.

36 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: María Gracia Morais, *Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas (I encuentro de institutos y centros de investigación de la U.C.A.B.)*, UCAB, Caracas, 1992, p. 22.

37 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: Cecilia Sosa Gómez, *Memorandum para Promoción U.C.A.B., Información sobre proyectos de investigación concluidos y en realización*, UCAB, Caracas, 1980, p. 1.

38 “Crónica de la Facultad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n°31, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1982, p. 214.

39 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: Cecilia Sosa Gómez, *Informe de actividades...*, ob. cit., p. 1.

Como parte del equipo de este proyecto, debemos destacar al entonces estudiante Rafael Badell Madrid, quien se vinculó como uno de los primeros estudiantes investigadores del CIJ, durante dos productivos años, hasta su graduación en el año 1982, mismo momento en el que se hizo la entrega formal del informe de investigación, compuesto por seis volúmenes, al Banco Central de Venezuela⁴⁰.

Con el apoyo de la Oficina Central de Presupuesto se llevó a cabo otra investigación entre 1981 y 1984 destinada a estudiar el *Régimen legal de la Administración descentralizada*⁴¹. Así también, se produjo para la Casa de Bello un Índice sistemático de Materias de la Obra Jurídica de Andrés Bello, integrado en el tomo XV —luego XVII— de las Obras Completas del ilustre venezolano⁴². El Centro, por entonces, constituyó un proveedor confiable para las instituciones públicas o privadas que tuvieran algún interés en conocer temas jurídicos complejos a través de investigaciones de máxima calidad académica.

Por esa razón, en el año 1982 acudió a este el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República con la intención de solicitarle un estudio absolutamente inédito. Un lustro antes de que se dieran las reformas legales necesarias para avanzar en la forma de Estado federal declarada constitucionalmente⁴³, al Centro de Investigaciones Jurídicas se le solicitó recopilar y analizar las Constituciones de los Estados, en un momento en el que «no se [sic] había publicado, en forma conjunta, todas las Constituciones de los Estados y conocerlas era una labor casi imposible»⁴⁴. Este proyecto sería publicado, en sendos tomos, por el Ministerio

40 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: Cecilia Sosa Gómez, *Resumen de las últimas actividades llevadas a cabo por el Centro de Investigaciones Jurídicas*, UCAB, Caracas, 1982, p. 1.

41 Véase: “Crónica de la Facultad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n°31... ob. cit., p. 214. La fecha de finalización del proyecto se extrae del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: Cecilia Sosa Gómez, *Plan de actividades del Centro de Investigaciones Jurídicas de la U.C.A.B.*, UCAB, Caracas, 1984, p. 2: «Hasta enero de 1984 se estaba en la fase de concluir todos los compromisos pendientes, en particular con el M.R.I y con la OCEPRE».

42 Véase: Rafael Caldera (director), *Obras Completas de Andrés Bello*, 2ª edición, Tomo XVII, Temas jurídicos y sociales, Fundación La Casa de Bello, Caracas, 1982, pp. 865-887.

43 Me refiero a la Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estado de 14 de abril de 1989, publicada en Gaceta Oficial n°4.086 (Extraordinario). Dicha ley se adoptó por expresa recomendación de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE) y saldaba una deuda contraída con la promulgación de la Constitución de la República de 1961, que dispuso en su artículo 22 un régimen transitorio de libre nombramiento y remoción de los gobernadores por parte del presidente hasta tanto se dictara una ley sobre la materia.

44 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: María Gracia Morais, *Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas...*, ob. cit., p. 21.

bajo el título *El Ordenamiento Constitucional de las Entidades Federales*, una obra de consulta fundamental para los interesados en el tema, aún hoy.

Este es el primer proyecto del que se tiene noticia de la participación de Osvaldo Mantero de San Vicente, profesor uruguayo⁴⁵, radicado en Venezuela desde 1976 y que cumplió funciones como investigador permanente del CIJ hasta su retorno a Uruguay en 1990, dos años después de publicar su obra *Análisis de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente en el Trabajo*, editada por la UCAB. Además de él, figuró como investigador el profesor Carlos Escarrá y, como auxiliares de investigación, los estudiantes Tulio Álvarez Ramos, Pedro J. De Armas, Ángel Viso y Myriam Herz, todo bajo la supervisión de la directora Sosa Gómez⁴⁶.

La doctora Sosa dejaría la dirección del CIJ en octubre de 1984⁴⁷, no sin antes participar como coautora, junto al doctor Mantero, de un libro que resumió la profunda investigación sobre el régimen legal del ambiente que se llevó a cabo en los primeros años de la gestión de la joven directora, titulado *Derecho Ambiental Venezolano*, aparecido en 1983 bajo el auspicio de la Fundación Polar. Con la separación de la doctora Cecilia Sosa Gómez de la dirección, acabaría una primera etapa de máxima actividad del Centro de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, a lo que también habría de sumar el retiro de la primera secretaria del Centro y la llegada de la señorita Mirta Rodríguez Pazos, con lo que, para finales 1984, ningún miembro del personal habría formado parte de su fundación y primeros años.

45 El profesor Mantero de San Vicente fue un destacado profesor de Derecho del Trabajo y asesor sindical en Uruguay, quien sufrió el exilio con la llegada de la dictadura militar de la República Oriental. Durante su exilio hizo vida en Caracas, y particularmente en la UCAB. Tras el retorno a la democracia, regresó a su país y se integró nuevamente a sus actividades de asesoría sindical y en la Universidad de la República, donde dirigió el Postgrado en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y se reincorporó como profesor titular (grado máximo del escalafón) en sus cátedras de la misma materia en pregrado. Sobre su vida y obra, véase: (i) Hugo Barretto, “In Memoriam: Osvaldo Mantero de San Vicente”, *Derecho Laboral*, vol. 62, n°273, Montevideo, 2019, pp. 7-8 y (ii) Hugo Barretto, “La vida y la biblioteca de Osvaldo”, publicado en 2014 en su blog *La realidad y el resto de las cosas*. Disponible en: <https://hugobarrettohione.blogspot.com/2014/05/la-vida-y-la-biblioteca-de-osvaldo.html>.

46 Centro de Investigaciones Jurídicas UCAB, *El Ordenamiento Constitucional de las Entidades Federales*, Tomo I, Ministerio de Relaciones Interiores, Caracas, 1983, p. 10.

47 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: María Gracia Morais, *Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas...*, ob. cit., p. 6.

VI

El 1 de febrero de 1985 entraría a la dirección del CIJ el Profesor Hugo Mármol Marqués⁴⁸, quien hasta entonces se había desempeñado como director del Área de Postgrado de la Facultad de Derecho de la UCAB, a la vez que fungía como destacado profesor de Derecho Mercantil de la misma⁴⁹. El profesor Mármol trabajó de la mano con el profesor Mantero, quien ejercía desde enero del año anterior como coordinador del Centro, siendo la segunda y última persona en ocupar el cargo⁵⁰. Los informes por entonces ofrecidos por el rector Arnal al Consejo Fundacional expresan que «[e]l régimen de funcionamiento del Centro se basa en el autofinanciamiento a través de investigaciones contratadas por entidades públicas o privadas»⁵¹, lo que también lo reflejó el profesor Mármol en el programa de actividades preparado para su gestión, en el cual, además, advirtió de la necesidad de una reorientación del Centro:

*Hasta el presente, el Centro de Investigaciones Jurídicas pudo encargarse de una serie de estudios [...] con financiamiento de la Fundación “Polar”, los cuales significaron en alto grado el mayor volumen de sus actividades permanentes. Un conjunto de circunstancias económicas [...] llevan a la idea de que, en lo futuro, será necesario realizar esfuerzos que conduzcan a una mayor diversificación de sus actividades, teniendo como norte suplir, **con una serie de cometidos más modestos**, la ausencia de los importantes trabajos que pudieron realizarse en el pasado [...]»⁵².*

Lamentablemente, el Dr. Mármol ejerció un período bastante breve como director, terminando sus funciones anticipadamente en septiembre de 1986, dejando tras de sí un acertado diagnóstico de las condiciones que habrían de orientar la actividad del Centro en años venideros, y la organización exitosa de

48 “Crónica de la Facultad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n°34, UCAB, Caracas, 1985, p. 365.

49 Véase: Daniel Pérez Pereda, “Semblanza homenaje al Dr. Hugo Mármol Marqués”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n°10, SOVEDEM, Caracas, 2023, pp. XI-XIV.

50 La última mención que hay a la cualidad de coordinador se encuentra publicado en un boletín informativo sobre el Centro de Investigaciones Jurídicas publicado en 1987, refiriéndose explícitamente a los doctores Asdrúbal Aguiar (1976-1984) y Osvaldo Mantero (1984 en adelante) como coordinadores. Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: Desconocido, *Centro de Investigaciones Jurídicas*, UCAB, Caracas, 1987.

51 (i) Guido Arnal Arroyo, *Informe del Rector 1984-1985*, UCAB, Caracas, 1985 y (ii) Guido Arnal Arroyo, *Informe del Rector 1985-1986*, UCAB, Caracas, 1986.

52 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: Hugo Mármol, *Programa de actividades del Centro de Investigaciones Jurídicas*, UCAB, Caracas, 1985, p. 1.

dos eventos de los cuales dio cuenta la Revista de la Facultad: (i) las *Jornadas sobre Derecho Colectivo del Trabajo. Con especial referencia a la función pública*, que contaron con el apoyo de la Fundación de la Procuraduría General de la República y publicadas en una obra con el mismo nombre⁵³ y (ii) las *Primeras Jornadas Venezolanas de Derecho de Seguros*, con la colaboración de la Asociación Venezolana de Seguros⁵⁴.

La siguiente persona en ocupar la dirección del Centro de Investigaciones Jurídicas fue el doctor Hans-Joachim Leu, destacado abogado internacionalista⁵⁵. De acuerdo con la documentación disponible, el Dr. Leu comenzó su gestión en octubre de 1987, con lo cual, presumimos, durante un año —entre septiembre de 1986 y octubre de 1987— estando vacante la dirección, las actividades del Centro habrán correspondido al coordinador y único investigador permanente, Osvaldo Mantero.

Gracias a la iniciativa del decano Fernando Pérez Llantada S.J., el CIJ retomó su asociación estratégica con la Fundación Polar⁵⁶. Esta nueva colaboración tuvo como objeto principal la realización de una investigación igual de novedosa que la que, casi una década antes, había realizado el Centro sobre el régimen jurídico del ambiente. En esta ocasión, la investigación se denominó *Régimen Normativo sobre Semillas*, que fue ejecutada entre 1987 y 1990, cuando el informe final fue entregado satisfactoriamente a la organización financista⁵⁷. Este proyecto, que fue prioritario, permitió la incorporación de otra investigadora permanente, la Dra. Irma Behrens de Bunimov, que fungió como coautora del informe final, junto al director y el coordinador del Centro⁵⁸.

53 Autores Varios, *Jornadas sobre derecho colectivo del trabajo: con especial referencia al sector público*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1987.

54 “Crónica de la Facultad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n°34, ob. cit., p. 365.

55 Un perfil del doctor Leu apareció en: “Crónica de la Facultad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n°38, UCAB, Caracas, 1987, p. 343: «[...] El nuevo Director es Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad Central de Venezuela, institución en la cual se desempeñó últimamente como Director de la Comisión de Estudios Políticos y Administrativos. Igualmente, actuó el Dr. Leu B. como miembro del Consejo de Facultad de Derecho y del Consejo Técnico del Instituto de Estudios Políticos de aquella casa de estudios superiores [...]».

56 “Crónica de la Facultad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n°37, UCAB, Caracas, 1987, p. 663.

57 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: Hans Joachim Leu, *Informe sobre la gestión del Director del Centro de Investigaciones Jurídicas*, UCAB, Caracas, 1991, p. 1.

58 Hans-Joachim Leu, Osvaldo Mantero e Irma Behrens, *Régimen normativo de las semillas en Venezuela*, UCAB, Caracas, 1990.

La renovada alianza con Fundación Polar tuvo también otro propósito, destinado a cumplir con un objetivo trazado tan pronto como en 1977, referido a la publicación, por parte del Centro, de material monográfico para estudiantes, bajo el nombre de *Cuadernos Docentes*⁵⁹. El proyecto definitivo de 1987, elaborado por el Dr. Mantero y presentado por el Dr. Leu a la Fundación, permitió la cristalización de esa temprana idea, en un proyecto particularmente ambicioso, prolongado y de gran impacto del Centro de Investigaciones Jurídicas.

Al margen de la colaboración con la Fundación Polar, los investigadores del Centro comenzaron a dedicar su tiempo a «trabajos de investigación de índole tal vez abstracta, no por ello menos importantes [...] que contribuirán a subrayar el carácter del Centro [...]»⁶⁰. Es el caso de un *Manual de Seguridad Social en Venezuela*, a cargo de Osvaldo Mantero y un *Tratado de Derecho Internacional Penal*, a cargo de Hans Joachim Leu⁶¹. Así también, de esta época resulta una vinculación del eminente Dr. Luis María Olosó S.J. al Centro de Investigaciones Jurídicas, con el cual publicó, en 1988, su obra *Derechos Humanos, Pensamiento Comunitario y Otros Temas*⁶², además de trabajar en su fantástica *Introducción al Derecho*.

En 1991, finalizada la construcción del edificio de Postgrado de la UCAB, el CIJ se trasladaría de su local inaugural en el edificio que aloja los laboratorios de la Facultad de Ingeniería, hasta este nuevo espacio, para lo cual se dispuso una oficina ubicada en la planta baja de la edificación⁶³. Para conveniencia del personal del Centro, la nueva sede era contigua al novedoso cafetín de postgrado.

Hacia comienzos de la década de los 90, el Centro —así como el país— estaba pasando por lo que podría ser calificado como una crisis, la compleja situación que ya había advertido el Dr. Mármol años antes, permeó de forma definitiva en las actividades del Centro de Investigaciones Jurídicas. El Dr. Osvaldo Mantero

59 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: María Gracia Morais, *Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas...*, ob. cit., p. 15.

60 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: Hans Joachim Leu, *Informe sobre la gestión del Director del Centro de Investigaciones Jurídicas*, UCAB, Caracas, 1989, pp. 2-3.

61 Ídem.

62 Luis María Olosó, *Derechos humanos, pensamiento comunitario y otros temas*, UCAB, Caracas, 1988.

63 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: María Gracia Morais, *Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas...*, ob. cit., p. 8: «Desde su creación hasta el mes de septiembre de 1991, el Centro ha funcionado en el Edificio de los Laboratorios de la Universidad y en el referido mes se ha trasladado al nuevo Edificio de los Post-Grados».

retornó a su natal Uruguay, dejando atrás su condición de coordinador e investigador permanente, en febrero de 1990; y tras la entrega de la investigación sobre el *Régimen de las Semillas* a la Fundación Polar, no había otra investigación en curso. Se hizo necesaria, entonces, una revitalización.

VII

La doctora María Gracia Morais, nacida en Brasil, es otra ilustre *venezolana de nacionalidad voluntaria*, y, además, una *ucabista* por asimilación. Aparte de ser profesora de pregrado y postgrado, entre 1988 y 1991 ejerció con tino la Dirección de la Escuela de Derecho, y desde 1991, investigadora permanente del Centro de Investigaciones Jurídicas. En febrero de 1992 sería designada directora del mismo, y con ella, iniciaría la revitalización, solidificación y ampliación de sus actividades.

Entre sus primeras acciones como directora, la Dra. Morais organizó un seminario, con la asistencia del rector, miembros de la Facultad de Derecho y personal del CIJ, realizado en Los Teques a principios de abril de 1992⁶⁴. Bajo la guía del profesor Rogelio Pérez Perdomo, los asistentes discutieron durante dos días sobre *Los nuevos paradigmas de la investigación jurídica*. Entre las conclusiones alcanzadas durante el seminario, que definitivamente influyeron en las actividades del Centro en los años venideros, encontramos:

[...] 3) Toda universidad debe permitir y propiciar los dos modelos de investigación jurídica: conceptual y social.

La adopción de uno y otro varía de acuerdo al momento. La pertinencia de temas estará en relación al momento histórico, político y social del ámbito donde se desarrollará la investigación.

4) Para una universidad, la investigación importante es aquella que “hace escuela”. Eso supone el liderazgo de alguien. Para formar un investigador, es necesario un maestro. [...]

6) Asimismo, la investigación es un proceso selectivo, no es para todos porque supone vocación, dedicación y esfuerzo. No obstante se pueden diseñar estrategias de motivación que permitan captar adeptos [...]⁶⁵.

En esos primeros años del mandato de María Gracia Morais, se adelantaron investigaciones solicitadas por la Asociación Civil Obra Redentora Mercedaria, el

64 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: María Gracia Morais, *Memoria del Seminario-Taller “Los nuevos paradigmas de la investigación jurídica”*, UCAB, Caracas, 1992.

65 *Ibid.*, pp. 2-3.

Instituto Nacional del Deporte y la propia Universidad, produciendo, la primera, un proyecto de reforma parcial a la Ley de Régimen Penitenciario en materia de trabajo penitenciario, la segunda, un proyecto de Ley del Deporte y la última, un diagnóstico de los estudios de postgrado en el área de derecho ofrecidos por la UCAB. El rector R.P. Luis Ugalde S.J. apuntó, en su informe al Consejo Fundacional correspondiente al año académico 1992-1993, que:

En la Facultad de Derecho conviene resaltar la revitalización del Centro de Investigaciones Jurídicas que bajo la dirección de María Gracia Morais de Guerrero ha adquirido nuevo dinamismo y organización y ha podido atender exitosamente a los encargos de investigaciones y trabajos recibidos⁶⁶.

Las actividades del Centro de Investigaciones Jurídicas bajo la égida de la Dra. Morais no podrían entenderse sin la selección que, al inicio de su gestión, se hizo sobre el paradigma de la investigación que seguiría el CIJ, es decir, el paradigma social o socio-jurídico⁶⁷. Por esa razón, las investigaciones se dirigieron, en buena medida, a mirar el Derecho a través del prisma de las ciencias sociales, e interpretar su aplicación como un fenómeno social valorable de acuerdo con esas categorías.

Otros aspectos cruciales que permiten entender el perfil del Centro de Investigaciones Jurídicas que construyó la directora Morais es (i) la ampliación de su personal y (ii) la diversificación de sus fuentes de financiamiento. Ambas cosas pueden perfectamente trazarse al diagnóstico que hizo la directora a su llegada al cargo, del cual transcribo algunas secciones a continuación:

[...] El escualidísimo personal del Centro, sólo ha podido, a duras penas, cumplir con las tareas de investigación [...]

La Facultad está plenamente consciente de que, la función docente ha de ser complementada con la investigación y por ello lo ideal sería que, los profesores también investigaran, fomentaran la investigación entre sus alumnos y los orientaran en las tareas investigativas. [...]

No obstante no es menos cierto que la mayoría de nuestros profesores no desea, no puede, o no sabe investigar. Siendo así, mal pueden transmitir a sus alumnos el gusto por la investigación, ni la técnica necesaria para realizarla. [...]

66 Luis Ugalde, "Informe del Rector al Consejo Fundacional, Año Académico 1992-1993", *Revista de la Facultad de Derecho*, n°49, UCAB, Caracas, 1994, p. 21.

67 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: María Gracia Morais, *Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas...*, ob. cit., p. 29: «El momento que vive Venezuela, sin duda alguna sugiere la necesidad de que adoptemos, por ahora el paradigma social».

El Centro no puede y ni quiere ser exclusivamente una fuente de ingreso para la U.C.A.B. Consideramos que la U.C.A.B. debe invertir en la investigación⁶⁸.

El equipo humano del Centro se agrandaría progresivamente, primero con la transición de Cristóbal Cornieles de estudiante auxiliar a investigador, en 1994, mismo año en el que se incorporaría en cualidad de secretario el Sr. Douglas Gutiérrez, quien a día de hoy sigue cumpliendo labores en el hoy Instituto, como el más antiguo miembro de su personal; luego, con la integración en 1995 de Ruth Capriles, y en 1996 de la socióloga Carla Serrano, hoy directora (e) del Centro de Derechos Humanos de la UCAB. No en balde, el Centro no dejó de contar con investigadores contratados para proyectos específicos, como el caso de los profesores Héctor Faúndez Ledezma y Jorge Luis Suárez, quienes fueron autores del primer libro publicado en el período de la directora Morais, titulado *Aspectos Jurídicos de la Libertad de Expresión*⁶⁹.

Esta ampliación del equipo de investigadores también trajo consigo que los trabajos por ellos desarrollados a título individual se integraran dentro de las líneas del CIJ, tal como había visionado el Dr. Leu en su gestión. La Dra. Morais predicaba con el ejemplo y, desde muy temprano, sus áreas de interés se fundieron con las líneas de investigación institucionales, generando productos académicos de alta calidad y amplio alcance⁷⁰. La *revitalización* se completó rápidamente, lo que también hizo necesario el planteamiento de nuevas metas, más ambiciosas, y para ello, los actores privados y públicos interesados en la labor académica del Centro volvieron a ser cruciales.

La constitución de varias cátedras fundacionales cuyos recursos estaban destinados a apoyar al CIJ en sus actividades fue muy significativo para su crecimiento. Es el caso, por ejemplo, de las cátedras Alberto Baumeister Baumeister y Ramón Escovar Salom, que permitieron el desarrollo de investigaciones en el área de la justicia constitucional⁷¹; la cátedra Pedro Tinoco, que avaló una línea de investigación novedosa relativa a la integración latinoamericana a través del

68 *Ibid.*, p. 5, 25 y 28.

69 Héctor Faúndez Ledezma y Jorge Luis Suárez, *Aspectos jurídicos de la libertad de expresión en Venezuela*, UCAB, Caracas, 1993.

70 María Gracia Morais, «Conociendo un programa: los jueces penales itinerantes», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n°93, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994, pp. 273-331.

71 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Proyecto de creación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello*, UCAB, Caracas, 2005, documento anexo 3 «Listado de investigaciones y publicaciones del Centro de Investigaciones Jurídicas».

Mercosur⁷² y las cátedras Kobesteele y Don Nicolás Zapata, bajo las cuales se estudiaron aspectos de la delincuencia juvenil, las armas y el sistema de justicia⁷³. Por otra parte, las contrataciones para investigaciones concretas se retomaron en 1996 a solicitud del INCE, con el fin de estudiar su descentralización a través de asociaciones civiles⁷⁴. La demanda institucional interna, que hasta entonces había sido mínima, permitió el desarrollo de investigaciones como el *Apoyo a la Justicia de Paz* cuando la novedosa ley —también de impronta ucabista— estaba dando sus primeros pasos⁷⁵.

El período 1997-1998 es un *parteaguas* en la historia del Centro de Investigaciones Jurídicas, y la razón es sencilla: hablar de la investigación jurídica en la UCAB es hablar de la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA)⁷⁶. Según el órgano de divulgación universitaria *El Ucabista*, la razón de que el Centro de Investigaciones Jurídicas haya tenido tal implicación es que «[En 1996] el Instituto Nacional del Menor envió un anteproyecto de ley a[l Centro], que hizo unas correcciones y apreciaciones, que llamaron la atención de la UNICEF. Inmediatamente, el organismo contrató al CIJ para elaborar la ley [...]»⁷⁷. Ese convenio con UNICEF fue reseñado por el rector Ugalde en su informe al Consejo Fundacional de aquel año, destacando sus tres áreas fundamentales:

El Centro de Estudios [sic] Jurídicos, apoyado por el convenio con UNICEF, ha elaborado para que lo discuta el Congreso Nacional el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente y un conjunto de estudios complementarios a este para adecuar la normativa venezolana a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Finalmente se está realizando la evaluación socio-jurídica de la situación de niños y adolescentes privados de libertad

72 Ídem.

73 Ídem.

74 Ídem.

75 Luis Ugalde, *Informe del Rector al Consejo Fundacional 1993-1994*, UCAB, Caracas, 1994, p. 15: «[...] El Centro de Investigaciones Jurídicas coordinó las Jornadas sobre los JUECES DE PAZ para estudiar la aplicación de la nueva ley sobre este tema [...]».

76 Me refiero al título de la norma actualmente vigente, a sabiendas de que el nombre original fue Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA), para resaltar la importancia que tuvo el Centro y la Universidad Católica Andrés Bello en la incorporación de una norma protectora de la infancia en el ordenamiento jurídico venezolano, a pesar de que las reformas a la misma se hayan hecho sin la experticia de los involucrados en su promulgación original.

77 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: Dirección de Prensa UCAB, *El Ucabista*, “CIJ: 30 años de investigación jurídica”, año 10, n°77 (enero-febrero 2006), p. 28.

para de esta manera tener una visión de los tres aspectos (normativo, judicial y fáctico) sobre los derechos del niño en la legislación venezolana, en los tribunales y en los centros de reclusión⁷⁸.

La LOPNNA fue publicada en Gaceta Oficial n°5.266 de 02 de octubre de 1998, incluyendo una *vacatio legis* que postergó su entrada en vigencia hasta abril del año 2000. El Centro, en vez de dar por terminada su labor, decidió ejercer una *paternidad responsable*⁷⁹ de la nueva norma, con lo cual consolidó la línea de investigación en Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, que se convirtió por muchos años en el núcleo de las tareas del CIJ. En particular, se deben destacar la organización y realización, por una década entera, de las *Jornadas sobre la LOPNA*, un evento académico que contó con 10 ediciones en las cuales se discutieron, consistentemente, los temas más relevantes en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, y, en particular, el recorrido vital de la LOPNNA en Venezuela, destacando los aspectos positivos y denunciando los elementos negativos de su interpretación y aplicación.

Si bien los derechos de los niños, niñas y adolescentes fueron la línea de investigación principal del Centro luego de la aprobación de la LOPNNA en el Congreso, el espíritu multidisciplinario —incluso dentro de las áreas de la ciencia jurídica— del Centro impulsó el desarrollo de otras líneas de investigación. Debemos destacar, por el impacto que tuvo en el porvenir del Centro de Investigaciones Jurídicas, las líneas de investigación sobre Seguridad Ciudadana y Delincuencia Económica.

En materia de seguridad ciudadana, a través de financiamiento provisto por CONICIT, el Centro desarrolló un estudio sobre *Los Servicios de Seguridad Privada en Venezuela*⁸⁰. Esta investigación, de inspiración clara en el paradigma socio-jurídico, permitió abordar una problemática acuciante para la vida ciudadana, considerando que, para el momento de su realización, las vicisitudes nacionales habían ampliado y hecho particularmente rentable la provisión de servicios de seguridad, lo que no solo revelaba deficiencias en la planificación pública, sino también la disposición de determinados grupos sociales de proveerse por sí mismos los bienes y servicios normalmente dejados al Estado.

78 Luis Ugalde, *Informe del Rector al Consejo Fundacional 1996-1997*, UCAB, Caracas, 1997, p. 8.

79 Alberto Baumeister, “Noticias de la Facultad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n°57, UCAB, Caracas, 2002, p. 475.

80 María Gracia Morais, “Servicios de seguridad privada en Venezuela. Políticas estatales, ordenamiento jurídico y percepción social”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n°53, UCAB, Caracas, 1998, pp. 217-247.

La línea sobre delincuencia económica se desarrolló gracias al apoyo brindado por el Banco Mercantil, a través de un convenio que estableció la cátedra fundacional con el mismo nombre, bajo la cual el Centro instituyó el Núcleo de Estudios sobre Delincuencia Económica (NEDE). Para los trabajos del NEDE se contó con la participación de los investigadores Luis Gerardo Gabaldón y Juan Luis Modolell, ambos incorporados al Centro en 1998, siendo el primero, hoy en día, el investigador de mayor antigüedad en la plantilla del Instituto —aunque la profesora María Gabriela Cuevas también comenzó a formar parte del equipo en ese mismo año, durante algún tiempo pasó a formar parte del Centro de Derechos Humanos antes de su regreso al IIJ, en el que aún se mantiene—; además, se integró a los trabajos del NEDE el Sr. José Luis Cartaya, encargado del centro de documentación.

Al margen de los productos de investigación de este núcleo, como el informe sobre *Fraude electrónico, cultura corporativa y lealtad empresarial*, los *Cuadernos del NEDE* o el modelo de simulación de juicio sobre delito económico, el soporte financiero que brindó el Banco Mercantil por esos años permitió la construcción de una nueva sede para el Centro de Investigaciones Jurídicas, ubicada en el piso 2 del edificio de Postgrado de la Universidad. Con 400 metros de planta, la localización inaugurada en el año 2002 es, aún en este momento, la sede del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello.

La vocación del CIJ de realizar investigaciones útiles para enfrentar los problemas del país también motivaron la creación, en 1999, de la Red de Veedores del Proceso Constituyente, bajo la coordinación de Ruth Capriles. La red contó con más de trescientos veedores inscritos⁸¹ y, si bien adquirió una entidad propia y política, no se desvió de su función académica, y bajo el amparo del Centro de Investigaciones Jurídicas, publicó sus *Aportes al Debate y Diseño Constitucional*⁸², en el cual se plantearon dudas y propuestas con respecto a las ideas postuladas por el factor oficialista en la Asamblea Nacional Constituyente.

Sería negligente no dedicar un párrafo de esta narración al retiro de la señora Mirta Rodríguez Pazos. Antes hemos referido de su llegada, en 1984, al CIJ. Para aquel momento, la joven uruguaya, huyendo de los horrores de su patria, se encontró —no podemos decir si por fortuna o por diseño— con un connacional, el profesor Osvaldo Mantero. Desde ese momento, la labor metódica, pulcra y

81 Alberto Baumeister, “Sección informativa”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n°54, UCAB, Caracas, 1999, p. 285.

82 Red de Veedores del Proceso Constituyente de la Universidad Católica Andrés Bello, *Aportes al debate y diseño constitucional*, UCAB, Caracas, 1999. Una versión electrónica de este documento puede encontrarse en: https://urru.org/papers/1999_varios/1999_Aportes_al_Debate_Constituyente_RedVeedoresUCAB.pdf.

acuciosa de la Sra. Rodríguez, que revelaba su formación como educadora, fueron medulares para el Centro. El vínculo trabado con la directora Morais, en particular, tenía naturaleza única. Tres directores y veintiún años después de su llegada, la señora Mirta Rodríguez se acogió al beneficio de la jubilación en el año 2005, trigésimo de la existencia del Centro de Investigaciones Jurídicas.

VIII

El proyecto inicial que presentó el decano Morles al Consejo Universitario, en 1975, expresó:

Se propone el establecimiento inicial de un centro y no de un instituto, en razón del número menor de requisitos a cumplir [...]; de la mayor flexibilidad que proporciona esta figura; y por ser más apropiada esta última forma para el inicio de actividades. Muchos institutos de investigación de nuestras universidades, se han iniciado como centros de investigación⁸³.

En similar sentido, el acta respectiva indicó que el Centro se convertiría en instituto «al ser presentada y aprobada la Reglamentación correspondiente»⁸⁴. La aprobación del reglamento no implicó, sin embargo, el cambio de estatus. El CIJ mantendría la cualidad de Centro durante parte importante de su historia, en buena medida, por la razón que apuntó la directora Morais en el informe que hemos citado en varias ocasiones:

El “Centro” nunca pudo llegar a ser “Instituto de Investigación” porque, numéricamente, ni el equipo de investigadores, ni el personal administrativo, ni el presupuesto asignado por la Universidad cumplían los requisitos mínimos exigidos por el Consejo Nacional de Universidades para la creación de un Instituto, como lo requiere la “Ley de Universidades”⁸⁵.

El crecimiento del personal, la diversificación de fuentes y, sin lugar a duda, las contribuciones del Centro de Investigaciones Jurídicas a la vida pública nacional significaron un cambio de panorama que hizo viable la transformación en Instituto. Para el año 2005, cuando el Centro cumplió treinta años de existencia, no solo se prepararon eventos celebratorios, sino que se llevaron a cabo los esfuerzos necesarios para elevar ante el Consejo Nacional de Universidades

83 Universidad Católica Andrés Bello. Consejo Universitario. Acta n°322, ob. cit., anexo 1 “Creación de un Centro de Investigación en la Facultad de Derecho”, p. 4.

84 Universidad Católica Andrés Bello. Consejo Universitario. Acta n°322, ob. cit.

85 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: María Gracia Morais, *Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas...*, ob. cit., p. 7.

la solicitud de crear el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello.

Como puede intuirse, transitar el camino de la creación del Instituto de Investigaciones Jurídicas, especialmente ante el Consejo Nacional de Universidades regentado por el gobierno de entonces, no sería una tarea sencilla. Sin embargo, el empeño de las autoridades de la Facultad de Derecho y la Universidad, así como el trabajo duro de todo el personal del Centro de Investigaciones Jurídicas, fue satisfactoriamente reconocido con la conversión a Instituto.

El proyecto diseñado para la transformación fue presentado, en primer lugar, ante el Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico y Tecnológico (CDCHT) de la Universidad, el cual dio su visto bueno en sesión del día 19 de octubre de 2005⁸⁶. En seguida, el Consejo de Facultad de Derecho hizo lo propio en la sesión del cuerpo sostenida el 31 de octubre⁸⁷. Por último, el Consejo Universitario decidió solicitar oficialmente al Consejo Nacional de Universidades la transformación, en su sesión del día 08 de noviembre⁸⁸. Esto completó el trámite requerido dentro de la Universidad, y así se remitió el asunto.

Treinta años después de su creación, el Centro transitaría una senda similar a la de su creación. La suerte del documento remitido a finales del año 2005 dependía de la decisión del Consejo Nacional de Universidades, que, siguiendo la normativa aplicable, designó a un jurado de expertos —a través del núcleo de CDCHT—, para que dictaminaran sobre la viabilidad de la solicitud emanada de la Universidad Católica Andrés Bello. Dicho jurado estuvo compuesto por los profesores Ana Julia Bozo, de la Universidad del Zulia; Edgar Córdova, de la Universidad Rafael María Baralt y; Manuel Rachadell, de la Universidad Central de Venezuela. Los mismos declararon su opinión favorable a la solicitud en febrero de 2007. Faltaría, nada más, la aprobación y refrendo definitivo por parte de las instancias y autoridades del Ministerio.

86 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Proyecto de creación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello...* ob. cit., documento anexo 9 “Aprobaciones: notificación de aprobación al CNU por parte del CDCHT-UCAB#.

87 Universidad Católica Andrés Bello. Consejo de Facultad de Derecho. Acta n°615 de 31 de octubre de 2005: «[...] El Consejo de la Facultad estimó que, en virtud de la dilatada trayectoria y logros académicos del Centro de Investigaciones Jurídicas, está ampliamente justificada la solicitud de elevarlo a la condición de Instituto de Investigaciones Jurídicas [...]».

88 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: *Proyecto de creación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello...* ob. cit., documento anexo 9 “Aprobaciones: notificación de aprobación al CNU por parte del Consejo Universitario”.

Tal cosa ocurrió, primero, cuando el Consejo Nacional de Universidades se reunió en sesión ordinaria de fecha 02 de marzo de 2007, en la cual acordó **«Emitir opinión favorable al proyecto de transformación del Centro de Investigaciones Jurídicas, en Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, sede: Urbanización Montalbán, Caracas. Conforme a lo establecido en el Artículo 77 de la Ley de Universidades y en el capítulo II del Instructivo vigente para la tramitación de proyectos. [...]»**⁸⁹. El ministro con competencia en materia de educación superior refrendó dicha decisión, entre otras, un par de semanas después de la sesión⁹⁰.

El 23 de marzo de 2007, treinta y dos años después de su creación, pero en el trigésimo año desde su puesta en funcionamiento, el Centro se convirtió definitivamente en Instituto de Investigaciones Jurídicas. Los pasos que inicialmente había dado el Dr. Morles en el Consejo Universitario, cuya encomienda había reposado en manos de los doctores De Maekelt, Sosa Gómez, Mármol y Leu, permitieron la fundación del primer instituto de investigación adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, bajo la guía de la doctora María Gracia Morais, quien se ganó a pulso durante su gestión el reconocimiento como artífice de la nueva fundación del ahora Instituto.

IX

La Dra. Morais se acogió al beneficio de la jubilación a finales del año 2009, con lo cual se le puso fin a su fructífero período de 17 años como directora. La batuta de la dirección del IJ debía entonces cambiar de manos. La selección realizada por las autoridades de la Universidad estuvo cargada, con o sin quererlo, de un simbolismo que dejaba clara la importancia del Instituto de Investigaciones Jurídicas y la complejidad de la determinación de un sucesor después de casi dos décadas.

El doctor Jesús María Casal egresó como abogado con mención de honor *summa cum laude* de la Universidad Católica Andrés Bello en 1988. Tan solo diez años después, el R.P. Luis Ugalde, S.J. resolvió proponerle ante los Consejos de Facultad y Universitario como decano de la misma facultad de la que egresó, con lo cual, el Dr. Casal tiene el honor de ser el decano más joven que ha ocupado la oficina en la historia de la Facultad de Derecho. El propio Casal declaró, en

89 Venezuela. Consejo Nacional de Universidades. Acuerdo n°074 de 6 de marzo de 2007, Caracas, publicado en Gaceta Oficial n°38.651 de 23 de marzo de 2007, pp. 353-534 (numeración continua).

90 Venezuela. Ministerio del Poder Popular para la Educación Superior. Resolución n°2.158 de 23 de marzo de 2007, Caracas, publicado en Gaceta Oficial n°38.651 de 23 de marzo de 2007, pp. 353-533.

ocasión de incorporarse como individuo de número en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, que: «[El decanato fue la] *tarea a la que me entregué con una pasión, tesón y determinación existencial que no he experimentado después con la misma intensidad en ningún otro oficio*»⁹¹.

Habían transcurrido doce años de su nombramiento original cuando surgió la vacante de la dirección del IJ, y su veteranía le hicieron el candidato ideal para cubrirla. Así las cosas, fue designado como director a inicios de 2010, e inició un período signado, de acuerdo con los protagonistas, con la recuperación de alianzas históricas y la amplificación de las líneas de trabajo del Instituto, apoyándose en los recursos que aportaba el nuevo director, manados de su experticia y una valiosa red de contactos que le permitió incluir, para proyectos concretos, a mentes excepcionales del respectivo campo de estudios.

El IJ contaba, para entonces, con un nutrido grupo de investigadores expertos en Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, algunos, como la profesora Carla Serrano, que formaba parte de la plantilla desde los tiempos de insipiencia de la LOPNNA y otros, como Carlos Trapani, quien se había incorporado hacia el final de la gestión de María Gracia Morais, con larga trayectoria en otra organización clave para esta tarea, los Centros Comunitarios de Aprendizaje (CE-CODAP). Ello fue motivo suficiente para que se retomara la relación crucial con UNICEF para ofrecer productos novedosos y pertinentes al contexto nacional.

El más insigne de estos proyectos fue, a no dudarlo, la concreción de la *Practiguía sobre actuación policial con niños, niñas y adolescentes*⁹², un insumo producido en el Instituto de Investigaciones Jurídicas para el Consejo General de Policía, adscrito al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia. Concretamente, esta guía se refirió a la garantía de buen trato, y estaba dirigida al personal policial de todo el país, al que se le brindaron herramientas socio jurídicas para abordar casos que tuvieran presencia de niños, niñas y adolescentes bien como víctimas, bien como presuntos implicados, bien como testigos. La experticia del equipo que había formado María Gracia Morais, bajo la guía y apoyo del doctor Casal, fue el recurso clave para que este producto emanara de la UCAB en una época políticamente compleja como aquella. La particularidad de esta investigación es que involucró dos de las líneas ya consolidadas, la de derechos de los niños, niñas y adolescentes, con Carla Serrano, Gloria Perdomo, Carlos

91 Jesús María Casal, *Discurso de incorporación como Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Sillón N°8*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2017, p. 24.

92 Consejo General de Policía. *Reglas mínimas de estandarización para los cuerpos policiales: 20. Garantía de buen trato. Practiguía sobre actuación policial con niños, niñas y adolescentes*, UNICEF-Consejo General de Policía, Caracas, 2012.

Trapani y María Gabriela Cuevas; y la de uso de la fuerza y seguridad pública, con el profesor Luis Gerardo Gabaldón.

Es relevante destacar que el director Casal se enfrentaba también a una transformación de la gestión académica, encuadrada en los retos globales y nacionales que enfrentaba la Universidad Católica, y que supo atender el rector R.P. Francisco José Virtuoso, S.J. quien pasó a ocupar tal cargo en 2010. En el IIJ, esto implicó un aumento significativo de la autonomía individual de cada investigador, con lo cual se explotaron las experiencias y experticias de forma más especializada, potenciando al Instituto como un conjunto de verdaderos *académicos* dedicados a pensar y estudiar al país y a la región para provecho de todos.

Esta gestión también tiene como aspecto neurálgico el que se hayan retomado relaciones con organizaciones externas a la Universidad que tenían, con el Centro –ahora Instituto– de Investigaciones Jurídicas, un vínculo de larga data. Es el caso, por un lado, de la Fundación Empresas Polar, que había sido la primera organización aliada, y del Banco Central de Venezuela, que también formó parte de los años fundacionales. Ambas organizaciones acudieron nuevamente a la Universidad para solicitar investigaciones de alto nivel, tal como lo habían hecho en el pasado, y el Instituto dirigido por el Dr. Casal cumpliría con creces las expectativas.

La relación con el Banco Central de Venezuela, en particular, permitió desarrollar una investigación con perfil multidisciplinario, referido a *Venezuela en el Mercosur*, de la cual resultaron informes que se remitieron a la dirección del Banco con el fin de suministrarles toda la información necesaria para afrontar los efectos de la integración socioeconómica. Además, el Instituto se valió de la experticia de sus miembros para ofrecer un componente formativo en este proyecto, dirigido al personal que trabajaba en el BCV, quienes recibieron un programa de formación diseñado y ejecutado por el IIJ en materia de procedimientos administrativos.

Como se destacó, una labor sumamente relevante de este tiempo consistió en la integración de académicos externos para proyectos de investigación concretos, que complementarían la plantilla ya curtida y especializada de investigadores permanentes. Concretamente, me refiero a la línea de investigación fundada en el año 2009, referida a la libertad económica. La obra insignia de esta línea es la recopilación publicada bajo el título *La libertad económica en Venezuela: Balance de una década (1999-2009)*⁹³, que integró estudios de una variedad de autores: Luis Alfonso Herrera Orellana, José Ignacio Hernández, Víctor Hernández-Mendible

93 Jesús María Casal y Jorge Luis Suárez (coordinadores), *La libertad económica en Venezuela: balance de una década (1999-2009)*, UCAB, Caracas, 2011.

y Abelardo Daza, todo bajo la coordinación de Jesús María Casal y Jorge Luis Suárez.

En la misma línea de investigación que dirigían los profesores Casal y Suárez, se publicaron también investigaciones específicas que referían a temas de máxima importancia para el contexto sociopolítico en el que se inscribieron. Es el caso de dos investigaciones: la primera, con la autoría del profesor Antonio Silva Aranguren y el profesor Gustavo Linares Benzo, se llamó *La expropiación en Venezuela*⁹⁴; y en el mismo ámbito del Derecho Público, los profesores Tomás Arias Castillo, Luis Alfonso Herrera Orellana y Juan Luis Modolell desarrollaron un estudio sobre *La libertad económica en el Decreto-Ley sobre Seguridad y Soberanía Agroalimentaria y en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios*⁹⁵.

El Derecho Constitucional, por su parte, retomó importancia durante este tiempo. El IIJ se integró, como organización, a la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, que había sido fundada en 1987 y que, para la fecha, estaba bajo la presidencia de Jesús María Casal. Esta relación entre la Asociación y el Instituto fue crucial para la organización del XI Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, celebrado en homenaje al gran maestro José Guillermo Andueza —a la sazón, presidente honorario de la AVDC—, que se llevó a cabo en las instalaciones de la UCAB el 29 y 30 de marzo de 2011, y que contó con más de cincuenta ponencias de invitados nacionales e internacionales. Esas ponencias serían recopiladas y publicadas en dos tomos con el título *Desafíos de la República en la Venezuela de Hoy*⁹⁶, cuya coordinación, así como la del Congreso, correspondió al Dr. Casal y a la profesora María Gabriela Cuevas.

El Instituto también aportó decididamente en el ámbito del Derecho Constitucional en Latinoamérica. Con el invaluable apoyo del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer, se organizaron las IV Jornadas Colombo-venezolanas de Justicia Constitucional en el año 2010 y las V Jornadas en el año 2013. En ambas ocasiones, acudieron a la Universidad Católica Andrés Bello expertos constitucionalistas de toda Venezuela y de Colombia, para inter-

94 Antonio Silva Aranguren y Gustavo Linares Benzo, *La expropiación en Venezuela*, UCAB, Caracas, 2011.

95 Jesús María Casal y Jorge Luis Suárez (coordinadores), *La libertad económica en el Decreto-Ley sobre Seguridad y Soberanía Agroalimentaria y en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios*, UCAB, Caracas, 2011.

96 Jesús María Casal y María Gabriela Cuevas, *Desafíos de la República en la Venezuela de hoy: memoria del XI Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, homenaje al Dr. José Guillermo Andueza*, Tomos I y II, UCAB, Caracas, 2012.

cambiar experiencias sobre la justicia constitucional, que ya entonces tomaba un protagonismo importante en las discusiones jurídicas y políticas de ambos países.

Esta iniciativa, que había nacido durante el tiempo del Dr. Casal en el decanato, encontró en el IIJ su casa durante este período de dirección, siendo estas las últimas ocasiones en las que se organizaron estas jornadas en Venezuela, para luego migrar a Colombia y, en la más reciente ocasión, ya convertidas en Jornadas Grancolombianas por la incorporación del Ecuador, realizadas de forma virtual en los últimos meses de las medidas restrictivas por la pandemia del COVID-19.

Ya hacia el final de este período, no puede dejar de reseñarse que la plantilla de investigadores permanentes se enriqueció con la incorporación del entonces jovencísimo investigador Jaiber Núñez, abogado egresado de la UCAB y novel profesor de Derecho Constitucional. Este *fichaje* coincidió con el cuadragésimo aniversario del Instituto en 2015, último año completo con Casal al frente de la dirección. Evidentemente, tan importante hito no pasó desapercibido, sino que se celebró con la organización de una jornada de divulgación el 1° de diciembre, presidida por el rector Virtuoso y con un discurso de orden por parte del Dr. Morles Hernández, en la que el personal investigador del IIJ presentó las más insignes líneas de investigación y los proyectos que estaban desarrollando para entonces⁹⁷.

El año 2016 iniciaba con la instalación de la IV Legislatura de la Asamblea Nacional, primera con una mayoría no afín al partido de gobierno. Como narra el propio Dr. Casal, su asistencia jurídico constitucional a la Mesa de la Unidad Democrática que databa de 2011, conllevó a que a instancia de la presidencia y con el acuerdo de la nueva mayoría, fuera designado como consultor jurídico del Poder Legislativo Nacional, cargo que pasaría a ocupar en enero de ese mismo año⁹⁸. Con ello, se puso fin a su etapa como director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, dejándolo tras de sí mejor de lo que lo había encontrado, con un equipo consolidado a la vez que renovado, con sus líneas tradicionales fortalecidas y con un novedoso perfil internacional que resaltó especialmente en el área de Derecho Público.

97 Comunicaciones UCAB, “Cuarenta años de investigaciones jurídicas”, *El Ucabista*, 2015. Disponible en: <https://elucabista.com/2015/12/02/cuarenta-anos-de-investigaciones-juridicas/>.

98 Jesús María Casal, *Asamblea Nacional: Contribuciones democráticas y obstáculos institucionales a la reinstitucionalización*, 2ª edición, abediciones-Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro-Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021, pp. 21-22.

El Instituto tuvo entonces una nueva dirección, aunque tan solo transitoria. El doctor Rafael Bernad Mainar ocupaba, desde 2008, un lugar como investigador permanente en el IIJ. Nacido en España, el doctor Bernad Mainar se educó como abogado y doctor en Derecho en la Universidad de Zaragoza, donde inició su tránsito como académico de Derecho Privado⁹⁹. En la UCAB, aparte de una prolífica producción desde el IIJ, que incluyó su *Manual de Historia del Derecho*¹⁰⁰, *Aproximación histórica al estudio del Derecho Internacional Privado*¹⁰¹ y *Derecho civil patrimonial: obligaciones*¹⁰², fue profesor y jefe de cátedra de Historia del Derecho, Derecho Romano y Derecho Civil.

Durante sus meses encargado en la dirección del Instituto, el doctor Bernad impulsó una iniciativa de particular relevancia. En el mundo globalizado que se instaló desde finales de la década de los 90, la relevancia del derecho internacional y del derecho comparado se hizo aún más patente, y la investigación jurídica de vanguardia no podía ignorar esa dimensión del conocimiento. Pero, además, el IIJ tenía otra excusa para adentrarse en el derecho comparado, y es que había nacido de la mano de una de las más destacadas expertas en derecho internacional privado y derecho comparado de toda América Latina.

Así, bajo el amparo del reglamento que le habilita a organizarse «[...] internamente en núcleos, departamentos o secciones»¹⁰³, se creó el Departamento de Derecho Comparado Tatiana De Maekelt el 9 de mayo de 2016¹⁰⁴, con la intención de desarrollar a profundidad el estudio, investigación y docencia del derecho comparado. Con miras, particularmente, a la exitosa experiencia de integración del derecho europeo, este departamento pretendía integrarse en la ini-

99 Una reseña curricular del profesor Bernad puede encontrarse en: “Rafael Bernad Mainar”, *Universidad San Jorge*, Zaragoza. Disponible en: <https://www.usj.es/conocenos/facultades-escuelas/facultad-comunicacion-ciencias-sociales/claustrro/bernad-mainar-rafael>.

100 Rafael Bernad Mainar, *Manual de Historia del Derecho*, 2a edición, UCAB, Caracas, 2012.

101 Rafael Bernad Mainar, *Aproximación histórica al estudio del Derecho Internacional Privado*, 2a edición, UCAB, Caracas, 2012.

102 Rafael Bernad Mainar, *Derecho civil patrimonial: obligaciones*, Tomos I al IV, UCAB, Caracas, 2015.

103 Universidad Católica Andrés Bello. Consejo Universitario, *Reglamento del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, artículo 4º, párrafo único.

104 Comunicaciones UCAB, “Derecho comparado: la mira en la globalización”, *El Ucabista*, 2016. Disponible en: <https://elucabista.com/2016/05/17/derecho-comparado-la-mira-en-la-globalizacion/>.

ciativa *Acciones Jean Monet*¹⁰⁵ cuya finalidad es promover el estudio del derecho de la Unión Europea y la comparación de los ordenamientos jurídicos pensando en la construcción de un derecho común, no solo en el viejo continente, sino en todo el mundo.

Iniciando el año académico 2016-2017, se eligió como director en propiedad al doctor Miguel Mónaco. Egresado ucabista, cuando estudiante había ejercido en más de una ocasión como representante estudiantil, para luego formarse con títulos de especialización, maestría y doctorado en la UCAB, Temple University y la Universidad Central de Venezuela, respectivamente. Siempre vinculado como profesor, venía de ejercer, durante el año anterior, el decanato de la Facultad de Derecho.

Mónaco no solo era el segundo decano en ocupar la dirección del Instituto, sino que era el segundo de los miembros del grupo de asistentes al seminario sobre *nuevos paradigmas de la investigación jurídica* de 1992, que ejercía como director, ambas circunstancias, curiosamente, las compartía con su antecesor Jesús María Casal. Este dato resalta la relevancia del Instituto de Investigaciones Jurídicas para la Facultad de Derecho y para la universidad en general, pero también destaca el rol eminente que tuvo la Dra. Morais y su particular modo de aproximarse a la investigación jurídica, del cual podemos afirmar que inspiró al menos a dos de los directores que la sucedieron en el cargo.

Esta gestión debió enfrentar los años de más dura crisis nacional, tanto política como económica. Especialmente frente a la desinstitucionalización y la perversión del ordenamiento jurídico, el IJ se pronunció en múltiples oportunidades, poniendo a la orden del país la experticia de sus investigadores con el objeto de restituir el Estado de Derecho. El ejemplo más paradigmático de esto es la participación en la plataforma impulsada por la UCAB y otras organizaciones afines a la Iglesia Católica *Reto País*¹⁰⁶, dentro de la cual todos los centros e institutos de investigación tomaron parte para construir el horizonte común que se proyectaba desde este espacio.

La participación del Instituto, tal como venía siendo tendencia, reflejó las líneas de investigación insignia, todas las cuales tenían al menos un investigador referente. El director Mónaco inició una investigación que sería transversal a su gestión, en materia de justicia transicional como mecanismo para dar solución

105 Véase: Unión Europea, “Acciones Jean Monet: un estímulo a la enseñanza y la investigación sobre la Unión Europea”, *Erasmus+*. Disponible en: <https://erasmus-plus.ec.europa.eu/es/opportunities/opportunities-for-organisations/jean-monnet-actions>.

106 Véase: Reto País, “¿Qué es Reto País?”, Reto País. Disponible en: <https://retopaisvenezuela.org/>.

a la crisis; por su parte, Luis Gerardo Gabaldón y Carla Serrano estudiaron la violencia interpersonal juvenil y; María Gabriela Cuevas, por último, estudió el fenómeno de la trata de personas de niños, niñas y adolescentes tanto en Caracas como en el estado Bolívar¹⁰⁷.

Iniciativas como el Reto País sirvieron como excusa para otro de los grandes tintes de la dirección de Mónaco, que fue la articulación con los demás centros de investigación de la Facultad de Derecho. Durante estos años, el Instituto participó de investigaciones conjuntas con el Centro de Derechos Humanos y el Centro de Estudios Políticos y de Gobierno, especialmente en materias relacionadas con la institucionalidad democrática y la construcción de condiciones para una transición política que no obviara las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. Dicha obra fue publicada bajo el título *Una propuesta de justicia transicional para Venezuela*¹⁰⁸.

Otro aspecto destacado de esta gestión es el acompañamiento directo de la *Revista de la Facultad de Derecho*, publicación periódica fundada en 1965 —diez años antes de la fundación del IIJ— cuyo objeto es la divulgación de la investigación científica producida por estudiantes, profesores y egresados de la UCAB, así como de personas externas a la universidad. Si bien el vínculo entre el Instituto y la Revista siempre había existido, puesto que los investigadores tomaban parte tanto del consejo editorial como siendo autores de artículos, la Revista seguía siendo un órgano de divulgación en mayor medida independiente, bajo las direcciones de Fernando Parra Aranguren, Alberto Baumeister y Ninoska Rodríguez.

En el año 2017, el Consejo de Facultad de Derecho designó como director de la Revista al doctor José Ignacio Hernández y como subdirector —cumpliendo funciones de editor también— al profesor Jaiber Núñez, ambos investigadores del Instituto para entonces quienes comenzaron a cumplir sus funciones a partir de la edición 71 de la Revista. Desde entonces, bajo el amparo del Instituto se han publicado siete números de la Revista, a razón de uno por año, honrando la frecuencia anual decidida por el consejo editorial. El hecho de que tantos años después, convergieran los caminos del IIJ y de la Revista de la Facultad de Derecho no es un dato menor, sino uno que nos permite destacar la profesionalización de la investigación en la Universidad, y el rol central que tiene el Instituto de Investigaciones Jurídicas en ese proceso, aún inacabado.

107 Comunicaciones UCAB, “La UCAB presentó 17 investigaciones para Reto País”, *El Ucabista*, 2019. Disponible en: <https://elucabista.com/2019/11/29/la-ucab-presento-17-investigaciones-para-reto-pais/>.

108 Miguel Mónaco y Eduardo Trujillo (coordinadores), *Una propuesta de justicia transicional para Venezuela*, UCAB, Caracas, 2022.

La profesionalización también se manifestó en las incorporaciones de tres destacados profesores como parte del personal investigador. Dos de ellos, miembros del Consejo de Facultad de Derecho, fueron los profesores José Valentín González y César Carballo, expertos en derecho administrativo y del trabajo, respectivamente. El último, con merecida mención aparte, fue el profesor Tulio Álvarez, antiguo asistente de investigación del Instituto durante la dirección de la doctora Sosa, quien ahora volvía ya como profesor titular tanto en la UCAB como en la UCV, y un renombrado autor a nivel nacional e internacional, lo cual justificaba sobradamente su integración en la plantilla de investigadores por esos años. También se integró al equipo del Instituto en esta gestión Walter Jiménez, quien ahora acompaña a Douglas Gutiérrez en la dupla del personal administrativo que desde hace ya casi 10 años apoya indefectiblemente la gestión del IIJ.

La reincorporación del profesor Álvarez no fue la única evocación que, sin así pretenderlo, se llevó a cabo en la gestión del doctor Mónaco. La otra, acaso más significativa, se relacionó con uno de los profesores que habían formado parte de los años fundacionales, el profesor Allan Brewer-Carías. No es exagerado decir que el profesor Brewer-Carías es una de las más —sino la más— prolíficas mentes del derecho público en Iberoamérica, y testimonio de ello es su vastísima obra escrita, parte de la cual había quedado en físico en su despacho tras la salida forzosa del país a la que se vio sometido a inicios del siglo XXI y que luego sería complementada por obras que terminaron acompañándolo en su residencia de Nueva York. De acuerdo con el propio testimonio de uno de sus hijos, la acumulación de este archivo se convirtió en un asunto a atender al pedir su madre que colaboraran en vaciar el apartamento «para que [hubiera] tiempo de que volviera a llenarse»¹⁰⁹, cosa que pasaría prontamente, dado el ritmo y disciplina de trabajo del Dr. Brewer-Carías.

Así, la familia Brewer, conjunto a amigos cercanos que, a su vez, son destacados profesores de la UCAB —nos referimos concretamente a Carlos Ayala y Gerardo Fernández—, decidieron que el destino idóneo para los más de mil quinientos volúmenes que componían hasta entonces la obra escrita y física del doctor Brewer-Carías, sería la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, y en particular, su Instituto de Investigaciones Jurídicas. De esta forma, la sede del IIJ, que había estado prácticamente inalterada desde su inauguración adecuó su antigua sala de archivo para convertirla en la *Biblioteca Jurídica Allan Brewer-Carías*, en la que no solo se dispusieron los libros, revistas y folletos, sino que se replicó el espacio desde el cual habían surgido tantas obras, habiendo

109 Fundación Universitas, “Biblioteca Allan Brewer-Carías de la UCAB”, emitido en 2021. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=fWAK_Ov6QCg&ab_channel=Universitas.

incluido la donación el mobiliario del despacho. En el acto de inauguración y sentido homenaje, realizado el 23 de marzo de 2021, el autor y donante destacó:

Hay un sentimiento de alegría que mitiga todas las tristezas. Con esta donación se supera la angustia de que tenía que mi obra se hubiera dispersado o perdido y que, además, la disipación de esa duda haya sido vivencia personal. Sé que la obra está segura y que esté en la Universidad Católica permite que sigamos completándola allí¹¹⁰.

De modo que el período de dirección del doctor Mónaco no se quedó en la esperada resiliencia, que se habría satisfecho con simplemente resistir los embates de la crisis múltiple que aquejaba a todo el país y a la Universidad. De forma absolutamente extraordinaria, esa idea no basta para describir esa gestión, porque frente a los años más difíciles, el Instituto supo ampliar su equipo de investigadores con grandes expertos, vincularse con la Revista de la Facultad y los demás centros de investigación para producir resultados pertinentes a la realidad nacional y global, y convertirse en la casa de una de las bibliotecas jurídicas de mayor calidad en toda la región.

XI

En marzo de 2020 se declaró en Venezuela la emergencia por la crisis mundial producto de la pandemia por el virus COVID-19. La medida más emblemática que trajo esta situación fue una prolongada cuarentena estricta, por la cual el campus de la UCAB, así como otros espacios en todo el mundo, se vaciaron de presencia física. Esto no impidió que la universidad siguiera funcionando, ahora tomando vida a través de pantallas y conexión a internet, una realidad que se prolongó por más de un año. En medio de este angustiante acontecimiento mundial, regresó al decanato el doctor Jesús María Casal, para un nuevo período iniciando en abril de 2021.

La primera lección inaugural del nuevo decanato, ocurrida en noviembre del mismo año, constituyó el primer evento presencial a gran escala de la Facultad desde el inicio de la pandemia. Se eligió como encargado de dictar dicha lección al profesor César Carballo¹¹¹, quien para entonces fungía como investigador del IIJ y jefe del Departamento de Derecho Social de la Escuela de Derecho con sede en Caracas. En el mismo evento, el decano Casal anunció que el doctor Carballo

110 Ídem.

111 Una grabación de este evento publicada por la Escuela de Derecho de la UCAB bajo el título “Lección Inaugural Facultad de Derecho para el período académico 2021–2022” puede encontrarse en el siguiente enlace: https://www.youtube.com/watch?v=zmexYK9jgDc&t=2281s&ab_channel=DerechoUCAB.

se iniciaría en la dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas, sucediendo al doctor Miguel Mónaco.

El doctor Carballo egresó en tres oportunidades de la UCAB, con título de pregrado, especialización en Derecho del Trabajo y doctorado *summa cum laude*. Además de ser profesor de su área tanto en pregrado como en postgrado, entre 1996 y 1997 fue director de la Escuela de Derecho, de modo que su nombramiento como director del IIJ sería su segunda experiencia —sin lugar a duda distinta a la anterior— ocupando un puesto de autoridad en la Universidad Católica Andrés Bello. A pesar de que la asunción a la dirección del Dr. Carballo podría ser interpretada como un producto del azar y el encadenamiento de varias circunstancias inconexas, es más justo atribuirlo a un hecho que el profesor de Derecho del Trabajo refirió en una ocasión, cuando destacó que «tuvo el tino o la suerte de hacer de esta universidad su lugar en el mundo»¹¹².

Con su llegada, el nuevo director definió algunos objetivos cruciales de lo que sería su gestión:

Facilitar a los investigadores el desempeño de sus actividades; de la mano con el decanato y las escuelas, promover la investigación entre los estudiantes de la Facultad y, ojalá, organizar un semillero de investigadores; seguir estrechando la interacción con los estudios de postgrado, de modo que el Instituto ofrezca apoyo a las investigaciones desarrolladas por los estudiantes y, al mismo tiempo, se nutra con las tesis producidas; intensificar la publicación de investigaciones y su divulgación mediante conferencias, así como las alianzas con centros e institutos análogos, dentro y fuera del país; y en una próxima etapa, ensamblar, desde la multidisciplinariedad, un instrumento, ajustable en el tiempo, que permita medir índices relevantes en materia jurídica, tales como eficiencia de mecanismos judiciales, administrativos o alternativos de solución de conflictos, diálogo social, seguridad jurídica, [entre otros]¹¹³.

Esta hoja de ruta ha encontrado, durante estos años, efectiva ejecución en el corazón de un Instituto que arriba ya a cincuenta años de existencia, y que, por la misma razón, ha adquirido un *modo de ser* que le es propio y natural, signado por una gran independencia de los investigadores y la gran amplitud de actividades que ello conlleva. La investigación producida desde este espacio, así, refleja una

112 César Carballo, “Discurso de orden pronunciado en el acto de conferimiento del doctorado *honoris causa* en Derecho al profesor emérito Alfredo Morles Hernández”, *Doctorado honoris causa a Alfredo Morles Hernández*, abediciones, Caracas, 2017, p. 11.

113 Comunicaciones UCAB, “Nuevo director del IIJ UCAB impulsará investigaciones sobre Derecho del Trabajo y Diálogo Social”, *El Ucabista*, 2021. Disponible en: <https://elucabista.com/2021/11/22/nuevo-director-del-iij-ucab-impulsara-investigaciones-sobre-derecho-del-trabajo-y-dialogo-social/>.

variedad de perfiles y experiencias, lo que además ha permitido que las líneas de investigación tradicionales se sigan fortaleciendo año a año con producción científica, mientras que se incorporan otras novedosas, como la línea de investigación sobre diálogo social. No debe entenderse, sin embargo, que esta independencia implica desconexión, puesto que las actividades del IIJ siguen dirigidas a cumplir sus objetivos reglamentarios y sus investigadores y personal administrativo siguen siendo, por sobre todas las cosas, un equipo.

A día de hoy, el Instituto cuenta con los señores Douglas Gutiérrez y Walter Jiménez como personal administrativo, que acompañan a los investigadores Luis Gerardo Gabaldón, y su línea de investigación sobre violencia social y uso de la fuerza; María Gabriela Cuevas y Carlos Trapani, herederos de la línea sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes; Miguel Mónaco, Jaiber Núñez y Juan Berrios, en la línea de derecho público; Tulio Álvarez, quien principalmente se desempeña como investigador de historia y filosofía del Derecho y; César Carballo y Anselmo Coelho, en la línea de diálogo social y derecho del trabajo. También merecen mención los investigadores asociados, el profesor Rafael Badell Madrid y el profesor Salvador Yannuzzi, ambos desarrollando proyectos de investigación concretos sobre áreas de interés jurídico particular.

Entre las primeras acciones de la dirección del Dr. Carballo fue asumir la publicación de una obra colectiva que vio la luz en julio de 2022, y que consistió en una mirada multidisciplinaria y crítica al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, que arribó ese mismo año a una década de existencia¹¹⁴. Al siguiente año, y de nueva cuenta con una mirada interdisciplinaria —en este caso, acompañándose de los profesores Luis Lauriño y Luisa Angelucci—, el Instituto publicó *Diálogo social en Venezuela*¹¹⁵. Estas obras no solo cimentaron la línea de investigación sobre el área que se había habilitado con la llegada del nuevo director, sino que perfilaron una tendencia de acercamiento entre centros de investigación, ya no solo dentro de la Facultad de Derecho, sino más allá de ella.

Esto no implicó que se abandonara la investigación transversal dentro de la Facultad, cuyo producto insignia fue el *Diagnóstico sobre Acceso a la Justicia en Venezuela*¹¹⁶, con un nutrido equipo investigador de los Centros de Derechos

114 Autores Varios, *Decreto Ley Orgánica del Trabajo Balance de un decenio*, abediciones, Caracas, 2022.

115 César Carballo y Luis Lauriño, *Diálogo social en Venezuela, presupuestos | inclusividad | eficacia*, abediciones, Caracas, 2023.

116 Autores Varios, *Diagnóstico sobre el acceso a la justicia en Venezuela. Experiencias en Caracas y Guayana*, UCAB, Caracas, 2023. Disponible en: <https://elucabista.com/wp-content/uploads/2023/01/Diagnostico-sobre-acceso-a-la-justicia..pdf>.

Humanos y Clínica Jurídica y del Instituto de Investigaciones Jurídicas —en concreto, los profesores Carla Serrano, María Gabriela Cuevas y Juan Berríos— bajo la coordinación del decano Casal, razón que además permitió la integración al equipo de investigadores de la sede Guayana, que fueron esenciales para el proceso.

La línea de investigación desarrollada por el profesor Badell Madrid versó sobre el diferendo entre Venezuela y Guyana sobre el territorio Esequibo, y en el primer semestre de 2024, el mismo presentó la obra que resultaba de dicha investigación: *Corte Internacional de Justicia. Caso 171: Guayana vs. Venezuela*¹¹⁷, en el cual expone los aspectos procesales y sustanciales de esta controversia territorial, cuya pertinencia ni siquiera hace falta enfatizar, pues representa una de las grandes causas nacionales de nuestro tiempo. El hecho de que el actual presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales —entonces primer vicepresidente de la corporación— haya escogido exponer estas ideas cruciales acompañado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas deja clara la posición privilegiada de esta palestra en el foro nacional, pero también evidencia que el vínculo que se trabó cuando el profesor Badell transitó como asistente de investigación no se deshizo con el tiempo, porque años más tarde volvió a la casa que lo recibió de brazos abiertos.

Ese mismo año, por la iniciativa del profesor Luis Queremel en nombre de las familias Queremel Franco y Queremel Milani, el Instituto inauguró la Sala Tecnológica Dr. Raúl Queremel Castro —abogado, gremialista y juez de gran trayectoria— en lo que había sido hasta entonces su salón de clases. Esta sala se convirtió en la primera de su estilo regentada por la Facultad de Derecho, lo cual ha sido aprovechado en gran medida, principalmente para la docencia, puesto que se ha convertido en un aula idónea para que destacados profesores que dictan clases desde dentro y fuera del país puedan seguir formando a jóvenes ucabistas, pero también —y si se quiere, más aún— porque se le ha dado un extenso uso para eventos especiales, entre ellos conferencias y jornadas, las cuales han servido para reunir a la comunidad ucabista. No es exagerado decir que la *Sala Queremel* como se refieren a ella estudiantes y profesores, ha revitalizado al Instituto, y ha sido crucial para que estudiantes y profesores conecten con él, lo que funge de primera piedra en una relación más prolongada de fomento a la investigación.

Quiso el destino que el último año del periodo del director Carballo fuera el año del cincuentenario del IIJ, y así como lo hicieran los directores Morais y Casal en el trigésimo y cuadragésimo año, la principal actividad de la dirección

117 Rafael Badell Madrid, *Corte Internacional de Justicia, caso 171: Guayana vs. Venezuela*, abediciones, Caracas, 2024.

no podía ser otra que la de orquestar la celebración por la existencia del Instituto. Puesto que celebrar medio siglo de aportes al Derecho y al país no es cosa de un solo día, se adoptó —informalmente, vale decir— la idea del *año jubilar*. Todo evento, desde enero hasta diciembre, constituiría una celebración y rememoración de la fructuosa existencia del IIJ, y se prepararon actividades especiales para conmemorar este hito inigualable hasta ahora en la Facultad de Derecho.

El evento de mayor envergadura fue el *Congreso Cincuentenario*, realizado entre el 7 y el 9 de mayo en los espacios del campus Montalbán. Al comparar este evento con el primero realizado por el Instituto, se hace patente aquello de que *el tiempo es tirano*, y el transcurso de cincuenta años de existencia no pasa en vano. Un congreso que podría definirse *híbrido* en todo aspecto no podía haberse siquiera imaginado en los años fundacionales, pero se hizo realidad en 2025, con muy valiosos resultados. En un programa que combinaba actividades presenciales —aunque con transmisión en directo— y actividades en línea, con ponentes nacionales e internacionales, el espíritu del IIJ estuvo presente en todo detalle.

Todos los exdirectores que aún viven participaron activamente, la profesora Morais como conferencista inaugural, los profesores Mónaco, Sosa y Casal en sendos paneles temáticos, y el profesor Bernad en una conferencia posterior. Cada una de las líneas de investigación que nutren la historia del Instituto se manifestó en paneles temáticos o diálogos virtuales: derecho constitucional, derecho público, derecho del trabajo, derechos de los niños, niñas y adolescentes e historia y filosofía del derecho. También sirvieron estos espacios para seguir fortaleciendo alianzas con centros hermanos, como el Centro de Derechos Humanos y el Centro de Estudios Regionales; y para presentar rostros de noveles y próximos investigadores, como la abogada Roselis Díaz y los estudiantes Alejandro Bauza y Horianá Gómez. Como colofón, basta con destacar que, si bien el congreso distó mucho de aquellas jornadas de derecho internacional que iniciaron las actividades del Instituto, permitió enaltecer lo que ya entonces lo convertía en lo que es.

Pero como para un centro de investigación no basta con la actitud contemplativa y celebratoria del pasado, también ha sido este año propicio para seguir pensando en generar más y mejor investigación. Con ese objetivo en mente, se fundó también, a principios de año, el Departamento de Diálogo Social Osvaldo Mantero de San Vicente. Este departamento es el segundo de su naturaleza en el IIJ, y del mismo modo, tiene por objeto un tema de crucial importancia para la actualidad global, y honra a una de las personas que hizo de su vida el Instituto. Compuesto por una coordinación, una secretaría y un comité académico —que está colmado de expertos nacionales e internacionales—, es una manifestación

de la visión de futuro y disposición a construir un mundo más justo y solidario que sigue teniendo el Instituto, aún después de cincuenta años¹¹⁸.

XII

Si bien nos hemos paseado por la historia del Instituto de Investigaciones Jurídicas en las secciones anteriores, esta tiene una significación especial, por referirse a dos iniciativas que trascienden un período histórico concreto, y que, a nuestro juicio, encarnan los más puros y significativos esfuerzos del IJ, son estas dos ideas las que, frente a un irremediable evento apocalíptico, servirían de pilar fundamental para reconstruir desde los cimientos. En síntesis, son el mecenazgo especial que refería el padre Reyna en su discurso fundacional de la UCAB, dígase, el código genético de lo que *es* y *debe ser* el Instituto.

En primer lugar, la serie de *Cuadernos Docentes* —cuyo surgimiento hemos referido antes—, que representa un aporte sinigual por parte del Instituto de Investigaciones Jurídicas a la doctrina nacional, con una perspectiva muy clara que delineó la Dra. Sosa cuando dirigió el entonces Centro y que recogió luego la Dra. Morais:

*[...] aspiramos a que estas publicaciones seriadas [...] constituyan un material docente fundamental, que inicie a los estudiantes en la lectura de monografías jurídicas de alto valor científico y los libere, aunque sea en parte, de la utilización de apuntes y manuales*¹¹⁹.

Gratamente se puede decir que no erraron quienes anidaron esta idea y quienes la apoyaron decididamente tanto dentro como fuera de la Universidad. Esa concepción explica en buena medida que el autor inaugural que buscó el Centro de Investigaciones Jurídicas fuera el eminente jurista y, sobre todo, eminente profesor, Dr. José Guillermo Andueza. Con base en su experticia en derecho público, y especialmente derecho constitucional, se le solicitó que la monografía que preparase versara sobre un tema hasta entonces inexplorado por la doctrina nacional, y que además era crucial para los estudiantes que se adentraran al estudio de la organización del poder público en el país. La obra titulada *La Función*

118 El primer evento organizado por el Departamento de Diálogo Social, denominado “La construcción del diálogo social en América Latina” se llevó a cabo el 26 de junio de 2025, y una grabación del mismo puede consultarse en el canal de la Facultad de Derecho de la UCAB. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=fEkWghP88_4&ab_channel=DerechoUCAB.

119 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: María Gracia Morais, *Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas...*, ob. cit., p. 15.

*Constitucional de los Ministros*¹²⁰ vio la luz en 1989, dos años después del inicio del proyecto.

Paralelamente, se solicitó a otro profesor de máximo calibre —y también maestro de cátedras que se dictaban en el primer año del programa de estudios— la preparación de dos monografías. Nos referimos al profesor José Rafael Hernández, quien publicó el segundo y tercer cuaderno docente, respectivamente *Temas de Introducción al Derecho: Parte 1*¹²¹ y *Parte 2*¹²². La obra de Hernández sería complementada cuatro años después con el quinto cuaderno, *Temas de Introducción al Derecho. Parte 3*¹²³, publicado en 1993. No es baladí decir que el Centro de Investigaciones Jurídicas tuvo un papel en las dos obras fundamentales sobre teoría general del Derecho con origen en la UCAB, tanto la magna obra del R.P. Olaso como la Introducción de “La Chiva” Hernández.

El cuarto cuaderno docente fue preparado por el profesor Tarsicio Jáñez y se tituló *El Trabajo de Investigación en Derecho. Una Orientación Metodológica*¹²⁴. Cualquier cursante de estudios de postgrado de la Facultad de Derecho de la UCAB por entonces podría confirmar con vehemencia la utilidad de esta obra. Frente a una realidad en la que la metodología de las ciencias sociales o de las humanidades era la única referencia para quienes preparaban sus trabajos de grado, el profesor Jáñez ofreció una guía *paso a paso* y colmada de ejemplos, a través de la cual una idea muy poco definida resultaba en un trabajo de investigación metodológicamente adecuado.

Luego de un prolongado hiato, la serie de cuadernos se retomó en 2005, con un enfoque específico en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes que por entonces era la principal área de incidencia del IJ. Correspondió a Cristóbal Cornieles la preparación y publicación del sexto cuaderno bajo el nombre *Consejos y Consejeros de Protección del Niño y del Adolescente*¹²⁵. Al año siguiente, vieron la luz los dos siguientes —y hasta ahora últimos— cuadernos: el sexto, cuya

120 José Guillermo Andueza, *La función constitucional de los ministros*, UCAB-Fundación Polar, Caracas, 1989.

121 José Rafael Hernández, *Temas de introducción al Derecho: Parte 1*, UCAB-Fundación Polar, Caracas, 1989.

122 José Rafael Hernández, *Temas de introducción al Derecho: Parte 2*, UCAB-Fundación Polar, Caracas, 1989.

123 José Rafael Hernández, *Temas de introducción al Derecho: Parte 3*, UCAB-Fundación Polar, Caracas, 1993.

124 Tarsicio Jáñez, *El trabajo de investigación en derecho: una orientación metodológica*, UCAB-Fundación Polar, Caracas, 1992.

125 Cristóbal Cornieles, *Consejos y consejeros de protección del niño y del adolescente*, UCAB, Caracas, 2005.

autoría correspondió a la profesora Delia Martínez, llamado *Programas socioeducativos. Oportunidades para adolescentes en conflicto con la ley penal*¹²⁶ y el séptimo, también presentado por el profesor Corneiles, se tituló *Régimen jurídico especial de los Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores*¹²⁷.

Aunque la realidad nacional dificultó, en lo sucesivo, que la serie de Cuadernos Docentes siguiera complementándose con monografías de altísima calidad para ser consumidas por estudiantes y profesionales, no puede interpretarse como el fin de dicho proyecto. Basta con que se produzca —o más bien, con construir— el contexto propicio para que este aporte del Instituto de Investigaciones Jurídicas se amplíe con próximos cuadernos, cosa que esperamos pueda ocurrir prontamente.

Pero si de iniciativas diseñadas para estudiantes hablamos, es menester encumbrar al *Concurso de Investigación Jurídica*. No puede entenderse la historia del Instituto sin el Concurso, o más propiamente, no puede entenderse al Instituto sin el Concurso. Concebido como «una estrategia para formar investigadores y entrenar estudiantes de la Facultad en las tareas de investigación»¹²⁸, su primera edición se convocó tan pronto como entró en funcionamiento el Centro de Investigaciones Jurídicas, en el año 1977. Desde entonces, ha tenido la particularidad de convocarse cada año, casi ininterrumpidamente, de modo que es, a no dudarlo, la actividad insignia de investigación jurídica para estudiantes de la Facultad.

El Concurso ha mutado en su forma múltiples veces, siempre procurando que la actividad se convierta en un laboratorio de éxitos y que los productos que de él emanen tengan alta calidad académica. En algunas ocasiones, se optó por crear categorías que permitieran premiar a estudiantes que viven distintas etapas de su vida universitaria. Presentar una lista de los trabajos ganadores no es el objeto de este recuento, pero basta con consultar sus evidencias en el archivo del Instituto para notar con grata sorpresa que muchos de los nombres que merecieron reconocimiento se convirtieron luego en destacadísimos profesionales y, algunos de ellos, excelentes profesores de la Universidad Católica Andrés Bello.

Si bien tenemos certeza de que se convocó ininterrumpidamente entre 1977 y 2009, gracias a los informes presentados por la Dra. Morais anualmente al Consejo de Facultad, que reposan en físico en el archivo del Instituto, luego de esa fe-

126 Delia Martínez, *Programas socioeducativos: oportunidades para adolescentes en conflictos con la ley penal*, UCAB, Caracas, 2006.

127 Cristóbal Corneiles, *Régimen jurídico especial de los niños, niñas y adolescentes trabajadores*, UCAB, Caracas, 2006.

128 Consultado del archivo documental del Instituto de Investigaciones Jurídicas: María Gracia Morais, *Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas...*, ob. cit., p. 10.

cha no podemos afirmar con claridad en qué año se interrumpió la convocatoria. Lo que sí podemos confirmar es que, al menos entre los años 2018 y 2022 no se llevó a cabo ninguna edición del *Concurso de Investigación Jurídica*. Esta anomalía histórica se corrigió en el año 2023, bajo la dirección del Dr. Carballo, cuando los representantes estudiantiles ante el Consejo de Facultad de Derecho¹²⁹ propusieron la reactivación de esta tradicional actividad. Entonces, la iniciativa se convirtió en una compartida entre la representación estudiantil ante el Consejo de Facultad y el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Los estudiantes, así, no solo son objeto del concurso, sino sujetos protagónicos en su configuración y puesta en marcha cada año.

El apoyo del profesor Luis Queremel fue crucial para materializar esa intención, y por ese motivo, desde entonces el Concurso de Investigación Jurídica se convoca en honor a su padre, el Dr. Raúl Queremel Castro, mismo que da nombre a la Sala Tecnológica del Instituto —de hecho, cabe añadir que la primera actividad realizada en este espacio fue, precisamente, la presentación y premiación de los trabajos de investigación de la edición 2024 del Concurso—. Esa primera edición luego de la reactivación atrajo a un importante número de estudiantes que presentaron trabajos sobre una serie de temas de máxima relevancia nacional y global, razón por la cual los miembros del jurado, profesores Humberto Villasmil, Gerardo Fernández y María Lidia Álvarez, decidieron adjudicar la mención publicación a los seis trabajos presentados, lo que se concretó cuando fueron integrados en la Revista de la Facultad de Derecho¹³⁰.

La edición 2025 del Concurso, coordinada de nuevo conjunto a los representantes estudiantiles¹³¹ y en honor al Dr. Queremel Castro, que además también fue el gran acto de cierre del Congreso Cincuentenario, incluyó la presentación de ocho trabajos de estudiantes, nuevamente haciendo gala de la altísima proyección de investigadores que propugna el Instituto, y cumpliendo con el objeto de crear conciencia en estudiantes sobre la relevancia de la investigación jurídica para su futuro profesional y personal. Heredando el formato que se fraguó el año anterior, el jurado que en esta ocasión conformaron los profesores Andrés Carrasquero, Aiskel Andrade y Magaly Vásquez, premiaron a cuatro de los trabajos presentados, incluyendo, por supuesto, la publicación de los mismos en la Revista de la Facultad.

129 Nos referimos a los hoy abogados Teresa Raymond y Daniel Yáñez, quienes ocuparon dichos cargos en el período 2023-2024.

130 Los trabajos pueden consultarse en: *Revista de la Facultad de Derecho*, n°77, UCAB, Caracas, 2024.

131 En esta ocasión, los titulares de dicho cargo para el período 2024-2025, Alejandro Bauza y Horianá Gómez.

Desde que se llamaba aún Centro, sin sede y sin más personal que su directora Tatiana de Maekelt, hasta ahora, convertido ya en Instituto, con instalaciones de punta y una plantilla de investigadores nutrida, ha sido el Concurso la estrategia más exitosa de nuestra historia, no solo para hacer visible al IIJ en sí mismo, sino para formar a nuevos investigadores. De las muchas bondades que pueden adjudicarse a esta idea que se acerca a su quincuagésimo aniversario, destacamos el hecho de que entonces y ahora, ha comprometido a jóvenes a explorar el camino de la investigación, y ha permitido que sea esta casa la que los acompañe en sus primeros pasos por este camino vital, lo que sin dudas representa el mayor éxito de su historia. Solo queda esperar —y seguir actuando para— que mientras haya un Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, siga habiendo un Concurso.

XIII

Al acercarme a la conclusión de este relato, viene a mi cabeza la frase de García Márquez «La vida no es la que uno vivió, sino la que uno recuerda y cómo la recuerda para contarla»¹³². Creo que llega, principalmente, como excusa. Excusa ante quien pudiera considerar que esta narración ha omitido groseramente un hecho o nombre de máxima relevancia. De así serlo, no debe atribuirse a mezquindad, sino a ignorancia. La composición de esta historia, hecha fundamentalmente a partir del acervo documental disponible, rescata lo que dicho archivo recoge.

Algunos testimonios de protagonistas fueron también esenciales, sobre todo cuando el archivo se volvía efímero, por dejar de existir físicamente y encontrarse alojado en los servidores electrónicos de sus titulares. De modo que acudo al título, para enfatizar que esta no es más que *una* historia del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, y que, como ella, habrá muchas otras, tantas como personas que atesoren algún recuerdo de sus espacios.

Agradezco al Dr. César Carballo por haberme permitido llevar a cabo esta entusiasta tarea de rudimentario historiador. Agradezco también a Alejandro Bauza su minuciosa revisión de este texto. Debo mi agradecimiento, también, a todos los directores del Instituto, quienes se ocuparon de construir un archivo que sirviera para reconstruir cincuenta años de vida y actividad.

A modo de simple colofón, basta con destacar que la misión que declaró el rector Plaza, y que encarnó el 1 de diciembre de 1975 en la creación de este Instituto, sigue vigente y, si bien se ha cumplido dedicadamente durante cinco décadas, es y será siempre tarea incompleta. Investigar e impulsar la investigación es cosa de cada día, es parte vital de la tarea de una Universidad, y no puede pasar

132 Gabriel García Márquez, *Vivir para contarla*, Vintage Books, Nueva York, 2003.

por debajo de la mesa mi satisfacción de comprobar que el IIJ sigue dedicado a este objeto, hoy tanto como en sus primeros días. Porque a pesar de que esta secuencia se detiene en los fotogramas de mediados de 2025, el Instituto, como criatura viva, sigue desenvolviéndose y generando iniciativas.

Hoy, esta idea se materializa con el Circuito de Investigación en Derecho, un esfuerzo mancomunado junto al decanato de la Facultad, que pretende que cada rendija que pueda ser ocupada por la investigación jurídica, así lo sea. No corresponde a estas líneas detallar cada componente de este circuito, basta con decir que es complejo y ambicioso, tanto como lo era la fundación de un Centro de Investigaciones Jurídicas en una humilde universidad al oeste de Caracas en 1975. El mismo éxito de dicha iniciativa auguro al CID, que continúa con el legado de un empeño cincuentenario, trazado desde la mente de Morles, hecho realidad por De Maekelt, Sosa, Mármol, Leu, Morais, Casal, Bernad, Mónaco, Carballo y quienes sigan después de ellos, a quienes les corresponderá seguir aportando, pues la historia no es más que un incesante volver a empezar.

DERECHO CONSTITUCIONAL

El futuro de la democracia en Venezuela

Benigno Alarcón-Deza¹

Introducción

Venezuela representa uno de los casos más emblemáticos de la involución democrática en el mundo contemporáneo. En menos de tres décadas, pasó de ser una democracia electoral con alternancia partidista a consolidar un régimen autoritario hegemónico que ha desmantelado sistemáticamente los equilibrios institucionales, el Estado de derecho y la competitividad electoral.

Este proceso no ha seguido la ruta tradicional de golpes militares o rupturas violentas, sino que ha avanzado mediante la apropiación progresiva de las instituciones por parte de una élite gobernante que llegó al poder por vía electoral, y que desde entonces ha utilizado las herramientas del sistema democrático para vaciarlo de contenido. La autocratización venezolana ha sido una operación quirúrgica, sofisticada, de captura institucional, represión selectiva, y clientelismo como mecanismo de control social.

A más de dos décadas del inicio del experimento político conocido como el chavismo, Venezuela enfrenta una coyuntura crítica que pone en juego no solo su futuro institucional, sino la posibilidad misma de restaurar un orden democrático funcional. Desde la instauración de un régimen autoritario competitivo hasta su progresiva transformación en una autocracia de vocación hegemónica, el caso venezolano ha devenido un laboratorio empírico para el estudio de las nuevas formas de autoritarismo en el siglo XXI. En este contexto, el presente artículo analiza de manera integral los factores internos y externos que inciden en la

1 Benigno Alarcón-Deza es el Director del Centro de Estudios Políticos y de Gobierno P. Francisco José Virtuoso S.J. de la Universidad Católica Andrés Bello. Abogado de profesión (1989), obtuvo su título de Magíster Scientiarum en Seguridad y Defensa del Instituto de Altos Estudios de la Defensa Nacional (1995); en 1999 finaliza una especialización en Derecho Internacional Económico y de la Integración en la Universidad Central de Venezuela, realizando la Maestría en Gerencia Pública en la Universidad de Maryland (EEUU) en 2007.

probabilidad de que el régimen de Nicolás Maduro logre consolidarse como una autocracia plenamente institucionalizada, o, en contraposición, se abran caminos hacia una transición democrática negociada, electoral o disruptiva.

La investigación se apoya en el marco teórico de los estudios sobre autoritarismo híbrido, autocratización y resiliencia democrática (Levitsky & Way, Merkel, Lührmann & Lindberg, entre otros), y examina múltiples dimensiones que contribuyen a este dilema estratégico: la estructura del poder y su capacidad adaptativa; el papel de las élites, las Fuerzas Armadas y la economía política del clientelismo; el comportamiento de la oposición democrática y de la ciudadanía organizada; así como el entorno internacional y el rol de actores externos. Entre estos factores, se presta particular atención al fenómeno de la protesta —social y política— como una de las variables relevantes, aunque no determinantes por sí misma, en la disputa por la apertura o el cierre del sistema.

Lejos de adoptar una perspectiva determinista, el artículo formula escenarios con base en el análisis de tendencias verificables entre 1999 y 2025, combinando datos empíricos, estudios comparados y referencias teóricas. También se examinan los riesgos y consecuencias de iniciativas como la nueva reforma constitucional promovida por el Ejecutivo, la cual podría formalizar un régimen de control total, eliminando los últimos resquicios de competencia electoral y autonomía institucional. De este modo, el texto busca no solo interpretar el momento político venezolano, sino también ofrecer elementos analíticos que contribuyan al debate académico sobre las transiciones democráticas bajo regímenes cerrados en América Latina y el mundo.

Marco teórico

Autocratización contemporánea: mecanismos y límites democráticos

La Tercera Ola de democratización, según Samuel Huntington (1991), comenzó en 1974 con la Revolución de los Claveles en Portugal y se extendió durante las siguientes dos décadas con la caída de regímenes autoritarios en América Latina, Europa del Este, Asia y África. Huntington sostuvo que esta ola se caracterizó por una expansión global sin precedentes de la democracia liberal representativa. Sin embargo, esta ola, como las dos anteriores, no fue lineal ni permanente, por lo que fue seguida por un período de autocratización en el cual aún nos encontramos al día de hoy.

Aunque no existe consenso absoluto sobre la fecha exacta en que concluyó la Tercera Ola, muchos académicos coinciden en que su declive se inicia a principios del siglo XXI, teniendo su punto de inflexión más claro entre 2006 y 2010, con una serie de eventos que marcan el inicio del retroceso democrático. Esto

se evidencia de forma clara en el informe para el año 2006 de *Freedom House* (2006) que, por primera vez en 15 años, reporta un mayor número de países que experimentaron mayores declives que avances democráticos, lo que fue interpretado por muchos como el inicio de una tendencia inversa en pro de la autocratización, la cual fue advertida por Larry Diamond (2008) en su publicación *The Democratic Rollback* y confirmada por Lührmann y Lindberg (2019) basándose en datos del proyecto V-Dem (*Varieties of Democracy*). Es importante tomar en consideración que esta ola no está caracterizada por golpes de Estado militares, sino por un declive gradual dentro de las democracias electorales en el que líderes que llegan al poder mediante elecciones luego socavan sistemáticamente los pesos y contrapesos democráticos, tal y como lo señalan Lührmann y Lindberg (2019).

Asimismo, Steven Levitsky y Daniel Ziblatt (2021), en su obra *“How Democracies Die”*, documentan cómo líderes democráticamente electos utilizan mecanismos institucionales para erosionar progresivamente la democracia desde dentro, fenómeno creciente desde la década de 2010.

Lo anterior no queda únicamente en el mundo de las ideas, sino que se revela, también, en la data: el informe de V-Dem de 2025 señala que, para el cierre del año 2024, más del 72% de la población mundial vive en regímenes autocráticos, el porcentaje más alto desde 1978, y que la calidad de la democracia global había regresado a niveles de 1985. Con esto se completan 25 años de retroceso democrático en el mundo (V-Dem Institute, 2025. p, 6).

La adaptación autocrática a las demandas por mayor democracia

Durante la Tercera Ola (1974 al 2010) ocurrió el proceso de democratización más importante registrado hasta la actualidad. Según algunas fuentes, el número de países calificados como democráticos en el mundo pasó de 45 -en 1974- a 120 para el año 2010. Esto implica unas 75 transiciones democráticas en un período de 36 años. Durante este tiempo, más del 60% de los estados reconocidos pasaron a ser democracias. Sin embargo, muchos regímenes considerados en transición se adaptaron a lo que parecía una tendencia irreversible, al adoptar la forma de regímenes híbridos que nunca se democratizaron, o que involucionaron en la dirección autoritaria, dado que la remoción de líderes autocráticos no siempre aseguró la democratización, como se vio en casos como Albania, Zambia, Ucrania y Bielorrusia, entre otros (Alarcón, 2023).

La proliferación de regímenes híbridos durante la Tercera Ola de democratización, especialmente tras la caída del Muro de Berlín y la disolución de la Unión Soviética, se dio por una combinación de factores propios del nuevo contexto

internacional de la post Guerra Fría. Este estaba caracterizado por el triunfo del liberalismo occidental y el colapso soviético que minaron la legitimidad de los modelos de regímenes alternativos (como el soviético) y crearon fuertes incentivos para que los Estados periféricos adoptaran instituciones democráticas formales. Así, la década de 1990 marcó el período de mayor hegemonía liberal occidental, en el que se establecen importantes limitaciones a los gobiernos no democráticos que necesitaban mantener su viabilidad interna e internacional. La ausencia de fuentes alternativas de ayuda militar y económica -que sí existían durante la Guerra Fría, como fue el caso del apoyo de la Unión Soviética a países que adoptaron su modelo político- aumentó la importancia de tener buenas relaciones con gobiernos e instituciones occidentales. De modo que, para muchos gobiernos, los beneficios de adoptar instituciones democráticas formales y los costos de mantener instituciones claramente autoritarias aumentaron notablemente en los años noventa.

Es así como la posibilidad de sostener regímenes autoritarios cerrados, como los que proliferaban antes de la Tercera Ola se hizo difícil para la mayoría de los autócratas, dado que el ambiente internacional post Guerra Fría y la presión internacional hicieron que algunas formas de autoritarismo, como las dictaduras totalitarias, fueran mucho más difíciles de sostener. Esto generó un contexto en el que los regímenes híbridos, y en especial los autoritarismos competitivos, resultaron ser el modelo que mejor se adaptaban a las demandas y presiones internacionales, así como a las internas por más democracia. Así, los gobiernos autoritarios adoptaron y adaptaron las instituciones formales de la democracia con el fin de intentar legitimar su permanencia en el poder, escogiendo el mecanismo electoral como el principal para lograr este fin, tras considerar el alto costo de cooptar o reprimir a sus adversarios, producto de la presión internacional, así como la debilidad del propio aparato estatal y la potencial fragmentación de las élites como consecuencia de las presiones externas y las disputas políticas internas.

Este proceso de adaptación ocurrió, por lo general, a partir de tres diferentes trayectorias:

1. **La decadencia de un régimen autoritario:** Los regímenes autoritarios establecidos se vieron forzados a adaptarse a las nuevas circunstancias adoptando instituciones democráticas formales por presión interna e internacional. Sin embargo, debido a la debilidad de la oposición doméstica, no se convirtieron en democracias plenas, sino que, por el contrario, adaptaron y manipularon estas instituciones para asegurar su permanencia en el poder. Un ejemplo es gran parte del África Subsahariana.

2. **La caída de un régimen autoritario y el surgimiento de un nuevo régimen autoritario competitivo:** Tras el colapso de algunos regímenes autoritarios, surgieron regímenes democráticos débiles, en algunos casos por la ausencia de tradiciones y una cultura democrática previa, lo cual se traducían en una sociedad civil y un sistema de partidos débiles, que permitieron a los gobiernos electos cooptar y adaptar el sistema a su favor. Países post comunistas como Armenia, Croacia, Rumania, Rusia, Serbia y Ucrania, así como Haití después de 1994, siguieron esta senda.
3. **El deterioro de un régimen democrático:** En otros casos fueron los procesos de crisis, tanto políticas como económicas y sociales, las que deterioraron progresivamente los cimientos de los regímenes democráticos establecidos, lo que permitió a gobiernos elegidos, pero sin vocación democrática, socavar las instituciones democráticas para adaptarlas a sus propias aspiraciones autoritarias, en ocasiones a través de “autogolpes” y en otras por procesos de colonización institucional gradual.

La proliferación de regímenes autoritarios tras la finalización de la Tercera Ola, que se estima en torno al 2010, es una muestra de cómo en la actualidad, los autócratas han perfeccionado las estrategias para consolidar su poder en democracias previamente funcionales, al emplear tácticas que dismantlan gradualmente las instituciones democráticas desde dentro. Este fenómeno, conocido como “autocratización”, se manifiesta a través de cuatro mecanismos:

1. **Legalismo autocrático:** Consiste en el uso estratégico de leyes y reformas constitucionales para debilitar los contrapesos institucionales y concentrar el poder en el Ejecutivo. En Venezuela, Hugo Chávez implementó esta táctica mediante la reforma constitucional de 1999, la cual amplió los poderes presidenciales y debilitó a otras instituciones como el Congreso y el Tribunal Supremo de Justicia (Corrales, 2023).
2. **Cooptación institucional:** Los regímenes autocráticos suelen capturar organismos clave, como las instituciones electorales, el Poder Judicial, el Parlamento e incluso las Fuerzas Armadas, para asegurar su permanencia en el poder. En el caso venezolano, el Consejo Nacional Electoral (CNE) ha sido acusado en múltiples ocasiones de parcialidad a favor del gobierno, y las Fuerzas Armadas y policiales han desempeñado un papel crucial en la represión de la oposición.

3. **Represión selectiva y censura:** La persecución de líderes opositores, periodistas y activistas políticos y sociales es común en estos regímenes. En Venezuela, se han documentado numerosos casos de detenciones arbitrarias y restricciones a la libertad de prensa que se han venido agravando progresivamente en la medida que el oficialismo ve reducida su base de apoyo político.
4. **Manipulación electoral:** Aunque se celebran elecciones, estas carecen de transparencia y equidad. En las elecciones presidenciales de 2006, 2021 y 2024 en Venezuela, Organizaciones Internacionales de Observación Electoral han denunciado irregularidades significativas, incluyendo la inhabilitación de candidatos opositores y la falta de observación independiente (Fukuyama et al., 2024).

Estudiosos como Lührmann y Lindberg (2019) documentan que desde la “Tercera Ola” los procesos de autocratización suelen ser lentos y jurídicos, donde los autócratas usan elecciones parcialmente competitivas para luego, gradualmente, eliminar contrapesos institucionales. De hecho, los autores estiman que en alrededor del 70% de los casos actuales (incluyendo Venezuela) la involución democrática ha sido gradual y escondida tras rituales electorales (p.1105). Este fenómeno es global: Turquía, Hungría y El Salvador, entre otros, han mostrado tácticas análogas para subvertir la democracia desde dentro (captura judicial, restricciones a medios, persecución legal) mientras pretenden legitimar su poder con elecciones semi-competitivas. Asimismo, Freedom House (2025) alerta que figuras iliberales en Europa Oriental y otros lugares “ya no ocultan” su aversión democrática, atacando abiertamente instituciones que conforman los contrapesos propios de una democracia.

En conclusión, la autocratización contemporánea se caracteriza por tácticas sofisticadas que desmantelan las democracias desde dentro, aprovechando debilidades institucionales, tecnologías de control y la falta de una oposición cohesionada. El caso de Venezuela ofrece una ilustración clara de este proceso y de los desafíos que enfrentan las democracias para resistir y revertir tales tendencias.

La longevidad de los regímenes autocráticos

En un artículo de Wolfgang Merkel (2017) publicado en la revista Nueva Sociedad, titulado “Por qué perduran los regímenes autoritarios”, se explica que la dominación en las dictaduras y en las modalidades híbridas se apoya en tres pilares fundamentales: la legitimación, la represión y la cooptación.

La legitimación se nutre de dos fuentes principales: una vinculada a lo normativo-ideológico y otra relacionada con los resultados. Aunque ideologías como el fascismo o el comunismo han perdido legitimidad en el siglo XXI, variantes del islamismo político fundamentalista aún pueden generar un fuerte compromiso ideológico. Debido al deterioro normativo que los mismos regímenes impulsan en pro de su beneficio, su legitimidad -y, por tanto, su estadía en el poder- depende en particular de su balance en materia de economía, seguridad y orden. Sin embargo, una modernización económica y social muy rápida es un riesgo potencial para las autocracias, ya que puede dar lugar a la aparición de capas medias, organización de los trabajadores, el aumento de la educación y de las demandas de participación política por parte del pueblo, como se ha visto en Singapur, China o en las llamadas “petrodictaduras” del Golfo.

Por su parte, la represión puede adoptar diversas formas e intensidades. Merkel (2017) distingue entre represión “blanda” y “dura”. La represión “blanda” se centra en restringir los derechos políticos, como la libertad de reunión, expresión, prensa o ejercicio de la profesión; mientras que la represión “dura” se dirige al núcleo de los derechos humanos, como el derecho a la vida, la integridad física y la libertad individual. La experiencia empírica muestra que, aunque las élites autoritarias suelen reaccionar con mayor represión ante una amenaza, la represión “blanda” ha demostrado ser estadísticamente el elemento más exitoso de estabilización en cientos de dictaduras, dado que, en comparación, la represión dura es costosa y socava la legitimidad del régimen a largo plazo, disminuyendo la aprobación del pueblo, a pesar de aumentar la intimidación.

Finalmente, la cooptación se refiere a la capacidad de los regímenes para “comprar” la colaboración de amplios grupos políticos, económicos, sociales, medios de comunicación, e incluso de la comunidad internacional. La capacidad para ello dependerá siempre de los recursos disponibles, lo que limita la duración y el grado de esta colaboración “comprada”. Cabe destacar que la obra de Levitsky y Way (2002), destacaba, desde mucho antes, la importancia de la cooptación como una táctica empleada por los gobernantes en regímenes autoritarios competitivos, junto con el soborno y formas sutiles de acoso, para obtener una conducta cooperativa de los críticos, en lugar de infringir abiertamente los criterios democráticos. Sin embargo, la escasez de recursos puede dificultar a los líderes mantener las redes de favores políticos que sostenían las estructuras estatales autoritarias, por lo que el clientelismo y el patronazgo son importantes para la sustentación de regímenes autoritarios.

El interesante análisis realizado por Merkel (2017) concluye que, estadísticamente, el equilibrio ideal para la supervivencia de las dictaduras se logra al combinar:

- Una alta legitimación (basada en la ideología o los resultados).
- Una minimización de la represión “dura” y un mayor desarrollo de la represión “blanda”.
- Un nivel medio de cooptación (p.52).

En la actualidad, Singapur es el país que más se aproxima a este punto, a la vez que China se encamina claramente hacia allí. Incluso, regímenes híbridos, como la Rusia de Putin, no están tan lejos de este equilibrio, mientras que Venezuela se aleja de este equilibrio.

En Venezuela, la disponibilidad de recursos económicos ha sido crucial para mantener la maquinaria electoral y las redes clientelares. Las sanciones internacionales, por ejemplo, han afectado la capacidad del gobierno venezolano de contar con los recursos necesarios para mantener sus redes clientelares y de control social, reduciendo la dependencia de la población con el Estado, así como la competitividad electoral del gobierno, como quedó demostrado en 2024.

Desde la óptica de nuestros estudios comparados publicados por el Centro de Estudios Políticos y de Gobierno “Padre Francisco José Virtuoso S.J.” de la Universidad Católica Andrés Bello en la serie del Desafío Venezolano entre el año 2012 y 2023², nos atreveríamos a ampliar, no contradecir, la tríada de Merkel (2017) afirmando que la longevidad de las autocracias en la actualidad depende de una combinación compleja de factores internos y externos, así como de su capacidad para adaptarse y manejar ciertos dilemas.

Los factores clave en lo interno incluyen:

Primero, **la manipulación progresiva de las instituciones democráticas formales** (Levitsky y Way, 2002): Los regímenes autoritarios competitivos mantienen instituciones democráticas como elecciones, el Poder Legislativo, el Poder Judicial y medios de comunicación independientes, pero les manipulan o erosionan para su beneficio; de modo que no eliminan estas instituciones, sino que las utilizan para hostigar, perseguir y extorsionar a los críticos de manera “legal”, aunque cuidando cada vez menos las formas en la medida que tienen la necesidad de forzar las reglas de manera menos sutil para preservar el poder.

Segundo, **el control de los poderes del Estado** (Alarcón, 2023) y (Alarcón e Hidalgo, 2024): Controlan los poderes del Estado, incluyendo el Legislativo, el Judicial, el Electoral e instituciones como la Fuerza Armada y los medios de

2 Todos los estudios realizados por el Centro de Estudios Políticos y de Gobierno “Francisco José Virtuoso S.J.” referidos en el texto pueden ser identificados en la lista de referencia de este capítulo bajo el seriado “El Desafío Venezolano”.

comunicación. Por tanto, la autonomía de los organismos de gestión electoral, por ejemplo, se ha ido debilitando sustancialmente en muchos países autocratizadores, como lo reportan índices como el de V-Dem, *Freedom House* y *The Economist*. Asimismo, la censura gubernamental y la represión de la libertad de prensa y de expresión son comunes, llevando a un aumento de la autocensura de los medios y el acoso a periodistas.

Tercero, **cohesión de élites y control de recursos** (Alarcón, 2023): Requiere un aparato estatal efectivo y económicamente solvente, así como una efectiva cohesión de élites. Estos regímenes concentran cada vez más recursos y poder en manos de actores esenciales para el control institucional y el ejercicio represivo, tales como las Fuerzas Armadas y otras instituciones que ejercen la coerción.

Cuarto, **la gestión del dilema costo de opresión vs. costo de tolerancia** (Levitsky y Way, 2002; Alarcón, 2014 y 2023): Los gobernantes autoritarios se enfrentan al dilema de reprimir los desafíos democráticos so pena el alto costo internacional y de legitimidad a nivel doméstico, arriesgando el exacerbar conflictos internos, pero asumiendo de manera consciente los riesgos que esto implica o ir cediendo espacios de poder. La decisión de no cooperar depende de la estimación de los costos de opresión (traducidas en legitimidad, pérdidas económicas, vidas humanas) frente a los costos de tolerancia a un cambio político o a la pérdida parcial del poder, por lo que cuando el costo de la opresión es bajo y el costo de la tolerancia es alto, la probabilidad de una transición es mucho menor, a diferencia de si el balance entre ambas variables es el opuesto.

Quinto, **la capacidad estatal y el fomento del clientelismo**: Los Estados con abundancia de recursos minerales, como Venezuela, dependen poco de la actividad económica de sus ciudadanos, lo que reduce la necesidad de negociar con ellos para gobernar. Es por ello que el patronazgo y el clientelismo son más fértiles en países de bajos ingresos, donde la población depende más del Estado y puede ser manipulada con pequeños beneficios, sobre todo cuando se toma en cuenta que los recursos económicos son cruciales para mantener la maquinaria electoral y las redes clientelares.

Sexto, **la debilidad de la oposición** (Alarcón y Álvarez, 2014): La oposición tiende a mantenerse dividida y localizada geográficamente, lo cual es estimulado por el régimen a través del clientelismo político competitivo-electoral en niveles subnacionales, dado que la fragmentación y el debilitamiento de la oposición dificultan la unificación para competir a nivel nacional.

Séptimo, adaptación y aprendizaje de los autócratas (Bueno de Mesquita y Smith, 2011); (Dobson, 2012): Los autócratas y dictadores han aprendido a mu-

tar para sobrevivir, crecer y asociarse, lo que ha llevado a una proliferación de nuevas formas de autoritarismo.

Los factores internacionales clave incluyen:

Primero, **la proximidad a Occidente y hegemonías alternativas** (Levitsky y Way, 2002): Los regímenes autoritarios competitivos en regiones con lazos más débiles con Occidente o con una fuerte influencia de potencias contrahegemónicas no democráticas (como Rusia o China) tienen más probabilidades de perdurar o evolucionar hacia un autoritarismo más pleno.

Segundo, **las alianzas con otras autocracias**: El régimen venezolano, por ejemplo, ha forjado alianzas con regímenes autoritarios o híbridos como Cuba, China, Rusia, Irán y Turquía para sortear presiones internacionales. Es importante notar que el crecimiento del comercio entre autocracias también crea vínculos de dependencia y apoyo.

Tercero, **un entorno global que favorece la autocratización**: La autocratización es una tendencia dominante a nivel global, con un creciente número de países experimentando un declive democrático. Las autocracias, incluyendo China, representan casi la mitad del PIB mundial, lo que les otorga influencia económica y geopolítica.

En resumen, la persistencia de las autocracias modernas se basa en una combinación de adaptación estratégica, manipulación institucional, control de recursos y coerción, y la gestión astuta de las dinámicas políticas internas y externas, incluyendo la cooptación de la oposición y el aprovechamiento de un entorno internacional que puede ser favorable al autoritarismo.

El caso venezolano

La muerte de la democracia en Venezuela

El caso venezolano ejemplifica muy bien cómo una democracia relativamente bien establecida y estable puede involucionar en un régimen autoritario híbrido y/o hegemónico. Desde la llegada de Chávez al poder en 1999, se implementaron reformas que concentraron el poder en el Ejecutivo y debilitaron las instituciones democráticas que le servían de balances y contrapesos. Posteriormente, bajo el liderazgo de Nicolás Maduro, y ante la merma del piso político que se hizo evidente por los cuestionados resultados de la elección presidencial sobrevenida en 2013 y tras la muerte de Chávez, se intensificaron las tácticas autoritarias, incluyendo la represión de la oposición, la manipulación electoral y la cooptación de las fuerzas armadas.

Pese a todo el debate que se generó durante los primeros años del mandato de Chávez sobre la naturaleza del régimen que se comenzaba a implementar en Venezuela, nadie podría dudar hoy de su vocación autoritaria y de lo que ha sido su progresiva autocratización, la cual se inicia desde muy temprano tras la llegada de Chávez al poder y la instalación de una Asamblea Nacional Constituyente.

Varias fuentes, tales como Corrales (2023); Alarcón (2014); Alarcón y Martínez (2016); Alarcón y Ramírez (2018); Abdul-Hadi (2018); y Alarcón e Hidalgo (2024) respaldan esta afirmación por las siguientes razones:

- El debilitamiento de los contrapesos institucionales: La llegada de Chávez a la presidencia en 1999 y la instalación de una Asamblea Constituyente allanaron el camino para un proyecto autoritario. Esta Asamblea permitió ocupar las instituciones que servían como balances y contrapesos al proyecto de Chávez, facilitando el control hegemónico del poder. Tras llegar al poder de un gobierno con vocación autocrática (normalmente por la vía electoral), el paso siguiente es implementar mecanismos para concentrar el poder en el Ejecutivo y desmontar los balances institucionales, como fue el caso de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 que tuvo poder absoluto, más allá de lo establecido por la Constitución de 1961, vigente para ese momento.
- Inicio de una tendencia constante hacia la autocratización: Aunque hubo una infinidad de debates durante los primeros años sobre la naturaleza del régimen que se estaba construyendo, la autocratización fue una constante desde la llegada de Chávez al poder en 1999. El proceso constituyente de ese año puede considerarse hoy como el inicio de la muerte de la democracia en Venezuela.
- Utilización de la democracia electoral para fines autoritarios: El régimen con vocación autoritaria supo adaptarse y alcanzar el poder bajo las condiciones de una democracia electoral. A través de la implementación de un “autoritarismo competitivo” (Alarcón, 2014). Después de 1999, se penetraron y colonizaron progresivamente todas las estructuras e instituciones del Estado.
- Estado de transitoriedad como herramienta de control: El proceso constituyente promovido por Chávez trajo consigo un estado de transitoriedad que se constituyó como la principal herramienta de control del poder político-administrativo y de ruptura del hilo constitucional, así como de destrucción de las instituciones del Estado y violación del Estado de derecho.

- **Incongruencias en el sistema de gobierno:** La Constitución de 1999, si bien presentó avances en materia de derechos humanos, mostró incongruencias en la estructura orgánica del poder político, como el exceso de poderes excepcionales del presidencialismo y el debilitamiento de los poderes locales.

Es así como la convocatoria e instalación de la Asamblea Constituyente en 1999 bajo el gobierno de Hugo Chávez es un punto de partida clave en el proceso de autocratización en Venezuela, ya que sentó las bases para el debilitamiento de las instituciones democráticas, la eliminación de balances y contrapesos, así como para la concentración de poder, elementos característicos de los regímenes autoritarios competitivos que evolucionaron progresivamente hacia el autoritarismo hegemónico que hoy se intenta consolidar.

De un régimen democrático a un autoritarismo competitivo

En una primera etapa, y gracias a la ventaja competitiva que le otorgaba el apoyo popular y las políticas clientelares implementadas desde un Estado con abundantes recursos, el proceso autoritario perfeccionado por Hugo Chávez entre el año 1999 y su muerte en 2013 asumió la forma de un régimen híbrido caracterizado por la coexistencia de instituciones democráticas formales, lo que justificaba las dudas y debates sobre la naturaleza del régimen, acompañado de prácticas autoritarias sustanciales y cada vez más evidentes.

Por ello, a pesar de que se celebraban elecciones multipartidistas semi-competitivas y se permitía la existencia de partidos de oposición, el gobierno de Chávez sistemáticamente inclinaba el campo del juego electoral e institucional a su favor mediante mecanismos como:

- **Utilización de las elecciones como mecanismo de legitimación:** Chávez llegó al poder por la vía electoral en 1998 y continuó utilizando las elecciones (presidenciales, parlamentarias, regionales, municipales y referendos) como la principal fuente de legitimidad para su gobierno. El sufragio era el mecanismo principal, aunque no exclusivo, por el que el gobierno ejercía y mantenía el poder. Esto se alinea con la naturaleza de los autoritarismos competitivos, donde los gobernantes mantienen el poder a través de medios legales, como las elecciones, para luego erosionar, progresivamente, los contrapesos institucionales.
- **Competencia electoral con limitaciones:** Aunque la oposición tenía existencia legal y podía hacer campaña, la competencia no era equitativa. El gobierno utilizaba una variedad de tácticas para dificultar el éxito de la oposición, incluyendo: el uso de recursos estatales para la campaña oficialista, el control

de los medios de comunicación y la manipulación de las reglas electorales. Si bien no se producía fraude masivo de manera sistemática en todas las elecciones, sí existían irregularidades que generaban dudas razonables sobre la magnitud de las victorias del chavismo en algunos comicios. Vale recalcar que estas irregularidades se mantenían dentro de límites que permitían cierto nivel de incertidumbre, suficiente para garantizar un mínimo de legitimidad electoral.

- Concentración de poder en el Ejecutivo: A pesar de la existencia de otros poderes del Estado, el gobierno de Chávez progresivamente concentró el poder en el Ejecutivo, desmantelando *de facto* la desconcentración y descentralización del poder. Esto se evidenció en la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente con poder absoluto en 1999, y el uso recurrente de leyes habilitantes que permitieron al presidente legislar de manera individual y con absoluta independencia de la Asamblea Nacional.
- Debilitamiento de los contrapesos institucionales: El gobierno de Chávez tomó una serie de decisiones orientadas a desmontar los balances institucionales propios de una democracia, permitiendo el ejercicio del poder con cada vez menos restricciones. Esto incluyó la politización del Sistema Judicial y de otras instituciones del Estado.
- Uso de mecanismos clientelares: Los abundantes ingresos petroleros, especialmente entre 2004 y 2012, permitieron al gobierno de Chávez mantener una amplia red clientelar a través de programas sociales (misiones) y la distribución de recursos, lo que reforzaba su base de apoyo electoral. Esta disponibilidad de recursos económicos era crucial para mantener la maquinaria electoral y alimentar las redes clientelares.
- Erosión de la integridad electoral: A lo largo del período, se observó un deterioro de la integridad electoral, aunque no al nivel de las elecciones posteriores a 2013. Las denuncias de irregularidades y la negativa a auditorías completas generaban dudas sobre la limpieza de algunos procesos electorales.
- Mantenimiento de la movilización popular: Chávez contó con niveles relativamente altos de popularidad durante gran parte de su gobierno, lo que le permitió ganar consistentemente elecciones. Su liderazgo carismático jugó un papel fundamental en este apoyo.

- Relaciones con la oposición: Si bien se permitía la participación de la oposición, el gobierno implementó prácticas para debilitar y fragmentar a los partidos y líderes opositores.

La estabilidad de este autoritarismo competitivo bajo Chávez se basaba en su significativo nivel de legitimidad inicial, combinado con un control institucional considerable. Sin embargo, esta estabilidad, como quedó demostrado posteriormente, ha sido altamente dependiente de la figura del líder carismático (Chávez) y la disponibilidad de recursos económicos.

De un autoritarismo competitivo a uno hegemónico: La lógica de la supervivencia autocrática

Es así como, tras la muerte de Chávez en 2013 y la llegada de Maduro al poder, el régimen venezolano experimentó una acelerada involución autocrática, perdiendo progresivamente su carácter competitivo electoral, e intentando consolidarse en la actualidad como un autoritarismo hegemónico caracterizado por bajos niveles de incertidumbre electoral y una mayor dependencia de la represión. La pérdida de la base de apoyo popular que permitió al chavismo su legitimidad electoral por años y la escasez de recursos obligaron al gobierno a hacerse menos dependiente de un voto que hoy le resulta totalmente desfavorable, lo que ha resultado en un deterioro muy acelerado de la integridad electoral a partir de su derrota en los comicios parlamentarios de 2015, y a confiar más en el uso de la fuerza, lo que se ha traducido en una mayor autocratización como mecanismo de supervivencia política.

Diversos índices de democracia como los publicados por el Proyecto V-Dem, *The Economist Democracy Index* y *Freedom House*³, así como los trabajos académicos antes citados, han documentado este proceso de involución. Inicialmente, el régimen venezolano se caracterizó como un autoritarismo competitivo que, con avances y retrocesos, se mantuvo como tal entre 2006 y 2016, cuando se instaló el parlamento de mayoría opositora elegido a finales de 2015 en un *stunning election* que se tradujo en una derrota inesperada para el oficialismo, el cual fue despojado de dos tercios de la Asamblea Nacional.

Sin embargo, es a partir de 2013, después de las cuestionadas elecciones presidenciales de ese año, se aceleró la involución autocrática del régimen como se hace evidente por la exacerbación de síntomas como:

3 Todos los estudios sobre el estado de la democracia referidos en el texto pueden ser identificados en la lista de referencia de este capítulo bajo el nombre de la institución pertinente (*Freedom House*, 2025); (*The Economist Intelligence Unit*, 2025) y (*V-Dem Institute*, 2025).

- El deterioro de las condiciones electorales: Esto se evidencia en la falta de libertad en algunas elecciones, la manipulación de tiempos, reglas y procedimientos electorales, la inhabilitación de tarjetas, partidos y candidatos opositores, y el control de la autoridad electoral. En las elecciones presidenciales de 2018 y en las parlamentarias de 2020, la mayoría de la oposición no participó y, por lo tanto, no reconoció los resultados.
- El incremento de la represión: A medida que el gobierno ha perdido popularidad y competitividad electoral, ha dependido más de la represión para sobrevivir. La ola de protestas y represión en 2014, así como las de 2017 y 2019, son ejemplos de ello.
- Pérdida de independencia de los poderes del Estado: La falta de independencia del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) se ha utilizado para anular parcialmente procesos electorales, como sucedió en las parlamentarias de 2015, cuando se desconoció la mayoría calificada alcanzada por la oposición, o para inhabilitar a figuras opositoras, como Henrique Capriles Radonski y María Corina Machado. El nombramiento de magistrados del TSJ evidentemente vinculados al oficialismo que han permitido ratificar inhabilitaciones o certificar resultados electorales controvertidos como los de la elección de 2024 también demuestran esta falta de independencia.
- Cambio en las estrategias para legitimar la permanencia en el poder: A pesar de la autocratización, el chavismo ha buscado mantener una fachada democrática a través de la celebración de elecciones multipartidistas como mecanismo de legitimación. Sin embargo, estas elecciones a menudo carecen de las garantías mínimas necesarias para ser consideradas como libres y justas. Este deterioro se manifestó en la negativa a auditar los resultados de la elección de 2013, la elección de la Asamblea Constituyente en 2017, la elección presidencial de 2018 y la parlamentaria de 2020. Las implicaciones de esta trayectoria autocrática alcanzaron su clímax en las elecciones presidenciales de 2024 cuando, a pesar de toda la evidencia en contra, el CNE declaró el triunfo del gobierno.

Es a partir del resultado de la elección presidencial de 2024, que se hacen evidentes las dificultades del gobierno para continuar utilizando procesos electorales competitivos como mecanismo de legitimación formal, razón por la cual este intentará modificar sustancialmente la arquitectura electoral a través de una Reforma Constitucional, cuyo contenido se desconoce para el momento en el que escribimos este trabajo, pero que se sospecha apuntará a la eliminación del voto

directo para pasar a procesos indirectos que intentarán fundamentar como parte de las reformas que buscan implementar el llamado Estado Comunal.

Como concluimos en un artículo escrito con Manuel Hidalgo titulado “Venezuela: La Lógica de la Supervivencia Autocrática”, existen importantes dificultades para el régimen en su intento por sustituir las elecciones multipartidistas, con algún nivel de competitividad, como mecanismo para legitimar su continuidad en el poder. De modo que el reto para el gobierno de controlar los resultados electorales, manteniendo una estética democrática, es hoy casi imposible por la polarización política que se ha dado tras el triunfo de María Corina Machado en la elección primaria y que se ha mantenido, pese a su inhabilitación política, como se hizo patente tras el resultado inesperado de la elección presidencial de 2024 (*stunning election*), al endosar su apoyo a un candidato prácticamente desconocido, como lo era el Embajador Edmundo González Urrutia (Alarcón e Hidalgo, 2024).

Ello implica que la estrategia gubernamental de dividir a la oposición y dispersar el voto que el gobierno retomó con éxito en el año 2020 con la elección parlamentaria, y en 2021 con las elecciones regionales y municipales, podría haber funcionado en la elección presidencial de 2024 si no hubiese habido un liderazgo que concentraba el apoyo casi unánime de toda la oposición al gobierno de Maduro. Sin embargo, como se evidenció en los resultados de la elección primaria, en la que Machado obtiene el triunfo con un 92% de la votación, esta estrategia es cada vez menos efectiva dada la presencia de líderes opositores que fungan la labor unificadora.

No obstante, es importante que mencionemos que la irrupción de María Corina Machado en la Primaria de 2023 no es el origen de su liderazgo, sino su prueba irrefutable y el mecanismo por el que se obligó a los partidos tradicionales de oposición, que hasta ahora habían liderado el proceso, a reconocer el derecho de esta a liderar la estrategia política de cara a la elección presidencial de 2024, lo cual se tradujo en el fortalecimiento de la oposición, a partir de un nuevo liderazgo legitimado por el voto popular, y con una mayor coordinación entre la diversidad de partidos que la conforman, lo que les permitió un triunfo histórico en los comicios presidenciales.

Este liderazgo terminó convirtiéndose en un fenómeno político que logró transferir la totalidad de su apoyo político con tan solo mostrar un pendón con la cara del candidato designado, y que termina extendiéndose mucho más allá de la elección presidencial del 28 de julio, pese a lo sucedido con la elección, quizás como reconocimiento a la coherencia y constancia en su lucha, lo que resuena emocionalmente con los anhelos de la mayoría de la población.

De cara a este desafío, el gran dilema para el chavismo hoy está entre continuar intentando obtener reconocimiento en elecciones mínimamente competitivas o renunciar, de manera definitiva, a la legitimación electoral tal como la conocemos hoy, lo que implica la necesidad de crear algún otro mecanismo de legitimación política, el cual comienza a asomarse con la propuesta de Maduro para la creación de los circuitos electorales comunitarios que se incluirían en una nueva reforma electoral que pretende impulsarse a partir de enero de 2026 (NTN24, 25 de mayo de 2025).

El gobierno, hasta el momento de escribir este trabajo, ha optado por no reconocer los resultados de la elección presidencial de 2024 y mantener el poder *de facto*. El descrédito y la deslegitimación de su propia reelección han dado paso a una etapa que puede ser incluso más incierta que la observada hasta ahora por las consecuencias internas y externas que de ello se han comenzado a derivar, sobre todo por el endurecimiento del entorno internacional, y en especial de los Estados Unidos, que tiende a ser aún mayor en la medida que escale la conflictividad política interna.

En resumen, las etapas del proceso de autocratización en Venezuela bajo el régimen chavista (entre 1999 y 2025) podría resumirse en la siguiente secuencia:

- 1999–2012: Consolidación de un autoritarismo competitivo bajo Chávez, basado en legitimidad electoral, uso intensivo del clientelismo, liderazgo carismático y control de los recursos del Estado.
- 2013–2016: Pérdida de competitividad electoral, crisis de legitimidad, incremento de la represión y debilitamiento de la economía.
- 2017–2024: Deriva hacia un autoritarismo hegemónico: elecciones sin incertidumbre, exclusión de actores opositores viables, pérdida de legalidad institucional y represión abierta como principal herramienta de supervivencia.
- 2025 en adelante: Se proyecta el ensayo de un nuevo modelo de legitimación post-electoral a través de reformas constitucionales y comunitarismo autoritario, mientras se refuerzan los pilares represivos y clientelares del régimen.

Esta evolución responde a una lógica de supervivencia de las autocracias modernas: Maximizar el control, minimizar la incertidumbre y administrar los costos de la represión y la cooptación en un entorno internacional cada vez más hostil.

28 de julio de 2024: El fin de la legitimación electoral

De acuerdo con la definición de Brunce (2001 como se citó en Alarcón, 2023) sobre elecciones democráticas, estas deben caracterizarse por “Libertad, incertidumbre de resultados, y certidumbre en los procedimientos” (p.24). Evidentemente, en Venezuela el deterioro de estos principios se viene produciendo desde hace tiempo, como se evidencia en los informes realizados por las misiones de observación electoral europeas que se desplegaron en los procesos electorales de 2006 (Misión de Observación Electoral de la Unión Europea, 2006) y 2021 (Misión de Observación Electoral de la Unión Europea, 2021). Esta situación se ha venido agravando progresivamente en la medida que la legitimidad del gobierno se ha venido deteriorando, y con ella su capacidad para competir electoralmente, como quedó documentado en el informe de la misión de expertos electorales del Centro Carter que monitoreó la elección presidencial del 28 de julio de 2024 (Centro Carter, 2024). En este sentido podríamos diagnosticar el deterioro de los principios que caracterizan a una elección democrática en Venezuela, según la fórmula de Brunce (2001 como se citó en Alarcón, 2023), de la siguiente manera:

- **Libertad:** Si bien en los regímenes autoritarios competitivos, como lo era Venezuela durante el gobierno de Chávez, los partidos políticos tienen existencia legal y se les permite participar en los procesos electorales, esta libertad era limitada con el objeto de mantener la apariencia democrática con la manutención del *status quo*; ahora bien, es durante el gobierno de Maduro donde se observa una restricción de dicha libertad aún mayor, evidenciada a través de la inhabilitación de candidatos opositores con posibilidades de obtener la victoria electoral, como fue el caso de María Corina Machado antes de las elecciones de 2024. Esto se suma a prácticas ya presentes durante el período chavista como ha sido el acoso, con frecuencia violento, a candidatos y activistas de la oposición, así como una cobertura limitada y sesgada de los medios de comunicación que ha llegado al bloqueo mediático total de la oposición en Venezuela a partir de la derrota del gobierno en la elección parlamentaria de 2015 como se desprende del informe del Centro Carter (Centro Carter, 2024) y (Espacio Público, 2016). Asimismo, se ha evidenciado el uso de mecanismos clientelares para generar dependencia y lealtad al gobierno, como ha sido el caso de judicialización de los principales partidos políticos de oposición para ser entregados a actores cooptados, como ha sido el caso de Acción Democrática y Primero Justicia, entre otros. (Observatorio de Derecho y Justicia, 2021) y (Observatorio de Derecho y Justicia, 2024).

- **Incertidumbre de resultados:** En los regímenes autoritarios competitivos, las elecciones pueden generar considerable incertidumbre y, en algunos casos, la oposición ha logrado derrotar a los gobernantes. En Venezuela, especialmente tras la llegada de Nicolás Maduro al poder, se ha observado una evidente pérdida de competitividad electoral del chavismo, como se hizo evidente en los cuestionados resultados de la elección presidencial de 2013 y la derrota electoral del oficialismo en 2015 y 2024, que corren en paralelo con un deterioro proporcional de las condiciones electorales, como comentábamos previamente. Es así como el régimen ha oscilado entre tolerar cierta competencia, principalmente en elecciones subnacionales, y no someterse a ningún nivel de incertidumbre sobre los resultados en aquellas que resultan existenciales para el control del poder. La tendencia estratégica del gobierno, especialmente después de la derrota electoral de 2015, que le puso en jaque tras perder el control del Poder Legislativo, se ha orientado a un control total de los resultados electorales, lo cual alcanza su máxima expresión en la elección presidencial de 2024 cuando, a contrapelo de toda evidencia documentada, se declara a Nicolás Maduro ganador de la elección. Es así como Venezuela ha involucionado desde un autoritarismo competitivo que se mantuvo a todo lo largo del gobierno de Chávez, gracias a su capacidad para competir electoralmente, hacia un autoritarismo hegemónico caracterizado por unos inexistentes niveles de incertidumbre electoral en los que el resultado es impuesto, independientemente de la evidencia existente.
- **Certidumbre en los procedimientos:** Numerosas fuentes a través del tiempo, incluidos varios estudios del Centro de Estudios Políticos y de Gobierno “Padre Francisco José Virtuoso S.J.” de la Universidad Católica Andrés Bello, han detallado múltiples transgresiones a la integridad de los procesos electorales en Venezuela (Alarcón y Casal, 2014) Estas incluyen:
 - Un Directorio del Consejo Nacional Electoral (CNE) parcializado a favor del Gobierno.
 - El nombramiento y la destitución de rectores violando el debido proceso.
 - El control de los organismos subalternos mediante el nombramiento de personal parcializado.

- La discrecionalidad del CNE para normar, regular y gestionar los procesos electorales de manera que favorezcan al gobierno.
- La falta de reglamentación clara de los lapsos y etapas de los procesos del ciclo electoral y el manejo inconsistente de dichos plazos.
- La alteración de los resultados totales y su desconocimiento cuando estos no son favorables al oficialismo.
- La intervención judicial de los partidos de oposición y la inhabilitación de tarjetas.
- La implementación de nuevas normas electorales que han sido rechazadas por la oposición por considerarlas ventajistas para el oficialismo.

De esta forma se puede notar que el proceso de autocratización progresiva de Venezuela, que se aceleró a partir de la llegada de Mauro al poder en 2013, alcanzó su clímax en la elección presidencial del pasado 28 de julio de 2024. Este proceso se caracterizó por el menoscabo aún mayor de las condiciones electorales, un incremento significativo de la represión antes y después del proceso electoral, y una inédita manipulación de los resultados, con la complicidad de las instituciones para favorecer al gobierno. Entre las irregularidades que se hicieron evidentes en la elección presidencial del pasado 28 de julio, habría destacar:

Inhabilitación de candidatos opositores con posibilidades de victoria: Desde principios de 2024, el chavismo implementó una serie de maniobras destinadas a bloquear a candidatos de la oposición con verdaderas posibilidades de ganar. La primera gran ruptura ocurrió el 26 de enero, cuando el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) ratificó la inhabilitación política por 15 años de María Corina Machado, impidiéndole participar en la contienda electoral a pesar de lo negociado en el Acuerdo de Barbados (Acuerdo Parcial Sobre la Promoción de Derechos Políticos y Garantías Electorales para Todos, 17 de octubre de 2023) Esta acción generó una respuesta internacional inmediata. Posteriormente, tampoco se permitió la inscripción de Corina Yoris como su sustituta ante el Consejo Nacional Electoral (CNE).

Designación de un candidato de consenso de la oposición ante los obstáculos: Ante la inhabilitación de María Corina Machado y la imposibilidad de inscribir a Corina Yoris, la oposición ratificó a Edmundo González Urrutia, un exfuncionario diplomático muy poco conocido que la oposición había inscrito provisoriamente y al que seguramente el gobierno no previó como un potencial riesgo.

Dudas sobre la integridad del proceso electoral: La elección de 2024 estuvo marcada por denuncias de fraude electoral. El gobierno de Nicolás Maduro buscó inicialmente obtener reconocimiento internacional y aliviar las sanciones, pero finalmente recurrió a un fraude electoral evidente, como fue documentado en primer lugar por la oposición mediante la recopilación y presentación de las actas originales del proceso y, posteriormente, por el informe detallado del equipo de expertos del Centro Carter (2024).

Estrategias de clientelismo político-electoral: El régimen autoritario ha utilizado históricamente, desde tiempos de Chávez, estrategias clientelares de cooptación de actores políticos, además de la manipulación de las condiciones electorales para intentar legitimarse y mantenerse en el poder. A través de estas estrategias, el régimen ha buscado fragmentar y dispersar el voto de la oposición e incluso aumentar los niveles de abstención para garantizar su continuidad en el poder, pese a ya no contar con el apoyo de la mayoría de los electores. Es así como el gobierno, a través del control que posee sobre el Tribunal Supremo de Justicia, intervino a varios de los principales partidos políticos para ponerlos bajo el control de actores que se benefician de una relación más cercana con el poder, permitiéndoles tener acceso a cargos y cuotas limitadas de recursos. Bajo esta misma lógica, el régimen ha facilitado la creación de nuevos partidos políticos, así como el posicionamiento mediático de varios actores, que intentan ser vistos como una alternativa opositora a los líderes tradicionales o a liderazgos emergentes como el de María Corina Machado.

Control institucional y manipulación del sistema electoral: El chavismo ejerce un claro dominio político-institucional en Venezuela, controlando los poderes del Estado, las Fuerzas Armadas, los servicios de seguridad y los medios de comunicación. Asimismo, la intervención de la arena electoral y la promoción de oposiciones alternativas cooptadas mediante prácticas clientelares son tácticas utilizadas para legitimar los procesos electorales, bajo un sistema que comenzó a transformarse significativamente *de iure* y *de facto* desde 2003, tras el acuerdo para la celebración de un referéndum revocatorio contra Chávez, que finalmente tuvo lugar en 2004 con resultados altamente polémicos y cuestionados. A partir de entonces, se ha fomentado sistemática y progresivamente su partidización y control por parte del grupo gobernante.

Represión y hostigamiento: El gobierno ha utilizado la represión, el hostigamiento y la criminalización de líderes y activistas políticos, así como de personalidades y organizaciones de la sociedad civil en un contexto de aumento de la criminalidad y la violencia.

En resumen, la elección presidencial de 2024 fue un reflejo fidedigno del proceso de autocratización progresiva en Venezuela, el cual se ha caracterizado por la falta de garantías democráticas, la exclusión de candidatos opositores relevantes, una evidente ausencia de condiciones en la integridad electoral del proceso, así como por la falta de transparencia y legitimidad de los resultados, como producto de la ejecución de un evidente fraude electoral que, hasta el momento en que estamos escribiendo estas líneas, no se ha podido desmentir a consecuencia de la pérdida del apoyo popular por parte del oficialismo. De modo que este escenario refleja una involución desde un autoritarismo competitivo hacia uno hegemónico, donde la incertidumbre electoral se reduce a través de la manipulación de resultados y la represión como respuesta ante las denuncias y protestas.

La consecuencia del resultado impuesto oficialmente en la elección presidencial de 2024, si el gobierno actual lograra mantenerse en el poder, pese a las presiones internas y externas para producir una transición democrática, anticipa la continuación en el deterioro de las condiciones electorales como se evidencia de los procesos convocados en 2025, como resultado de que el gobierno haya logrado imponerse, pese a un resultado electoral evidentemente adverso y la caída en el apoyo político que, difícilmente, puede frenarse y mucho menos revertirse.

El uso extensivo de mecanismos clientelares

Ante la pérdida de popularidad, el gobierno depende cada vez más de dos mecanismos opuestos pero complementarios: la represión y la cooptación clientelar. Ambos mecanismos constituyen las dos caras de una misma moneda con la que se pagan los costos del control político y social.

Una cara, la represiva, implica el uso de la fuerza para mantener el poder, lo que genera importantes costos políticos por la pérdida de legitimidad en la medida que arrecia la persecución, los encarcelamientos y las víctimas que deja el proceso, así como económicos, no solo por la necesidad de recompensar adecuadamente la lealtad incondicional de militares, policías, fiscales y jueces que operativizan la represión, sino también por las consecuencias económicas derivadas de su ejercicio como resultado de las disrupciones en la vida cotidiana y por las presiones diplomáticas y económicas que la comunidad internacional le impone al gobierno como consecuencia de sus acciones.

La otra cara de la moneda, la cooptación clientelar, si bien es la que proporciona mayor estabilidad y longevidad al régimen sin los costos políticos que se derivan de la represión, como afirma Merkel (2017), sí demanda una importante disponibilidad de recursos económicos para mantener el control social mediante redes clientelares. Esto se evidenció en la elección presidencial del pasado 28 de julio en la que la escasez de recursos de los últimos años se tradujo en la desar-

ticulación de las redes clientelares y de los mecanismos de control social que se tradujeron en los resultados que todos conocemos.

Bajo las actuales circunstancias, la cooptación clientelar presenta límites importantes impuestos por un evidente deterioro de la situación económica, aunado a las sanciones de la comunidad internacional y, en especial de los Estados Unidos (Orden Ejecutiva N°13884, 2019), (Orden Ejecutiva N°13857, 2019), (Orden Ejecutiva N° 13850, 2018), (Orden Ejecutiva N° 13835, 2018) (Orden Ejecutiva N° 13827, 2018) (Orden Ejecutiva N° 13808, 2017) (Orden Ejecutiva N° 13692, 2015). Es importante notar que esta situación ha generado un impacto significativo en el flujo de caja del gobierno que dificulta la cooptación política a través de estrategias clientelares masivas como fue el caso de las misiones entre 2003 y 2012 (Osorio, 2019).

Hoy en día, como consecuencia de la escasez de recursos, la cooptación política centra los recursos disponibles en una élite reducida que controla las principales instituciones que sirven de pilares de sustentación al gobierno (Fuerza Armada Nacional, Tribunal Supremo de Justicia, Ministerio Público, Contraloría General, Consejo Nacional Electoral, organismos policiales y de inteligencia, entre otros) dejando por fuera a actores y estructuras de control social -que eran las que facilitaban la movilización y competitividad electoral en el pasado- sumando, así, a las dificultades derivadas de la pérdida de apoyo político que dificultan la legitimación formal del gobierno a través del sufragio.

Otra consecuencia de la escasez de recursos es el aumento inédito de la tolerancia a la corrupción, que de acuerdo con Transparencia Venezuela (2024), se ha institucionalizado como parte de la dinámica económica, y como un medio de sustentación para aquellos funcionarios cuya compensación es pagada por los ciudadanos que requieren de una gestión institucional, por aquellos que son chantajeados bajo algún tipo de amenaza, o gracias a la participación en alguna actividad (legal o ilegal) que está restringida al Estado, o que únicamente puede ejercerse bajo su protección o tolerancia.

En los regímenes autoritarios, el control sobre la economía y la distribución de recursos públicos ha sido desde hace mucho una herramienta clave para asegurar la lealtad de actores económicos y limitar el surgimiento de apoyos materiales a la oposición. En Venezuela, el chavismo ha perfeccionado esta lógica a través de un sistema clientelar que combina beneficios fiscales, contratos públicos, concesiones extractivas y acceso a divisas, condicionados todos a la adhesión política o, al menos, a la neutralidad estratégica de empresarios y actores económicos relevantes.

A modo de ejemplo para ilustrar su funcionamiento, el control en la asignación de divisas, durante más de una década, constituyó uno de los instrumentos más efectivos para garantizar la subordinación empresarial. En el marco del régimen de control de cambio que rigió entre 2003 y 2018, las empresas dependían del acceso preferencial a dólares oficiales para importar insumos y mantener sus operaciones. La asignación de estas divisas no obedeció a criterios técnicos o de eficiencia, sino a criterios políticos, lo que convirtió al empresariado en un actor vulnerable, condicionado por la necesidad de preservar sus operaciones en un entorno de escasez inducido de manera artificial.

Además del control cambiario, el otorgamiento de contratos públicos —especialmente en el sector petrolero, la construcción y, más recientemente, en la explotación del Arco Minero— ha sido instrumental para consolidar alianzas de conveniencia con empresas nacionales y extranjeras. Estas adjudicaciones, marcadas por la opacidad y la discrecionalidad, han permitido al gobierno establecer relaciones clientelares con sectores empresariales que, a cambio de acceso preferencial a contratos y concesiones, han evitado cualquier confrontación con el poder político, y, en muchas ocasiones, han ejercido presión sobre sus propias representaciones diplomáticas y gobiernos para normalizar sus relaciones con el gobierno venezolano.

Otro caso emblemático de este patrón es la aprobación y aplicación de la denominada Ley Antibloqueo en 2020 (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N°6583 Extraordinario, 12 de octubre de 2020), que otorgó al Ejecutivo amplias facultades para manejar activos públicos y celebrar contratos bajo cláusulas de confidencialidad, eludiendo controles parlamentarios y permitiendo negociaciones directas con actores privados seleccionados. Esta legislación cuyo propósito era la evasión de las sanciones impuestas por la comunidad internacional, y en especial por los Estados Unidos en 2020, institucionaliza la opacidad y permite el acceso a capitales de origen cuestionable, así como la canalización de beneficios hacia actores alineados o sumisos, fortaleciendo la red de lealtades políticas sobre la que se sostiene el régimen.

Este tipo de prácticas no solo genera dependencia económica, sino que reduce la disposición de los empresarios a respaldar o financiar alternativas democráticas. La percepción de que el éxito o la supervivencia empresarial depende de una buena relación con el gobierno induce a la autocensura, la pasividad y, en muchos casos, a la colaboración tácita con el régimen.

La cooptación social, cultural y comunicacional: Universidades, ONGs y medios de comunicación

El autoritarismo no se sostiene únicamente sobre la manipulación del aparato político y económico, sino que requiere también del control o neutralización de los espacios donde se produce, circula y debate el conocimiento, la cultura y la opinión pública. En Venezuela, esta lógica se ha expresado en una estrategia que combina la asfixia financiera, el hostigamiento judicial y la cooptación indirecta dirigida contra universidades, organizaciones de la sociedad civil, intelectuales, generadores de opinión pública y medios de comunicación, con el objetivo de desarticular los nodos de resistencia intelectual y social.

En el sector de los medios de comunicación, el gobierno ha combinado mecanismos regulatorios y financieros para forzar la venta, cierre o alineación de empresas informativas. La imposición de sanciones administrativas, la revocatoria arbitraria de concesiones radioeléctricas y el uso discrecional de la publicidad estatal han inducido la autocensura o el colapso financiero de medios críticos.

Las universidades públicas, tradicionalmente espacios de crítica y disenso, han sido blanco de una política de estrangulamiento presupuestario que ha limitado su autonomía reduciendo drásticamente sus capacidades de funcionamiento. A través de la asfixia financiera, la autorización o no de programas académicos y otras iniciativas universitarias, la imposición de autoridades designadas desde el Ejecutivo y la persecución de líderes estudiantiles, académicos y sindicales, el gobierno ha logrado silenciar a buena parte de las universidades, minimizando su potencial de articulación social y de cuestionamiento político.

En el caso de las organizaciones no gubernamentales, la adopción de marcos legales restrictivos, como la Ley de Fiscalización, Regularización, Actuación y Financiamiento de las Organizaciones No Gubernamentales ha buscado limitar sus fuentes de financiamiento y exponer a sus integrantes a sanciones penales y administrativas (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N°6855 Extraordinario, 2024).

Estas medidas no solo han reducido el espacio cívico, sino que han promovido una cultura de la neutralidad forzada, en la que tanto instituciones como individuos priorizan su supervivencia por encima de cualquier compromiso con los valores democráticos. La cooptación social y cultural constituye, así, un complemento esencial de la supervivencia autocrática que permite al régimen mantener la apariencia pluralista mientras vacía de contenido real la esfera pública.

La autoexclusión y el silenciamiento inducido: El Costo de la disidencia

En regímenes autoritarios el control no se ejerce únicamente a través de la represión o la cooptación directa, sino también mediante la creación de un entorno de amenazas latentes que inducen la autocensura, el repliegue o la neutralidad es-

tratégica. Esta forma de control indirecto, que Levitsky y Way (2010) denominan “*self-sidelining*”, genera una dinámica en la que los actores sociales e institucionales, enfrentados a un cálculo de costos cada vez más adverso, optan por apartarse de la confrontación con el poder, debilitando progresivamente a la oposición.

En Venezuela, esta lógica se ha manifestado de forma particularmente intensa en sectores empresariales, académicos y mediáticos. El empresariado, en lugar de respaldar iniciativas de cambio o financiar opciones opositoras, ha adoptado una actitud de retraimiento o colaboración pragmática, consciente de que su supervivencia económica depende no de la competitividad de su actividad sino de la buena disposición del poder político para otorgar permisos, divisas, contratos o concesiones.

En el campo académico, la combinación de asfixia presupuestaria, amenazas de intervención institucional y hostigamiento judicial o policial contra docentes, estudiantes y autoridades ha generado una cultura de autocensura y desmovilización. Las universidades han reducido su presencia en el debate público, mientras que investigadores y expertos han optado por la emigración o por el silencio ante la imposibilidad de ejercer una crítica que no acarree represalias.

Algo similar ha ocurrido con los medios de comunicación, donde la judicialización de periodistas, las demandas por difamación y la presión sobre empresas publicitarias han provocado un efecto inhibitor que va más allá de la censura directa. La autocensura se ha vuelto una práctica defensiva y rutinaria, limitando la capacidad del periodismo de ejercer su rol de vigilancia democrática y debilitando la oferta informativa crítica.

Este fenómeno de silenciamiento inducido se extiende también al campo de la sociedad civil y de la ciudadanía organizada, donde la amenaza de criminalización ha generado una retirada progresiva de actores sociales del espacio público, reduciendo las posibilidades de organización y articulación, configurando un entorno donde el conformismo y la pasividad actúan como estrategias racionales de supervivencia política.

El inevitable incremento de la represión dura y sus consecuencias

Cada vez que el gobierno se ha visto en el riesgo real de perder el poder, ha recurrido a medidas represivas duras para controlar a la oposición y evitar procesos de movilización masiva, uno de los escenarios más temidos después de la experiencia del 11 de abril de 2002, que sacó temporalmente a Chávez del poder y lo obligó a negociar el Referéndum Revocatorio, teniendo lugar en el año 2004, eventos que casi acaban prematuramente con su proyecto de poder.

Las protestas masivas han sido un proceso cíclico en Venezuela al que siempre se ha retornado independientemente de los niveles de represión en el ciclo anterior, logrando tan solo períodos de tensa calma sostenidos por más o menos tiempo dependiendo de los niveles de miedo, decepción o desesperanza, pero que siempre han sido retomados por la rabia, la frustración o un cambio en las expectativas de la gente. Es así como, sin contar con las protestas que se produjeron a partir del reclamo por los resultados de la elección presidencial del 28 de julio de 2024, se estima que entre el año 2000 y el 2020 se produjeron más de 100 mil protestas en Venezuela (Observatorio Venezolano de Violencia, 2020).

Evolución de protestas por año entre 1999 y 2025
Figura 1. Número de protestas por año en Venezuela (1999-2025)⁴



Esta figura muestra el número total de protestas registradas por año en Venezuela, sumando tanto protestas políticas como sociales, laborales, educativas y de servicios públicos. Véase que desde 2014, el país ha registrado entre 5.000 y 12.000 protestas por año, con picos en 2017 (8.500 protestas) y 2024 (más de 10.000). El aumento sostenido de protestas sociales a partir de 2015 refleja el colapso progresivo de servicios públicos, deterioro del ingreso real, y pérdida de acceso a derechos básicos.

Los gráficos analizados confirman que, incluso cuando disminuye la protesta política visible, la conflictividad social no desaparece: se transforma, se dispersa geográficamente y permanece activa en el plano local.

⁴ Los datos fueron reconstruidos a partir de: Informes anuales del Observatorio Venezolano de Conflictividad Social (OVCS). Series históricas cualitativas de Provea, Freedom House y Human Rights Watch. Literatura académica especializada (López Maya, Corrales, Penfold, Smilde). Datos estimados para años previos a 2010 con base en eventos emblemáticos y reportes de prensa nacional/internacional.

Figura 2. Total anual estimado de participantes en protestas en Venezuela (1999-2025)⁵



- 5 Los datos se reconstruyeron a partir de: Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. (2010–2024). Informes anuales sobre conflictividad social en Venezuela. Caracas: OVCS. Disponible en: <https://www.observatoriodeconflictos.org.ve>. Human Rights Watch. (2017). Crackdown on Dissent: Brutality, Torture, and Political Persecution in Venezuela. Nueva York: HRW. Disponible en: <https://www.hrw.org>. M. López Maya, “Las protestas en Venezuela (1999–2011): Ruptura del sistema político y conflictividad social”. *Revista Venezolana de Ciencia Política*, (39), 11–36, 2011. Provea. (2020). Informe anual sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela 2019–2020. Caracas: Programa Venezolano de Educación–Acción en Derechos Humanos. Disponible en: <https://provea.org>. J. Corrales, & M. Penfold, *Dragon in the Tropics: Hugo Chávez and the Political Economy of Revolution in Venezuela*. Washington, DC: Brookings Institution Press, 2011. D. Smilde, The Paradox of Violence in Venezuela’s Protests. *NACLA Report on the Americas*, 49(3), 260–265, 2017. Freedom House. Freedom in the World Reports: Venezuela Country Report. Washington, DC: Freedom House, 2010–2024. Disponible en: <https://freedomhouse.org>. Reuters, BBC, El País y The New York Times . Cobertura periodística de protestas masivas en Venezuela, 2002–2024. B. Alarcón, Factores de resiliencia del autoritarismo en Venezuela. Caracas: Centro de Estudios Políticos y de Gobierno, UCAB, 2023. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. Artículo libro Instituto de Investigaciones Jurídicas. Documento inédito compartido por el autor. 2025.

Este gráfico representa una estimación del total anual de personas que participaron en protestas en Venezuela entre 1999 y 2025, expresado en miles de participantes. Para años previos a 2010, las cifras son aproximadas y se basan en reconstrucciones cualitativas de eventos clave. A partir de 2010, las cifras se apoyan en el recuento y análisis sistemático del Observatorio Venezolano de Conflictividad Social (OVCS), complementado con estimaciones de participación por evento (Observatorio Venezolano de Conflictividad Social, 2012); (OVCS, 2013); (OVCS, 2014); (OVCS, 2015); (OVCS, 2016); (OVCS, 2017); (OVCS, 2018); (OVCS, 2019); (OVCS, 2020); (OVCS, 2021); (OVCS, 2022); (OVCS, 2023); (OVCS, 2024) y (OVCS, 2025).

Esta figura no muestra el tamaño de una sola protesta, sino el total anual acumulado de personas que participaron en todas las protestas del año en Venezuela, según datos reconstruidos a partir de:

- Recuento de protestas por año
- Estimaciones de participación por protesta (media aproximada por tipo de protesta).
- Eventos masivos con cientos de miles o millones de personas (como en 2002, 2014, 2017, 2019 y 2024).
- Protestas pequeñas pero muy frecuentes (salud, servicios públicos, salarios, etc.), especialmente desde 2018 (OVCS, 2012-2024); (Human Rights Watch, 2017); (López Maya, 2011); (Provea, 2020); (Corrales y Penfold, 2011); (Smilde, 2017); (Freedom House, 2010-2024); (BBC, 2024); (Reuters, 2022-2024); (The New York Times, 2019); (Alarcón, 2023) e (Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2025).

Nótese que estas cifras no significan que millones de personas protestaron al mismo tiempo o en un solo evento, sino que al sumar todos los eventos en un año, la participación total supera los cientos de miles o incluso millones.

Ejemplos concretos:

- 2002: Solo la marcha del 11 de abril movilizó cerca de 1 millón de personas en Caracas. A eso se suman varias protestas y concentraciones durante el paro cívico y la huelga petrolera.
- 2014 y 2017: Años de protestas sostenidas con más de 5.000 eventos cada año, muchos de ellos masivos, como aquellos del período abril-julio de 2017, donde solo en Caracas hubo más de 100.000 personas en múltiples fechas.

- 2019: En enero y abril se reportaron movilizaciones simultáneas en más de 50 ciudades, con decenas o cientos de miles de personas en varias de ellas.
- 2024: Las protestas tras la elección presidencial y la inhabilitación de la transición política generaron otra ola de movilización generalizada.
- 2025 (estimado): Se mantiene un patrón de protestas descentralizadas, con menos picos masivos pero mayor participación acumulada.

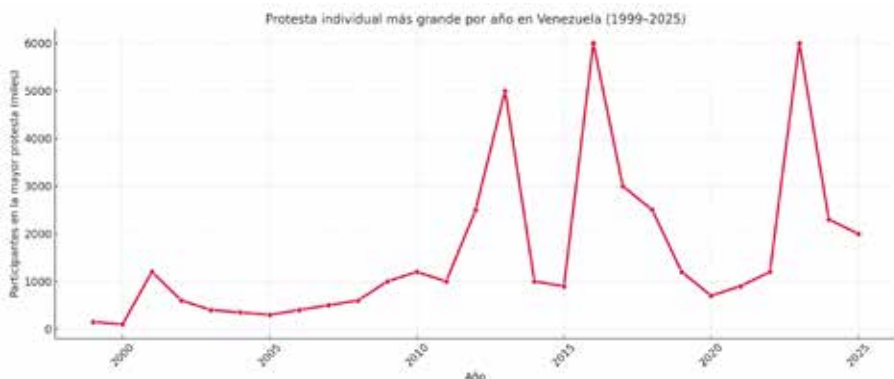


Figura 3. Protesta individual más grande por año en Venezuela (1999-2025)⁶

Este gráfico representa el evento individual de protesta más masivo registrado cada año en Venezuela entre 1999 y 2025, expresado en miles de participantes. El gráfico revela picos bien definidos de movilización masiva en: 2002 (marcha del 11 de abril), 2014, 2017 (abril–julio), 2019 (23E y 30A) y 2024 (protestas post-electorales). La capacidad de movilización no desapareció, aunque desde 2021 tiende a la fragmentación y descentralización en lugar de grandes eventos nacionales.

6 Fuentes: Estimaciones reportadas por la prensa internacional y nacional confiable (BBC, Reuters, El País, El Nacional). Informes del Observatorio Venezolano de Conflictividad Social (OVCS) y organizaciones como Human Rights Watch y Provea. Referencias académicas como López Maya (2011), Smilde (2017), Corrales y Penfold (2011), y documentos internos del Centro de Estudios Políticos y de Gobierno de la UCAB. En años de movilización masiva (2002, 2014, 2017, 2019 y 2024), los eventos más grandes sobrepasaron los 2 millones de personas según diversas fuentes. Las cifras son estimaciones conservadoras, especialmente en años donde las movilizaciones fueron múltiples y simultáneas.

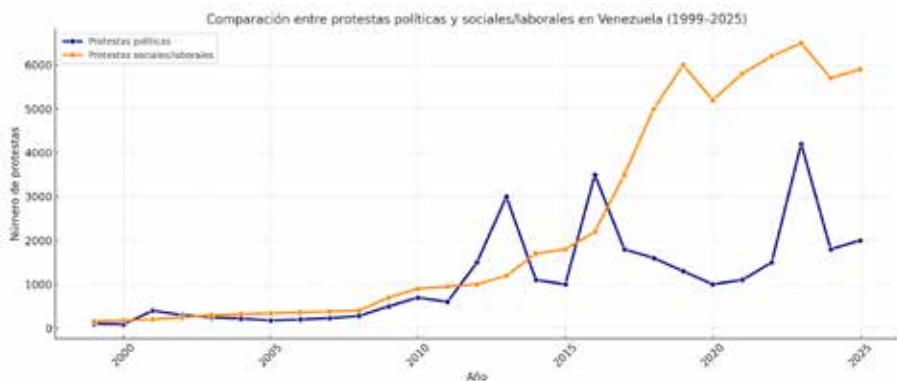


Figura 4. Comparación entre protestas políticas y sociales en Venezuela (1999-2025)

Esta figura compara la evolución del número de protestas políticas y sociales/laborales/educativas por año en Venezuela entre 1999 y 2025.⁷ Se entiende por protestas políticas: aquellas contra el régimen, por elecciones libres, en defensa de derechos civiles o por cambios institucionales. Se entiende por protestas sociales/laborales: aquellas motivadas por servicios básicos, salud, educación, salarios, alimentación, pensiones o reclamos laborales.

Vemos que a partir de 2014, el número de protestas sociales supera al de protestas políticas en forma sostenida. Esto refleja el efecto de la represión política, así como un proceso de descentralización del conflicto: mientras las protestas políticas tienden a concentrarse en Caracas, las sociales ocurren en todo el país. Por otro lado, en años como 2017 y 2024, las protestas políticas se disparan, pero las sociales se mantienen como un fenómeno estructural continuo, relacionado con el colapso de servicios y el deterioro del ingreso real.

Nueva temporada

Con base en el análisis de fuentes académicas y empíricas reconocidas, puede afirmarse que la probabilidad de que ocurran nuevas protestas masivas en Venezuela en el corto, mediano y largo plazo sigue siendo alta, aunque su manifestación dependerá de factores contextuales, emocionales y estratégicos. La evolución de las protestas en Venezuela desde la llegada del chavismo al poder evidencia un ciclo persistente durante los últimos 25 años, con picos significativos en 2002,

⁷ Las cifras se estimaron a partir de: Informes anuales del Observatorio Venezolano de Conflictividad Social (OVCS), que distingue ambos tipos de protesta desde 2011. Reconstrucciones cualitativas de años anteriores a partir de fuentes académicas (López Maya, Provea, Corrales y Penfold). Reportes de prensa y organizaciones de derechos humanos que dan cuenta de los motivos principales de las movilizaciones.

2007, 2014, 2017, 2019 y 2024, todos ellos asociados a motivos políticos como crisis de legitimidad, decisiones institucionales arbitrarias o fraude electoral. De esta manera, las experiencias pasadas demuestran que ni la represión ni el desgaste garantizan la desmovilización definitiva, sino que las oleadas de protesta tienden a renovarse cuando cambian las expectativas colectivas o se presentan quiebres en la hegemonía narrativa del régimen.

A pesar del endurecimiento del aparato represivo y la cooptación clientelar descritas, estos mecanismos tienen límites estructurales. Como señalan Merkel (2017) y Levitsky y Way (2002), el uso excesivo de represión dura puede erosionar la legitimidad interna y dificultar la sostenibilidad del régimen, mientras que la cooptación exige recursos que hoy son más escasos por sanciones, corrupción y deterioro fiscal. Al mismo tiempo, la emigración masiva ha supuesto una “válvula de escape” que ha reducido la presión demográfica y política interna, aunque también ha generado una diáspora políticamente activa que tiene la capacidad de influir en la opinión pública interna y mantiene el foco internacional en la crisis venezolana.

En el corto plazo, las probabilidades de protestas masivas están condicionadas por la represión selectiva, el miedo acumulado y la reciente frustración derivada del fraude electoral de 2024. Sin embargo, el desgaste del régimen, la fractura de sus capacidades de control social, la erosión de su legitimidad y la imposibilidad de mantener un sistema electoral mínimamente competitivo podrían reactivar la movilización. Como muestra el patrón histórico, estas protestas no responden exclusivamente a llamados organizados, sino que son detonadas por eventos catalizadores inesperados —desde reformas educativas hasta sentencias judiciales o decisiones políticas críticas— que reconfiguran emocionalmente a la ciudadanía.

En el mediano y largo plazo, la continuidad de la autocratización sin resultados tangibles en materia económica o institucional, unida a la imposibilidad de absorber las demandas acumuladas, hace muy probable que nuevas generaciones retomen la calle como forma de acción colectiva. Como señala la literatura sobre movimientos sociales en contextos autoritarios (Tarrow, 2011) y (Tilly y Wood, 2009), los regímenes que bloquean sistemáticamente la participación tienden a acumular frustración que tarde o temprano se transforma en protesta disruptiva. Venezuela, con su larga tradición de movilización popular, sigue siendo un caso paradigmático de esta dinámica.

La protesta social y política en Venezuela, aunque históricamente frecuente e intensa, ha demostrado ser una condición necesaria pero no suficiente para provocar una transición democrática. Las conclusiones presentadas indican que, pese a la masividad y persistencia de las protestas durante las últimas dos décadas,

estas no han logrado por sí solas desencadenar un cambio de régimen, principalmente por el desarrollo de un aparato autoritario capaz de gestionar, contener y reprimir la movilización ciudadana sin colapsar.

Desde un enfoque comparado, múltiples estudios (Chenoweth & Stephan, 2011); (Levitsky y Way, 2010) y (Merkel, 2017) señalan que las transiciones democráticas exitosas suelen requerir una confluencia entre presión popular sostenida, fracturas en la coalición dominante y respaldo internacional estratégico. En el caso venezolano, la protesta ha sido crucial para mantener viva la conciencia de resistencia y para visibilizar el descontento nacional e internacionalmente. Sin embargo, ha carecido de capacidad estructural para traducirse en reformas institucionales, debido a tres factores clave: (1) la cohesión del bloque autoritario en momentos críticos, (2) el aislamiento y fragmentación territorial de las protestas, y (3) el debilitamiento del efecto multiplicador de la movilización por represión selectiva y censura.

No obstante, la protesta puede catalizar una transición si se combina con otros factores de cambio, como divisiones internas dentro del oficialismo, erosión de la base de apoyo militar y una coyuntura crítica política o económica. Además, el tipo de protesta importa: acciones no violentas, organizadas, sostenidas y con objetivos políticos claros, tienen una mayor probabilidad de éxito (Chenoweth, 2021). Las movilizaciones de 2002, 2014, 2017, 2019 y 2024 mostraron que el régimen no es invulnerable, pero también evidenciaron que, sin coordinación estratégica y un plan de transición viable, la protesta tiende a ser neutralizada o absorbida.

En síntesis, la protesta por sí sola no genera transición, pero su ausencia haría aún más improbable cualquier apertura democrática. Su poder reside en su capacidad para erosionar la legitimidad del régimen, crear costos crecientes de represión y abrir ventanas de oportunidad para negociaciones o rupturas, por lo que para que tenga un impacto transformador, debe articularse con una estrategia política integral, acompañada por presión internacional eficaz y capacidad de organización interna.

Eliminación de la competencia y la legitimación electoral

Durante 2025 se confirma la tendencia iniciada tímidamente en 2017, con la elección de una Asamblea Nacional Constituyente, hacia la eliminación de la competitividad electoral, tras las cuestionadas elecciones presidenciales de 2013 y la derrota sufrida por el gobierno en las parlamentarias de 2015. Es así como las elecciones de constituyenteistas, gobernadores y diputados de las Asambleas regionales de 2017, la presidencial y las municipales de 2018, así como las parlamentarias de 2020 estuvieron caracterizadas por la implementación de meca-

nismos de exclusión, tales como: las inhabilitaciones, la intervención judicial de partidos políticos de oposición y la asignación de sus tarjetas a actores políticos cooptados y controlados por el gobierno. Y aunque esta tendencia se moderó en cierta medida de cara a las elecciones regionales y municipales celebradas el 21 de noviembre de 2021, en las que, como resultados de los procesos de negociación, el gobierno asumió el riesgo de permitir la participación de la alianza opositora bajo la tarjeta de la Mesa de la Unidad Democrática y la presencia de una misión de observación europea, la tendencia se revierte nuevamente como consecuencia de los cuestionamientos plasmados en el informe de observación electoral.

Es así como la elección presidencial de 2024, caracterizada por la designación de un nuevo Consejo Nacional Electoral (CNE) mucho más controlado por el gobierno, la inhabilitación de cualquier partido y candidato que el gobierno estimara competitivo, como sucedió con María Corina Machado y su designada, Corina Yoris, así como por la negativa a permitir una misión de observación electoral como la europea, constituye el pináculo de las evidencias clave sobre el deterioro de una integridad electoral mínima que se extingue aún más tras el anuncio de unos resultados contrarios a los evidenciados en las actas mostradas por la oposición, quienes se atribuían el triunfo con más del 70% de los votos (Centro de Estudios Políticos y de Gobierno, 2025).

Esta tendencia, que pareciera irreversible hacia la eliminación de la competencia electoral, ante la pérdida del piso político del oficialismo, se confirma durante los procesos de 2025 en los que se convocan elecciones parlamentarias y regionales para el 25 de mayo, de forma anticipada en casi siete meses, y a las municipales para el 27 de julio, también adelantadas unos cinco meses, lo que dificulta el cumplimiento de todas las etapas del ciclo electoral, como es: la actualización del registro para incluir a los nuevos votantes, la formación de alianzas, la postulación de los candidatos, el levantamiento de recursos para las campañas, las auditorías del *hardware* y el *software* que se utilizaran en el proceso y el financiamiento y desarrollo de las campañas, entre otros problemas.

La imposición de un proceso electoral sin condiciones mínimas tuvo como consecuencia la negativa a participar de los partidos que conforman la alianza opositora mayoritaria que postuló y apoyó a Edmundo González Urrutia en la elección presidencial de 2024, obteniendo unos niveles de abstención que pudieron estar en torno al 80%, y unos resultados electorales no auditables que dejaron al oficialismo con más del 90% de los curules de la Asamblea Nacional y 23 de las 24 gobernaciones disputadas.

Es poco probable, mientras se mantenga el *statu quo*, que se mejoren de manera significativa los niveles de integridad electoral para volver a tener elecciones

libres, competitivas y verdaderamente democráticas, por lo que es predecible que se mantendrán niveles bajos de participación y, en consecuencia, el cuestionamiento interno e internacional sobre la legitimidad de las autoridades electas. Este cuestionamiento hace inevitable un alto nivel de polarización política por parte de la oposición y una parte significativa de quienes reclaman un cambio de gobierno, que para mayo de 2025 superaba al 70% de la población. (CEPyG, 2025)

En resumen, mientras el gobierno actual se mantenga en el poder, los procesos electorales en Venezuela probablemente continuarán siendo instrumentalizados para intentar legitimar formalmente la continuidad del régimen, a través de un alto grado de manipulación, represión y falta de garantías para una competencia justa y equitativa. La experiencia de la elección presidencial de 2024 y las siguientes que han tenido lugar durante el 2025, así como el anuncio de una nueva Reforma Constitucional que, en palabras del mismo Maduro incluiría la creación del “sistema electoral de los circuitos comunales”, sugiere una instrumentalización de lo electoral que tiene como propósito la consolidación de una hegemonía autocrática, donde la legitimidad se subordina a la necesidad de evitar la pérdida del poder (Efecto Cocuyo, 2025).

¿Es posible una consolidación autocrática en Venezuela?

Aunque predecir el futuro no es posible, los análisis comparados pueden ayudarnos a tener alguna aproximación a una respuesta plausible sobre la probabilidad que el régimen venezolano tiene de consolidarse como un régimen autocrático hegemónico.

Lo primero que debemos considerar es el hecho cierto que, tras veintiséis años en el poder, no se puede dudar de la capacidad de adaptación y resiliencia del régimen venezolano, sobre todo si consideramos que tras la muerte de Chávez hace casi trece años, el chavismo ha sobrevivido otros trece sin un liderazgo carismático que garantice, como aquel lo hacía, su capacidad para competir, como quedó demostrado a partir de 2013.

El régimen venezolano ha transitado de un autoritarismo competitivo hacia una autocracia hegemónica electoral. Instituciones democráticas como la justicia, la libertad de expresión y la participación opositora han sido socavadas gradualmente, mientras el poder gubernamental monopoliza los resortes del Estado. Índices internacionales confirman este deterioro: *Freedom House* (2025) califica al país como “No libre” con sólo 15/100 puntos; *The Economist Democracy Index 2024* (2025) ubica a Venezuela en la posición 142/167 con una puntuación de 2.25 (en escala 0–10), clasificándola abiertamente como un autoritarismo; en el índice de democracia electoral de V-Dem cayó de 0.40 en 2012 a 0.21 a fines de

2023 (sobre 1) y el de democracia liberal de 0.15 a 0.06, reflejando un deterioro sistemático del grado democrático. (*V-Dem Institute*, 2025) En palabras de Alarcón e Hidalgo (2024), Venezuela ha ido “deslizándose el régimen hacia otro de tipo hegemónico, entendiéndose este último, como un sistema caracterizado, entre otros aspectos, por bajos niveles de incertidumbre electoral” (p. 464). Este diagnóstico coincide con estudios de casos comparados (por ejemplo, el estudio de Schedler, 2013) que muestran procesos similares de cierre autoritario en otros contextos.

Si retomamos los factores internos y externos, así como la capacidad del régimen para adaptarse y manejar ciertos dilemas de los que depende su longevidad, podríamos afirmar que, a la presente fecha, el balance es adverso a las probabilidades de que el régimen pueda mantenerse por mucho más tiempo. Analicemos este balance mediante el diagnóstico de los factores expuestos.

Factores internos

1. Manipulación progresiva de instituciones democráticas: El régimen emplea elecciones multipartidistas como fachada mientras altera las reglas del juego. Ha restringido la independencia del Poder Judicial, interviniendo instituciones electorales y sancionando o inhabilitando a dirigentes opositores (por ejemplo, María Corina Machado fue inhabilitada sin proceso nuevamente en 2023). Las listas de votantes son manipuladas y se reporta fraude sistemático en el conteo de votos para asegurar victorias oficiales. *Freedom House* (2025) señala que el gobierno “ha clausurado prácticamente todos los canales de disidencia política” y celebra comicios “marcadamente viciados” para garantizar el control estatal.

2. Control de los poderes del Estado: El chavismo pareciera ejercer un dominio absoluto del aparato estatal. Controla el Ejecutivo, la Asamblea Nacional electa en 2020 (mediante intervenciones judiciales) y el Poder Judicial (a través del Tribunal Supremo de Justicia). Las fuerzas armadas han sido “politizadas y desinstitucionalizadas”, mientras servicios de seguridad y grupos paraestatales (“colectivos”) operan alineados con el gobierno. El régimen también domina los medios de comunicación y ha cooptado sectores económicos y sociales clave.

3. Cohesión de élites y control de recursos: El régimen mantiene la unidad de las élites gobernantes mediante la distribución clientelar de los recursos estatales. Como observa Alarcón (2023), es más fácil preservar la cohesión del bloque oficialista cuando quienes ocupan el poder controlan también los recursos clave, pues salirse del bloque implica perder acceso a los recursos o licencias que dependen del Estado. En cambio, los actores opositores que carecen de incentivos semejantes enfrentan un dilema del prisionero y tienden a fragmentarse como

consecuencia del dilema entre correr el riesgo de mantenerse en la lucha o pasar a cooperar con el régimen. Los crecientes costos de sostener el poder se compensan concentrando mayores ingresos petroleros y presupuestarios en mano de los funcionarios esenciales para el control institucional y la represión. De hecho, Maduro ha fortalecido sus vínculos con la élite militar, aumentando su cuota de participación en el gobierno; casos como Egipto o Zimbabue ilustran este patrón de empoderar a los militares de cara a sostener al régimen. Sin embargo, debe reconocerse que, pese a todos los intentos, el oficialismo no ha logrado cooptar a los partidos mayoritarios de oposición, que son aquellos que conforman la Mesa de la Unidad Democrática, conocida hoy como Plataforma Unitaria Democrática.

4. Dilema opresión vs tolerancia: El régimen calcula continuamente el balance entre sus costos de reprimir a la oposición o tolerar cierto juego político con distintos actores políticos. Cuando la base popular oficialista disminuye, el gobierno se ve obligado a apelar a una mayor autocratización del sistema para tratar de sobrevivir. Lindberg (2010) y Alarcón (2014 y 2023) sistematizan este dilema señalando que un régimen autocrático electoral enfrenta permanentemente la disyuntiva entre dos estrategias básicas: la opresión, mediante el uso creciente de represión policial, judicialización de rivales o fraudes electorales, o la tolerancia, que consiste en permitir transferencias de poder a través de elecciones con un mínimo de competitividad. Cada estrategia acarrea riesgos y costos propios.

En Venezuela, la pérdida de legitimidad electoral tras la elección de 2024 elevó los riesgos y los costos de tolerancia. Maduro intensificó, entonces, la represión para evitar perder el poder, con un impacto negativo aún mayor en sus niveles de legitimidad y aumentando las presiones internas y externas.

5. Capacidad estatal y clientelismo: Pese a su debilitamiento, el Estado venezolano conserva capacidades significativas para implementar políticas y contener demandas. Según Tilly (2007) la capacidad estatal se mide por la habilidad de redistribuir recursos, ejecutar políticas y ejercer coerción. El régimen venezolano continúa interviniendo y alterando la distribución de recursos, la definición y ejecución de políticas, así como ejerciendo la coerción, pero con una efectividad cada vez menor que se evidencia en la reducción del alcance de sus redes clientelares y programas sociales, como las misiones. Asimismo, el oficialismo que siempre ha usado el clientelismo electoral para movilizar apoyo en elecciones y en espacios locales, ha visto significativamente reducida esa capacidad por la falta de recursos, lo que le ha obligado a concentrarlos, cada vez más, en un conjunto muy pequeño de actores clave de la cúpula gubernamental, al tiempo que ve deteriorado su apoyo y control en las bases sociales.

6. Fortaleza de la oposición: La oposición democrática venezolana, representada por la Plataforma Unitaria Democrática (PUD), ha alcanzado una posición de fortaleza estratégica sin precedentes desde 1999, tras lograr una victoria presidencial clara en las elecciones del 28 de julio de 2024 con Edmundo González Urrutia como candidato unitario, impulsado por un liderazgo político legitimado en las primarias (María Corina Machado) y una movilización social masiva. A pesar de los intentos del régimen por dividir o desarticular a la oposición a través de elecciones legislativas y regionales en 2025, la coalición se ha mantenido cohesionada, ha rechazado colectivamente la cooptación institucional y ha fortalecido su narrativa nacional e internacional sobre la defensa del mandato presidencial recibido en 2024. Esto debe reconocerse como un activo esencial para cualquier escenario de transición y debe reforzarse desde todos los frentes (comunicación, articulación internacional, protección de liderazgos, movilización cívica).

A todo evento, no puede desconocerse que tal fortaleza no está exenta de amenazas importantes que la podrían erosionar la coalición, como es el caso de las presiones de algunos activistas políticos por participar en procesos electorales para intentar alcanzar algunas posiciones, lo que inevitablemente implica tolerar la cooptación gubernamental; las diferencias estratégicas sobre el rol de las negociaciones; la protesta ciudadana o la participación internacional; o el peligro de un eventual agotamiento de la ciudadanía ante la falta de resultados en el corto plazo.

7. Adaptación y aprendizaje de los autócratas: Al igual que otros líderes autoritarios modernos, Maduro ha aprendido de experiencias globales para perfeccionar sus tácticas. El régimen ha “modernizado prácticas autocráticas” inspirándose en casos afines combinando maniobras legales con propaganda y represión más sutil, así como forjando alianzas con socios autoritarios de alto perfil como Cuba, China, Rusia, Irán y Turquía, que proveen respaldo político, militar y económico. Como señala Corrales (2020), Maduro “concentró el poder, paradójicamente, compartiendo el poder” (p.43-44) con ciertos sectores clave, adaptando métodos (financiación, cooptación, co-respaldo militar) para prolongar su mandato. Esta flexibilidad táctica ilustra la estrategia del dictador moderno (Dobson, 2012) y (Bueno de Mesquita y Smith, 2011): competir cuando conviene y reprimir cuando es necesario, aprendiendo de errores pasados. El resultado es un régimen que, aunque cada vez más cerrado, exhibe sofisticación al manipular instituciones y manejar el aparato del Estado en su favor.

Factores internacionales

Venezuela enfrenta una coyuntura internacional poco favorable a la democratización si consideramos las tendencias mundiales durante lo que hoy se conoce

como la Tercera Ola de Autocratización (V-Dem Institute, 2025), lo que ha implicado un retroceso constante desde 2010 que ha llevado a que hoy más de la mitad del mundo sea gobernado por regímenes autocráticos. A todo evento, es importante considerar que su entorno más próximo, es decir los Estados Unidos, quien ha sido un actor muy relevante, ha generado, históricamente, presiones políticas, a través de su acción diplomática y la imposición de sanciones las cuales, tras el retorno de Donald Trump a la Casa Blanca, han aumentado de manera considerable al retomarse la política de máxima presión que se aplicó a Venezuela en apoyo al gobierno interino de Juan Guaidó durante 2019 y 2020.

Desde entonces, el gobierno de Maduro ha buscado contrarrestar la influencia de Occidente alineándose, como Cuba lo hizo en su momento, con potencias alternativas autoritarias –Rusia, China, Irán y Turquía– cuyo apoyo financiero, político y de seguridad han ayudado a sortear sanciones y el aislamiento occidental. Al mismo tiempo, la disminución del liderazgo multilateral occidental, como por ejemplo la multipolaridad global, han brindado un margen de maniobra importante al régimen. Esta dinámica concuerda con el análisis comparado. En contextos donde coexisten influencias democráticas y autoritarias, los regímenes híbridos tienden a equilibrarse según con quién tengan alianzas (Levitsky y Way, 2002). Además de su relación con grandes potencias, Venezuela integró redes regionales con regímenes híbridos y autoritarios. Los ejemplos de países como Nicaragua (Ortega–Venezuela) muestran cómo dicha cooperación consolida estructuras autocráticas mutuamente.

En resumen, la opción estratégica de buscar apoyos en hegemonías alternativas ha permitido reducir la vulnerabilidad externa del chavismo frente a Occidente. En tal entorno, las sanciones occidentales pierden eficacia colectiva (por ejemplo, Rusia ejerce veto en la ONU, China ofrece alternativas financieras) mientras regímenes democráticos más poderosos tienden a priorizar la *realpolitik* sobre la defensa activa de la democracia, tal como observa el reporte *Nations in Transit* (Freedom House, 2020). En síntesis, un clima internacional favorable al autoritarismo complica las presiones externas significativas y legítima indirectamente la continuidad del modelo chavista. A todo evento, es necesario reconocer que en la actualidad la situación de estos países es muy distinta a la de 2019 y 2020 con Cuba sin los Castro al frente y atravesando una de sus peores crisis sociales de las últimas décadas, Rusia en medio de una guerra con Ucrania que ya le ha costado más de un millón de soldados, China en medio de una guerra comercial con los EE.UU, e Irán en plena escalada del conflicto con Israel y los EE.UU por la amenaza de desarrollo de armamento nuclear.

La Tríada de Merkel

Si complementamos este balance a partir de la tríada analítica de Wolfgang Merkel (2017) —legitimación, represión y cooptación— resulta posible intentar un ejercicio prospectivo para evaluar la capacidad del régimen de Nicolás Maduro para mantenerse en el poder en distintos horizontes temporales. En el corto plazo, la legitimación electoral resulta imposible tras los resultados de la elección presidencial de 2024, y una legitimación por resultados se muestra poco probable como consecuencia del acelerado deterioro de la situación económica y social del país. Es predecible que el gobierno intentará su legitimación a través de nuevos procesos electorales, como las elecciones regionales, parlamentarias y municipales, así como a través de una reforma constitucional que intentará vender la narrativa de dar mayor poder al pueblo por medio del Estado Comunal. A todo evento, lo más probable es que estas iniciativas apenas logren recalibrar el apoyo minoritario sin detener la erosión del contrato social.

Por otro lado, el cierre de espacios cívicos, restricciones a ONGs y medios seguirán siendo el instrumento preferido para inhibir la libre expresión y las movilizaciones ciudadanas, mientras que la represión “dura” se reserva para casos emblemáticos, pues su extensión dañaría la ya frágil legitimidad interna y agravaría las sanciones internacionales. La cooptación, por su parte, se ha focalizado, principalmente, en las élites militares y grupos parapoliciales, así como en quienes lideran instituciones clave, mientras la limitación de ingresos petroleros y las sanciones obligan a un clientelismo cada vez más restrictivo, dando como resultado un equilibrio difícil de sostener en términos de cooptación.

Esta situación en el mediano plazo hará inevitable que el régimen tenga que enfrentar crecientes tensiones en estos tres pilares. Sin reformas políticas, la legitimación por resultados será imposible ante la formación de nuevas capas medias y el descontento popular. El dilema “opresión vs. tolerancia” (Dahl, 1971); (Levitsky y Way, 2002); (Schedler, 2002) y (Lindberg, 2010) se agudizará considerando que endurecer la represión dura erosionaría la base cooptada y exacerbaría la condena internacional, mientras que atenuarla abriría grietas políticas que la oposición —si se mantiene cohesionada— podría articular como hizo en 2015, 2023 y 2024. Con recursos limitados para sostener redes clientelares amplias, el régimen deberá decidir entre preservar la lealtad militar o conceder mínimas aperturas políticas, riesgo que podría traducirse en radicalización represiva o en mayores concesiones que trataría de mantener bajo control para evitar errores como en el pasado.

A largo plazo, sin una reestructuración profunda, la supervivencia simultánea de legitimación, represión y cooptación parece inviable. Merkel (2017) destaca que las dictaduras que prolongan la represión dura sin reforzar la legitimación y sin recursos suficientes para cooptar acaban por perder la estabilidad estructural,

por lo que si el gobierno no avanza en acuerdos que alivien las sanciones y no inicia una apertura institucional controlada, los escenarios posibles se decantan entre un autoritarismo más rígido y cada vez más costoso, como ha sido el caso hasta ahora, o en el extremo opuesto, o sea en un colapso sistémico. Una transición forzada, sea por fractura interna de las élites o por presiones conjuntas internas y externas, se vuelve entonces el escenario más plausible, aunque no inevitable.

Escenarios futuros

1. Consolidación de la autocracia (estabilización autoritaria): En este escenario, el régimen logra mantener su cohesión interna y restaurar cierta estabilidad económica (por ejemplo, mediante la recuperación petrolera o ayudas financieras provenientes de gobiernos aliados). Prevalecerán las elecciones controladas como herramienta legitimadora formal, pero sin posibilidad alguna de alternabilidad en el poder ni en cargos clave como el control de la Asamblea Nacional. Las contiendas electorales contarían con la participación de opositores “autorizados” mientras los opositores y disidentes más firmes serán inhabilitados y/o criminalizados. La estructura de poderes consolidaría un Poder Ejecutivo todopoderoso, un Legislativo servil, un Poder Judicial fiel y una rectoría electoral capaz de eliminar cualquier incertidumbre o sorpresa sobrevenida de procesos comiciales. Una Reforma Constitucional posiblemente modificaría la arquitectura electoral para pasar a un modelo de voto indirecto a través de representantes de los circuitos electorales lo que haría innecesaria la alternabilidad de dentro del mismo chavismo, reforzando el “liderazgo” atemporal de Maduro en el poder, y las redes clientelares se renovarían para incorporar nuevas bases sociales debilitadas por la crisis, garantizando el apoyo mínimo necesario. Esta salida reflejaría el “camino de la estabilización por autocratización” que Levitsky y Way (2002) identifican en ejemplos como Nicaragua o Bielorrusia. De verificarse, Venezuela ingresaría a un ciclo de autoritarismo electoral hegemónico duradero: ningún candidato de oposición real podría competir en igualdad (similar a Hungría post 2010), y el régimen gozaría de las alianzas y la autonomía suficiente para resistir la presión externa de las democracias que se le oponen. La situación actual indica que el gobierno avanza decididamente en esta dirección.

Incluso, entre 2019 y 2024, el gobierno buscó negociaciones con la oposición solo para ganar tiempo, dispersar críticas y reducir la presión internacional, manteniendo intactas sus palancas de control, como reconoce el reciente un reporte oficial sobre la participación de Noruega en el conflicto venezolano entre 2019 y 2024 (Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de Noruega, 2024-2025) Bajo este escenario, la transición democrática sería muy poco probable, y la posibilidad de consolidación de una autocracia hegemónica sería alta con consecuencias

no solo para Venezuela, sino para todo el continente por la influencia que, a través del país, ejercerían actores como China, Rusia e Irán.

2. Radicalización creciente: Si las presiones internas (crisis económica severa, protestas masivas) o externas (embargos más duros, quiebre de aliados) llevan al oficialismo al límite, el régimen podría radicalizarse al estilo de Ortega en Nicaragua durante el 2018. En tal caso, aumentaría brutalmente la represión. Esto implicaría el uso intensificado de fuerzas de seguridad para dispersar protestas, encarcelar líderes de oposición, censurar redes sociales y suspender todo proceso electoral. Sería un escenario extremo donde el gobierno renuncia a cualquier proceso de negociación y cierra las puertas a todo arbitraje electoral.

La literatura comparada sugiere que esta vía ocurre cuando “los costos de tolerancia” superan con creces a “los costos de represión”. Un signo de este camino sería la posible aplicación de Estados de Excepción indefinidos o la militarización manifiesta del país. Aunque en el corto plazo podría reforzar el control gubernamental (desarticulando cualquier disidencia), esto conllevaría altos costos políticos y humanitarios, así como un aislamiento internacional casi total que haría al gobierno muy dependiente de la actuación del aparato represivo y de la lealtad incondicional del sector militar, lo cual nunca está garantizado, y mucho menos cuando hay una seria erosión de la legitimidad, como demuestran los casos de Irak (2003), Libia (2011), Egipto (2011) y Bolivia (2019), entre otros, además del muy alto riesgo de engendrar resistencias violentas imprevistas.

El desenlace de este escenario dependerá, entonces, de la capacidad del gobierno para mantener la cohesión interna y la lealtad incondicional del aparato represivo, y en especial de la Fuerza Armada, ante un panorama en donde los dilemas entre reprimir o buscar un acuerdo se exacerbarán ante las dudas sobre la capacidad real de resistir por la fuerza ante un incremento cada vez mayor de los costos de represión.

3. Transición Democrática: Un tercer escenario sería el resultado del debilitamiento político progresivo del régimen, que podría derivar en una transición forzada. Esto sucedería si convergen factores críticos: una severa contracción de los ingresos que permiten mantener el control sobre actores esenciales, la fractura en las élites y la reactivación simultánea de una oposición cohesionada y movilizadora con respaldo internacional. En tal escenario, los altos costos de represión –políticos, económicos y de supervivencia del líder– podrían exceder los beneficios de mantenerse en el poder, lo que generaría condiciones para hacer surgir negociaciones entre oficialismo y oposición que deriven en un gobierno de transición, a consecuencia del reconocimiento del resultado electoral de 2024 o de la instalación de un gobierno interino pactado que llevaría al país a una nueva

elección con supervisión internacional (un escenario dificultado por la desconfianza mutua).

Internacionalmente, la aproximación de los EE.UU y/u otros actores (como sucedió con los acuerdos que contribuyeron a la primaria de 2023 y la elección de 2024) podría abrir canales que aceleren cambios gubernamentales. Este camino equivale a reducir los costos de tolerancia frente a la oposición, reforzando la democratización a través de controles legales mínimos a cambio de garantías para la élite gubernamental. Sin embargo, dada la dinámica autoritaria vigente, un desmontaje pacífico resulta hoy poco probable.

En casos como el de Venezuela, las transiciones más comunes no han sido por reforma, sino por mecanismos de ruptura o *ruptforma*⁸ como han sido los golpes militares o el colapso del Estado. Este escenario, aunque remoto —dados los intereses clientelares creados a lo interior del aparato institucional— no puede descartarse totalmente considerando el resultado electoral de las presidenciales en

8 Juan Linz (1990) reconoce tres tipos de transición política, dependiendo del balance de poder entre el gobierno y la oposición, y cómo estos interactúan cuando el poder del régimen empieza a deteriorarse: **•Ruptura:** En este tipo de transición, el balance de poder favorece a la oposición, que es capaz de liderar las iniciativas democratizadoras, y la élite gobernante colapsa siendo expulsada del poder. Contrario a la creencia popular, las rupturas son la forma menos común de transición democrática. Incluso cuando ocurren, el reemplazo en el poder no suele completarse, y lo que normalmente sucede son cambios de liderazgo dentro del mismo régimen autoritario, como golpes de Estado, arreglos internos o sucesiones por la muerte del líder. Para que una ruptura se produzca, la oposición debe tener altos niveles de legitimidad, poder y capacidad organizativa, mientras que la élite gobernante pierde toda su legitimidad y capacidad de maniobra política y represiva. **•Reforma (o transformación):** Hasta principios de los 90, esta era la forma más frecuente de transición. Sucede cuando el gobierno es aún más fuerte que la oposición, pero las élites en el poder deciden iniciar el proceso democratizador y mantenerlo bajo su control, a menudo por su propia conveniencia. Las razones para que un régimen autoritario inicie una reforma pueden incluir: la percepción de que los costos de la represión están aumentando; el interés en asegurar la transferencia de cargos sin mayores consecuencias negativas; un cálculo equivocado de que un cambio de reglas no resultará en la pérdida del poder; la búsqueda de beneficios como la reducción de sanciones internacionales, la disminución de la presión internacional o la obtención de recursos de organismos multilaterales; o la percepción de que el régimen actual es insostenible a mediano plazo, y el deseo de controlar el proceso de transición para reducir riesgos. **•Ruptforma:** Este término, acuñado por el autor, combina las dinámicas de la ruptura y la reforma, y ha sido la forma más frecuente de transición desde el fin de la Guerra Fría en 1989. En estos casos, las transiciones a la democracia son resultado de la acción conjunta del gobierno y la oposición. Esto ocurre cuando quienes están en el gobierno perciben un cambio en el balance de poder que los coloca en una situación precaria, reconociendo la imposibilidad de mantener el *statu quo* a mediano plazo, lo que genera incentivos tanto para este como para la oposición de cara a negociar una transición política y evitar un desenlace incierto que podría ser fatal. (Linz, 1990)

2024, sobre todo si la comunidad internacional impone incentivos fuertes o en caso de ingobernabilidad por un deterioro social insostenible.

Conclusiones finales: ¿Transición democrática o consolidación autocrática en Venezuela?

La trayectoria reciente de Venezuela sugiere que el país se encuentra en una encrucijada decisiva entre una posible apertura democrática y la consolidación definitiva de un régimen autoritario hegemónico. Si bien la victoria opositora en las elecciones presidenciales de 2024 reactivó expectativas de cambio, los acontecimientos posteriores —incluyendo el desconocimiento del mandato popular por parte de las instituciones controladas por el oficialismo, la represión, la convocatoria adelantada a elecciones regionales, parlamentarias y municipales, así como una Reforma Constitucional —que parece avanzar bajo condiciones no democráticas— evidencian que el régimen de Nicolás Maduro no ha perdido su capacidad adaptativa ni su disposición a cerrar el sistema político aún más.

Por ello, las probabilidades de una transición democrática en Venezuela en el corto o mediano plazo existen, pero son limitadas y dependen de la convergencia de varios factores: (1) el mantenimiento de la unidad estratégica de la oposición democrática, articulada a través de la Plataforma Unitaria y sostenida por la legitimidad del liderazgo de María Corina Machado y la legitimidad electoral de Edmundo González Urrutia; (2) la generación de presión cívica sostenida, organizada y no violenta, capaz de desafiar al régimen sin caer en provocaciones represivas; (3) un entorno internacional coordinado que ejerza presión diplomática, política y económica con incentivos creíbles y consecuencias claras; y (4) la emergencia de fisuras dentro del bloque de poder oficialista, particularmente en sectores como la Fuerza Armada, el aparato policial, el Poder Judicial, el PSUV o entre los grupos económicos que respaldan al régimen (Levitsky y Way, 2010); (Chenoweth y Stephan, 2011).

Por el contrario, si el oficialismo logra avanzar en su propuesta de Reforma Constitucional sin mecanismos auténticamente participativos y bajo condiciones de censura, represión y control institucional, el régimen venezolano podría consolidarse como una autocracia hegemónica formalizada (Merkel, 2017). Dicha Reforma, cuyo contenido aún no ha sido divulgado, tiene el potencial de rediseñar el orden institucional para blindar al régimen, consolidar un presidencialismo sin controles, reducir aún más los espacios electorales competitivos, y generar un sistema de elección de segundo grado por circuitos comunales que haría innecesaria la alternancia del liderazgo incluso dentro del mismo oficialismo, al tiempo de aumentar los mecanismos de control social mediante la cooptación o exclusión de sectores sociales disidentes.

El balance de la evidencia disponible indica que las condiciones internas vigentes favorecen la consolidación autoritaria del régimen venezolano en el corto plazo. El conjunto de estrategias de cooptación de élites, manipulación institucional y represión ha creado un tablero de juego muy desigual, donde el oficialismo controla los resortes de poder y se resiste a cambios electorales desfavorables. Las comparaciones con casos como el de Nicaragua, Turquía, Hungría, entre otros, así como los indicadores internacionales (*Freedom House*, 2025); (*V-Dem*, 2025) y (*The Economist*, 2024) coinciden en que Venezuela avanza hacia un modelo de autocracia electoral hegemónica, caracterizada por elecciones totalmente controladas por el régimen que no ofrecen ninguna posibilidad de cambio por la vía electoral, con medios de comunicación nacionales totalmente sometidos y amplios sectores económicos, sociales y políticos cooptados.

No obstante, hay incertidumbres críticas. La escasez de recursos y el creciente descontento social (con tasas históricas de desertión y migración) incrementan los riesgos de crisis. En 2023, por ejemplo, Maduro mostró pragmatismo al negociar con EE.UU ciertas concesiones electorales para aliviar sanciones, lo que revela la percepción de que existen importantes limitaciones sobre su capacidad de control. En el mediano plazo, el régimen deberá elegir entre profundizar la represión (con altos costos internacionales y domésticos adicionales) o abrir el espacio político, razón por la que la probabilidad de que el régimen se establezca como autocracia hegemónica depende del apoyo financiero y político de aliados externos que mantengan el flujo de recursos de los que depende la cooptación, y la incondicionalidad de una cohesión interna fuerte que no dependa de la legitimidad del gobernante y esté dispuesta a asumir los altos costos de mantener el *statu quo* por la fuerza.

En cualquier caso, los modelos comparados sugieren que aun los autoritarismos estables pueden colapsar súbitamente si se traspasan ciertos umbrales de insostenibilidad. Hasta ahora, las capacidades estatales y clientelares del chavismo han atenuado ese riesgo (por ejemplo, controlando el aparato electoral y distribuyendo beneficios sociales), pero el margen de maniobra se ha ido estrechando de manera progresiva e irreversible desde 2013.

Bajo este contexto, el futuro de la democracia venezolana depende de la capacidad de los actores democráticos, tanto internos como externos, de construir un frente cívico-político sólido, evitar el aislamiento, resistir la desmovilización social, y proponer un modelo de gobernabilidad democrática alternativo que sea creíble para las mayorías. La historia de otras transiciones bajo regímenes autoritarios, como Sudáfrica, Polonia, Chile o Serbia, demuestran que los momentos de cierre institucional no son definitivos si se logra sostener la movilización democrática, preservar el tejido opositor y articular una salida negociada que evite

la violencia y garantice una reforma política real (O'Donnell y Schmitter, 1986); (Przeworski, 1991).

En síntesis, las tendencias más evidentes apuntan a una autocracia hegemónica consolidada, aunque en un plano menos visible existen importantes condiciones de fragilidad estructural. El régimen venezolano ha adquirido semejanzas significativas con otros casos de regímenes autoritarios consolidados, lo que eleva la plausibilidad de su supervivencia prolongada en forma autoritaria. No obstante, dicho desenlace no es inevitable: situaciones críticas de débil legitimidad y presión combinada (interna-externa) podrían conducirlo hacia una radicalización represiva o, en el extremo opuesto, forzarlo a un proceso de apertura política o colapso. Por ello, el futuro político de Venezuela dependerá de cómo interactúen estos factores: la distribución de recursos, la lealtad de las Fuerzas Armadas, la respuesta de una sociedad y oposición unificadas y la dinámica y apoyos en el escenario internacional.

Referencias

- ABDUL-HADI, R., “Sistema Electoral” En Alarcón, B. y Ramírez, S. (2018) *La Consolidación de una Transición Democrática: El Desafío Venezolano III*. 443-485. Primera Edición. AB Ediciones. Caracas, Venezuela, 2018.
- Acuerdo Parcial Sobre la Promoción de Derechos Políticos y Garantías Electorales para Todos (17 de octubre de 2023) <https://www.regjeringen.no/contentassets/ac03d5655a8448e0a9653cd95d5c7978/garantias-electorales.pdf>
- ALARCÓN, B. *El Desafío Venezolano: Transición democrática o autocratización revolucionaria*. Primera Edición. AB Ediciones. Caracas, Venezuela, 2014.
- ALARCÓN, B. *El Nuevo Desafío Venezolano*. Primera Edición. AB Ediciones. Caracas, Venezuela, 2023.
- ALARCÓN, B., *Factores de resiliencia del autoritarismo en Venezuela*. Centro de Estudios Políticos y de Gobierno Padre Francisco José Virtuoso S.J. Caracas, Venezuela, 2023.
- ALARCÓN, B y ÁLVAREZ, A. “Un Caso de Autoritarismo Competitivo” En Alarcón, B (Coord.) (2017) *Continuidad Revolucionaria o Transición Democrática: El Desafío Venezolano I*. Segunda Edición. AB Ediciones, Caracas, Venezuela. 2014.
- ALARCÓN, B. y CASAL, J. (Coords.) *Proyecto Integridad Electoral Venezuela: las reformas imposterables*, Primera Edición. AB Ediciones, Caracas, Venezuela, 2014.
- ALARCÓN, B. e HIDALGO, M. “Elecciones, clientelismo competitivo y autocratización en Venezuela”. *Revista de Estudios Políticos*. 200(1). 249-282. 2023. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.200.09>

- ALARCÓN, B e HIDALGO, M. “Venezuela: La lógica de la supervivencia autocrática”. *Revista de Ciencia Política*. 44(2). 463-489. 2024. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-090x2024005000121>
- ALARCÓN, B. y MARÍNEZ, MA. (Eds.), *Transición Democrática o Autocratización Revolucionaria: El Desafío Venezolano II*. Primera Edición. AB Ediciones. Caracas, Venezuela, 2016.
- ALARCÓN, B. y RAMÍREZ, S. *La Consolidación de una Transición Democrática: El Desafío Venezolano III*. Primera Edición. AB Ediciones. Caracas, Venezuela, 2018.
- ALARCÓN, B. (Coord.) *El Desafío Venezolano: Continuidad Revolucionaria o Transición Democrática: El Desafío Venezolano I*. Segunda Edición. AB Ediciones, Caracas, Venezuela, 2017.
- BUENO DE MESQUITA, B. y SMITH, A. *El Manual del Dictador*. Primera Edición. Editorial Public Affairs. Nueva York, Estados Unidos, 2011.
- BBC , “Este es el pueblo arrecho”: las protestas contra Nicolás Maduro que ocurren en Venezuela más allá de Caracas. 31 de julio de 2024. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/articulos/cd1e01kzp94o>
- CENTRO CARTER , *Observation of the 2024 Presidential Election in Venezuela*. 2024. Disponible en: https://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/peace_publications/election_reports/venezuela/venezuela-final-report-2025.pdf
- CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y DE GOBIERNO “PADRE FRANCISCO JOSÉ VIRTUOSO S.J” , *Prospectivas Venezuela 2025: Semestre II*. [Presentación de Power Point]. 2025.
- CHENOWETH, E.. *Civil Resistance: What Everyone Needs to Know*. Oxford University Press. Oxford, Reino Unido, 2021.
- CHENOWETH, E., y STEPHAN, M. J. *Why Civil Resistance Works: The Strategic Logic of Nonviolent Conflict*. Columbia University Press. Nueva York, Estados Unidos de América, 2011.
- CORRALES, J. *Autocracy Rising: How Venezuela Transitioned To Authoritarianism*. Brookings Institution Press. Washington, DC. Estados Unidos de América, 2023. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/10.7864/j.ctvkrwq3>
- CORRALES, J. Democratic backsliding through electoral irregularities. *European Review of Latin American and Caribbean Studies/Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe* 109: 41-65. 2020. Disponible en: DOI: 10.32992/erlacs.10598

- CORRALES, J. y PENFOLD, M. *Dragon in the Tropics: Hugo Chávez and the Political Economy of Revolution in Venezuela*. Brookings Institution Press. Washington, DC, Estados Unidos de América, 2011.
- DAHL, RA. . *Polyarchy: Participation and opposition*. New Haven: Yale University Press. New Hampshire, Estados Unidos de América, 1971.
- DIAMOND, L. “The Democratic Rollback: The Resurgence of the Predatory State”. *Foreign Affairs Magazine*, 2008. Disponible en: <https://www.foreignaffairs.com/world/democratic-rollback>.
- DOBSON, A. “Listening: The New Democratic Deficit. *Political Studies*. 60(4). 843-859, 2012. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.2012.00944.x>
- DOBSON, W. J. *The Dictator ‘s Learning Curve: Inside the Global Battle for Democracy*. Random House LLC. Nueva York, Estados Unidos de América, 2012.
- EFEECTO COCUYO (25 de mayo de 2025) *Maduro presentará a la nueva AN la reforma constitucional y electoral para crear el sistema de electoral de los circuitos comunales* <https://efectococuyo.com/politica/maduro-presentara-a-la-nueva-an-las-reformas-constitucional-y-electoral-para-crear-el-sistema-electoral-de-los-circuitos-comunales/>
- EL NACIONAL. *Protestas*. 2025. Disponible en: <https://www.elnacional.com/protestas/>
- ESPACIO PÚBLICO. *Venezuela: Situación del Derecho a la Libertad de Expresión e Información*, 2016. Disponible en: <https://espaciopublico.org/informe-2015-situacion-del-derecho-la-libertad-expresion-venezuela/>
- FREEDOM HOUSE. *Freedom In The World: The Annual Survey Of Political Rights And Civil Liberties*. Rowman & Littlefield Publishers, INC. 2006. Disponible en: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-02/Freedom_in_the_World_2006_complete_book.pdf
- FREEDOM HOUSE. *Freedom in the World: The Uphill Battle to Safeguard Rights*. 2025. Disponible en: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2025-03/FITW_World2025digitalN.pdf
- Freedom House. *Nations in Transit 2020: Dropping the Democratic Facade*, 2020. Disponible en: https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-04/05062020_FH_NIT2020_vfinal.pdf
- Freedom House. *Freedom in the World: The Uphill Battle to Safeguard Rights. Country Report: Venezuela*, 2010-2024. Disponible en: https://freedomhouse-org.translate.google.com/country/venezuela/freedom-world/2025?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es&_x_tr_pto=tc
- Fukuyama, F; Tavares, MH; Murillo, MV; Levitsky, S; Rovira Kaltwasser, Cl; Cyr, J; Marton, K; Diamond, L; Spektor, M y Cheng, S. “Letter: Democracy in Ven-

- ezuela has been under siege for far too long”, *Financial Times*, 06 de agosto de 2024. Disponible en: https://www.ft.com/content/ac467ab3-2c6d-42dd-bc00-da7fb5f393a5?utm_source=chatgpt.com
- Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N°6583 Extraordinario *Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos*. Caracas, Venezuela, 12 de octubre de 2020. Disponible en: <http://www.vuce.gob.ve/wp-content/uploads/2023/05/Ley-Antibloqueo-Y-CENTRO-INTERNACIONAL-DE-INVERSION-PRODUCTIVA.pdf>
- Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N°6855 Extraordinario *Ley de Fiscalización, Regularización, Actuación y Financiamiento de las Organizaciones no Gubernamentales y Organizaciones Sociales sin Fines de Lucro*, 15 de noviembre de 2024. Disponible en: http://spgoi.inprentanacional.gob.ve/cgi-win/be_alex.cgi?Documento=T028700050787/0&Nombrebd=spgoi&CodAsocDoc=3872&Sesion=625710167
- Human Rights Watch Crackdown on Dissent: Brutality, Torture, and Political Persecution in Venezuela. Nueva York: HRW, 2017.. Disponible en: <https://www.hrw.org>
- Huntington, S. *The third wave: Democratization in the late twentieth century*, 1era Edición, University of Oklahoma Press, Norman. 1991.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. . Artículo libro Instituto de Investigaciones Jurídicas. Documento inédito compartido por el autor. 2025.
- Levitsky, S y Way, LA. “Elections without democracy: The rise of Competitive Authoritarianism”. *Journal of Democracy*. 13(2). 51-65, 2002. Disponible en: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/elections-without-democracy-the-rise-of-competitive-authoritarianism/>
- Levitsky, S y Way, L A. *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold War*. Cambridge University Press. 2010.
- Levitsky, S. y Ziblatt, D. . *Cómo mueren las Democracias*. 5ta Edición, Editorial Ariel. Barcelona, España, 2021.
- Lindberg, S. I. (2010). *Democratization by Elections: A New Mode of Transition*. Baltimore: Johns Hopkins University Press. Baltimore, Estados Unidos de América
- Linz, J. J. “Transitions to Democracy”, *The Washington Quarterly*, 13 (3), pp. 143-164, 1990. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/01636609009445400>
- López Maya. Venezuela: Desde la democracia representativa al régimen sultánico de Nicolás Maduro En Caetano, G y Montoya, F (Eds.) *Giros políticos y desafíos democráticos en América Latina*. CLACSO. 2011. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/j.ctv1gm02pn.11>

- López Maya, M. “Las protestas en Venezuela (1999–2011): Ruptura del sistema político y conflictividad social”. *Revista Venezolana de Ciencia Política*, (39), 11–36. 2011.
- Lührmann, A y Staffan I, L. “A third wave of autocratization is here: what is new about it? *Democratization*. 26, 1095–1113, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/13510347.2019.1582029>
- Merkel, W. “Por qué perduran los regímenes autoritarios” *Nueva Sociedad* 267. 46–52, 2017. Disponible en: <https://nuso.org/articulo/por-que-perduran-los-regimenes-autoritarios/>
- Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de Noruega. *Informe al Storting Esfuerzos de Noruega por la paz y la resolución de conflictos en un mundo convulso*, 2024–2025. Disponible en: <https://www.regjeringen.no/contentassets/5bf6f15145ad4936bdf30dcd90a8d80/no/pdfs/stm202420250030000dddpdfs.pdf>
- Misión de Observación Electoral de la Unión Europea. *Informe Final Elección Presidencial Venezuela 2006*. Disponible en: <https://aceproject.org/ero-en/regions/americas/VE/venezuela-ue-moe-final-presidencial-2006/view>
- Misión de Observación Electoral de la Unión Europea. *Informe final: Elecciones regionales y municipales 21 de noviembre de 2021*. 2021. Disponible en: https://www.eeas.europa.eu/eom-venezuela-2021/informe-final-moe-ue-venezuela-2021_es?s=4434
- NTN24. *Maduro propone reformar todas las leyes electorales para dar paso al “sistema electoral de los circuitos comunales”*, 25 de mayo de 2025. Disponible en: <https://www.ntn24.com/noticias-politica/maduro-propone-reformar-todas-las-leyes-electorales-para-dar-paso-al-sistema-electoral-de-los-circuitos-comunales-558103>
- Observatorio de Derecho y Justicia. *Continúa la intervención judicial del partido Movimiento Primero Justicia*, 2024. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/continua-la-intervencion-judicial-del-partido-movimiento-primero-justicia/>
- Observatorio de Derecho y Justicia. *SC prolonga la intervención judicial del partido político Acción Democrática (AD)*, 2021. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/sc-prolonga-la-intervencion-judicial-del-partido-politico-accion-democratica-ad/>
- Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. *Informe de Conflictividad Social en Venezuela 2011*, 2012. Disponible en: <https://www.observatoriodeconflictos.org.ve/tendencias-de-la-conflictividad/informe-conflictividad-social-en-venezuela-2011>
- Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. *Informe de Conflictividad Social en Venezuela en Septiembre 2012*, 2012. Disponible en: <https://www.observato>

riodeconflictos.org.ve/sin-categoria/tendencias-de-la-conflictividad-social-en-venezuela-en-septiembre-2012

Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. *Informe de Conflictividad Social en Venezuela en 2013*, 2014. Disponible en: <https://www.observatoriodeconflictos.org.ve/tendencias-de-la-conflictividad/informe-conflictividad-social-en-venezuela-en-2013>

Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. *Informe de Conflictividad Social en Venezuela en 2014*, 2015. Disponible en: <https://www.observatoriodeconflictos.org.ve/tendencias-de-la-conflictividad/informe-conflictividad-social-en-venezuela-en-2014>

Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. *Informe de Conflictividad Social en Venezuela en el primer semestre de 2015*, 2015. Disponible en: <https://www.observatoriodeconflictos.org.ve/tendencias-de-la-conflictividad/conflictividad-social-en-venezuela-en-el-primer-semestre-de-2015>

Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. *Informe de Conflictividad Social en Venezuela en el primer semestre de 2016*, 2015. Disponible en: <https://www.observatoriodeconflictos.org.ve/tendencias-de-la-conflictividad/conflictividad-social-en-venezuela-en-el-primer-semestre-de-2016>

Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. *Informe de Conflictividad Social en Venezuela de 2017*. 2018. Disponible en: <https://www.observatoriodeconflictos.org.ve/tendencias-de-la-conflictividad/conflictividad-social-en-venezuela-en-2017>

Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. *Conflictividad Social en Venezuela 2018*, 2019. Disponible en: <https://www.observatoriodeconflictos.org.ve/tendencias-de-la-conflictividad/conflictividad-social-en-venezuela-2018>

Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. *Conflictividad Social en Venezuela 2019*, 2020. Disponible en: <https://www.observatoriodeconflictos.org.ve/tendencias-de-la-conflictividad/conflictividad-social-en-venezuela-en-2019>

Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. *Conflictividad Social en Venezuela 2020*. 2021. Disponible en: <https://www.observatoriodeconflictos.org.ve/tendencias-de-la-conflictividad/informe-anual-situacion-de-la-conflictividad-en-venezuela-en-2020>

Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. *Conflictividad Social en Venezuela 2021*, 2022. Disponible en: <https://www.observatoriodeconflictos.org.ve/tendencias-de-la-conflictividad/conflictividad-social-en-venezuela-en-2021>

Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. *Conflictividad Social en Venezuela 2022*, 2022. Disponible en: <https://www.observatoriodeconflictos.org.ve/tendencias-de-la-conflictividad/conflictividad-social-en-venezuela-durante-2022>

- Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. *Conflictividad Social en Venezuela 2023*, 2023. Disponible en: <https://www.observatoriodeconflictos.org.ve/tendencias-de-la-conflictividad/conflictividad-en-venezuela-en-2023>
- Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. *Conflictividad Social en Venezuela 2024*, 2024. Disponible en: <https://www.observatoriodeconflictos.org.ve/tendencias-de-la-conflictividad/conflictividad-social-en-venezuela-en-2024>
- Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. *Conflictividad Social en Venezuela en enero de 2025*, 2025. Disponible en: <https://www.observatoriodeconflictos.org.ve/tendencias-de-la-conflictividad/conflictividad-social-en-venezuela-en-enero-de-2025>
- O'Donnell, G., y Schmitter, P. C.. *Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*. Johns Hopkins University Press. Baltimore, Estados Unidos de América, 1986.
- Orden Ejecutiva N°13884, 84 Fed. Reg 152. 7 de agosto de 2019. Disponible en: <https://ofac.treasury.gov/media/26786/download?inline>
- Orden Ejecutiva N°13857, 84 Fed. Reg 20. 30 de enero de 2019. Disponible en: <https://ofac.treasury.gov/media/5491/download?inline>
- Orden Ejecutiva N° 13850, 83 Fed. Reg. 213. 2 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://ofac.treasury.gov/media/5516/download?inline>
- Orden Ejecutiva N° 13835, 83 Fed. Reg 101. 24 de mayo de 2018. Disponible en: <https://ofac.treasury.gov/media/5511/download?inline>
- Orden Ejecutiva N° 13827, 83 Fed. Reg. 55. 21 de marzo de 2018. Disponible en: <https://ofac.treasury.gov/media/5486/download?inline>
- Orden Ejecutiva N° 13808, 82 Fed. Reg 166. 29 de agosto de 2017. Disponible en: <https://ofac.treasury.gov/media/5476/download?inline>
- Orden Ejecutiva N° 13692, 80 Fed. Reg 47. 11 de marzo de 2015. Disponible en: <https://ofac.treasury.gov/media/5906/download?inline>
- Osorio, L. “El socialismo totalitario en Venezuela: pobreza y control social”, *IberoForum. Política y Poder*. 14(28) 126-158. 2019. Disponible en: <https://iberoforum.iberomx.com/index.php/iberoforum/article/view/133>
- Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (2002-2023) *Informes Anuales* Disponible en: <https://provea.org/informes-anuales/>
- Przeworski, A. . *Democracy and the Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*. Cambridge University Press. Cambridge, Reino Unido, 1991.
- Reuters. . Cobertura periodística de protestas en Venezuela, 2002–2024. Disponible en: <https://www.reuters.com>

- Reuters. *Venezolanos protestan mientras observadores internacionales califican de anti-democrática la votación presidencial*. 31 de julio de 2024. Disponible en: https://www-reuters-com.translate.googleusercontent.com/translate?hl=es&_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_pto=tc
- Schedler, A. *The Politics of Uncertainty: Sustaining and Subverting Electoral Authoritarianism*. Oxford University Press. Oxford, Reino Unido, 2013.
- Schedler, A. The nested game of democratization by elections. *International Political Science Review*, 23(1), 103–122, 2002. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1601413>
- Smilde, D. The Paradox of Violence in Venezuela's Protests. *NACLA Report on the Americas*, 49(3), 260–265, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/10714839.2017.1373966>
- Tarrow, S. *Power in Movement: Social Movements and Contentious Politics*. Tercera Edición. Cambridge University Press, 2011.
- The Economist Intelligence Unit. *Democracy Index 2024*. 2025. Disponible en: <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2024/>
- Tilly, C. *Democracy*. Primera Edición Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido. 2007.
- Tilly, C., y Wood, L.J. *Contentious Politics*. Paradigm Publishers. Boulder, Estados Unidos de América, 2009.
- The New York Times. *Venezuela: Lo que está sucediendo*. 2019. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2019/04/30/espanol/america-latina/venezuela-golpe-estado.html>
- Transparencia Internacional. *Nuestro Trabajo en Venezuela*. 2024. Disponible en: <https://www.transparency.org/en/countries/venezuela>
- V-Dem Institute. *Democracy Report 2025: 25 Years of Autocratization – Democracy Trumped?* University of Gothenburg: V-Dem Institute. 2025. Disponible en: https://www.v-dem.net/documents/60/V-dem-dr__2025_lowres.pdf

El derecho a la democracia en la constitución de 1999

Rafael Badell Madrid¹

Introducción

Para responder a la generosa invitación que me ha formulado el director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, profesor y académico César Carballo Mena, para escribir un ensayo para ser incorporado en la obra colectiva conmemorativa del 50° Aniversario de ese Instituto de Investigaciones Jurídicas, voy a referirme al derecho a ***La Democracia en la Constitución de 1999***.

Me satisface particularmente participar de esta obra colectiva para celebrar el Aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas, pues allí ingresé a trabajar en 1980 en la condición de asistente de su Directora, Dra. Cecilia Sosa Gómez, y permanecí como abogado investigador por varios años más; mucho tiempo después, en 2023, de nuevo, por la generosidad de su director César Carballo Mena, regresé como investigador.

A los efectos de este estudio tomaré como punto de partida el reconocimiento universal de la democracia como un derecho humano esencial y formularé unas consideraciones sobre su situación actual. Concretamente, me centraré al derecho a la democracia consagrado en la Constitución de 1999, para lo cual analizaré sus atributos fundamentales, como son el principio de la soberanía popular, el derecho a la participación política, el pluralismo y la importancia de la separación de poderes para garantizar la libertad, todo ello en el marco del Estado Constitucional de Derecho. Además, formularé algunas consideraciones sobre los mecanismos de participación democrática directa e indirecta establecidos en

1 Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello y Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de esa misma Universidad. Profesor Universidad Central de Venezuela. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Miembro Correspondiente Extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau.

la Constitución; así como a las instituciones de la democracia y su incidencia en los procesos electorales. Por último, examinaré algunas de las desviaciones del Estado democrático consagrado en la Constitución de 1999.

La democracia es un derecho humano reconocido en el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1945 e implica, entre otros “*el derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos*”; “*el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país*”.

Además, establece la Declaración Universal de Derechos Humanos que “*La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto*” (artículo 21).

En nuestra región, el artículo 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 prevé que “*Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad, de todos y por las exigencias del bienestar y del **desenvolvimiento democrático***” (negritas añadidas).

De la misma forma, el preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) concibe a la democracia representativa como condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo regional; y, en su artículo 2, reconoce como uno de los propósitos de esa organización “promover y consolidar la democracia representativa”.

Por su parte, la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea de la OEA en el año 2001, en su artículo 1, dispone que todas las personas tienen derecho a la democracia y que los Estados tienen la obligación de promoverla y defenderla; y en su artículo 7, que señala que “***La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos***, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos” (negritas añadidas).

Los órganos del derecho internacional también se han pronunciado con relación a la democracia y los derechos humanos. La Organización de Naciones Unidas ha señalado que, si bien no propone un modelo de gobierno particular, sí resulta necesario promover una gobernanza democrática para el desarrollo humano, en virtud de la importancia de la democracia en la procuración de un entorno que respeta los derechos humanos y las libertades fundamentales.²

2 Naciones Unidas, “Desafíos globales: Democracia”. Disponible en: <https://www.un.org/es/global-issues/democracy>

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en reiteradas ocasiones ha señalado que *“el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”*³.

Asimismo, la Corte IDH ha manifestado que *“(...) la interdependencia entre democracia, Estado de Derecho y protección de los derechos humanos es la base de todo el sistema del que la Convención forma parte (...)”*⁴.

La democracia es, pues, la base del Estado de derecho y una condición indispensable para el respeto y garantía de los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales). Es decir que, sin democracia no podríamos ejercer plena, efectiva y libremente todos los demás derechos humanos.

En Venezuela, la democracia se establece como un principio esencial y un elemento definitorio del Estado, consagrado en la Constitución de 1999⁵. Este carácter democrático se encuentra reflejado en la exposición de motivos y en el preámbulo del texto constitucional, además de estar desarrollado en el Título I, que regula los principios fundamentales que estructuran el ordenamiento jurídico y orientan la actuación del Estado.

Consideraciones generales

Como he dicho en otras ocasiones, los últimos doscientos años del milenio precedente sirvieron para que el derecho a la democracia y el régimen de libertades correspondientes quedaran consagrados como principios fundamentales en la mayoría de las constituciones modernas, en tratados internacionales sobre derechos humanos y fueran protegidos por tribunales nacionales e internacionales; pero los primeros veinticinco años de este milenio se muestran en guerra implacable contra esas conquistas.⁶

3 Véase las opiniones consultivas de la Corte IDH OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 26; OC27/21, supra, párr. 39.; y OC28/21 del 7 de junio de 2021, párr. 43.

4 Opinión consultiva de la Corte IDH OC OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, párr. 38. Disponible en: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=opinionesConsultivas/seriea_29_esp.pdf.

5 Última enmienda publicada en Gaceta Oficial Nro. 5.908 Extraordinario de fecha 19 de febrero de 2009.

6 Rafael Badell Madrid, *Discurso en el acto de toma de posesión como Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 19 de marzo de 2025. Pp. 52 y ss.

En muchas partes hoy la democracia está acechada. Observamos “un retroceso democrático junto con el avance del antiliberalismo y la macro recomposición geopolítica en curso y la efervescencia de nuevas prácticas del poder que no solo desmienten el entusiasmo global en la última década del siglo XX con su eclosión democrática, sino que aparecen como reediciones, reencarnaciones o recuperaciones de experiencias que creíamos haber dejado atrás.”⁷

En muchas ocasiones, el término ‘democracia’ es usado con demagogia, para acabar con ella misma. De ilusiones y promesas las democracias se transforman en tiranías. Esa involución surge de un ciclo permanente donde “*el pueblo pasa de la adhesión fervorosa hacia personajes mesiánicos a la desilusión y al apoyo de nuevas aventuras ‘revolucionarias’ en busca de libertades y justicias soñadas*”, al punto de que “*esa utopía de esperanza revolucionaria ayer, se transforma en legitimadora del poder absoluto y tiránico hoy*”⁸.

Tradicionalmente, el derrumbe democrático se asociaba con escenas dramáticas: tanques en las calles, asedio al palacio presidencial y a las instituciones del Estado o suspensión de las garantías constitucionales. Recordemos lo sucedido en Alemania, cuando en 1933 Adolfo Hitler aprovechó el incendio del Reichstag para dismantelar el sistema institucional alemán con velocidad y brutalidad, o en la Italia fascista con Benito Mussolini. No olvidemos también el ascenso al poder por la fuerza de muchas dictaduras en otros países durante la Guerra Fría.

A diferencia de lo ocurrido en el siglo XX, cuando los regímenes autoritarios se imponían mediante rupturas abruptas y visibles, actualmente es más frecuente que la democracia sucumba por procesos graduales y casi imperceptibles que socavan sus cimientos desde dentro. Los autócratas de hoy, lejos de usurpar el poder o llegar por medios violentos, suelen llegar al poder valiéndose de los mecanismos democráticos; que luego procuran destruir.

La ruta contemporánea hacia la autocracia es la vía electoral. Los autócratas electos se cuidan en mantener la apariencia del sistema democrático. En la mayoría de los países sometidos a estos regímenes se siguen celebrando elecciones; la prensa -que parece independiente- sigue publicándose y el parlamento sigue sesionando, incluso con miembros de la oposición; no obstante, todas esas instituciones van vaciándose de contenido democrático.

7 Colette Capriles Sandner, “Discurso de incorporación como Individuo de Número en el sillón número 18 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 176, en homenaje al Dr. Isidro Morales Paul, Caracas, 2024.

8 Luis Ugalde, S.J., *Utopía política, entre la esperanza y la opresión*, Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales como Individuo de Número. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/A-59.pdf>

Las democracias ya no mueren principalmente por colapsos totales ni por golpes de Estado tradicionales; hoy su muerte suele ser más lenta y sutil. Como advierten Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, “*Las democracias pueden fracasar a manos no ya de generales, sino de líderes electos, de presidentes o primeros ministros que subvierten el proceso mismo que los condujo al poder*”⁹.

Este fenómeno ha ocurrido en países tan diversos como Hungría, Nicaragua, Perú, Filipinas, Polonia, Rusia, Sri Lanka, Turquía, Ucrania y Venezuela¹⁰. En muchos de estos casos, el desmantelamiento de la democracia inició de manera paulatina, con medidas que parecían inofensivas o incluso “bienintencionadas”. Cada paso aislado parecía insignificante, pero en conjunto fueron desarticulando el régimen democrático.

Lo que parece ser una continuidad institucional, se va transformando en el debilitamiento lento, progresivo y sigiloso de las bases de la democracia; muchas veces sin que la población advierta de inmediato que el régimen de libertades constitucionales ha empezado a decaer.

Para comprender cómo los autócratas electos socavan gradualmente el orden democrático, resulta útil -como proponen Levitsky y Ziblatt- imaginar el funcionamiento de una democracia como un partido de fútbol. Para inclinar el terreno a su favor, los líderes autoritarios deben capturar a los árbitros (esto es, a jueces, fiscales, policías o reguladores); marginar a los jugadores más influyentes del equipo contrario (los líderes opositores, periodistas, empresarios críticos o figuras culturales) y reescribir las reglas del juego (por medio de reformas constitucionales, electorales o institucionales que aseguren su permanencia en el poder). Estas estrategias se ejecutan progresivamente, envueltas en formalidades institucionales y lenguaje democrático.¹¹

América Latina ofrece ejemplos emblemáticos de este tránsito. Entre 1999 y 2012, cinco de los quince presidentes electos en Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela fueron líderes populistas “*outsiders*”: Evo Morales, Lucio Gutiérrez, Rafael Correa, Alberto Fujimori y Hugo Chávez. Todos ellos, sin excepción, debilitaron activamente las instituciones democráticas. Con mayor o menor éxito, desdibujaron los contrapesos del poder, hostigaron o cooptaron al Poder Judicial, y modificaron el sistema electoral para perpetuarse o favorecer a sus aliados¹².

9 Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, *Cómo mueren las democracias*, traducción al español de Gemma Deza Guil, Ediciones Culturales Paidós, S.A., Ciudad de México, 2024. P. 11.

10 *Ibidem*, p. 11.

11 *Ibidem*, p. 95 y ss.

12 *Ibidem*, p. 33.

Se produce así una peligrosa paradoja: los procedimientos democráticos son utilizados para desmontar la propia democracia. La retórica democrática hoy convive con prácticas que socavan sus fundamentos: la Constitución y las instituciones democráticas, si bien se mantienen vigentes, se alteran gradualmente mediante su reforma, interpretaciones manipulativas y prácticas que, aunque revestidas de legalidad, vacían de contenido los valores, procedimientos y equilibrios que sostienen al Estado de derecho.

Frecuentemente esas maniobras se presentan como respuestas a crisis reales o ficticias. Amenazas a la seguridad nacional, luchas contra la corrupción, reformas de sistemas electorales deficientes, crisis económicas o desastres naturales suelen utilizarse para adoptar medidas antidemocráticas.

Así sucedió en Rusia, cuando en 1999 Vladimir Putin aprovechó las confusas explosiones en Moscú para declarar la “guerra contra el terrorismo” en Chechenia y reforzar su autoridad; en Estados Unidos, tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, se aprobó la Ley *USA PATRIOT*, que restringía severamente la privacidad ciudadana y amplió las facultades del Ejecutivo; y en Turquía, cuando Recep Tayyip Erdogan utilizó primero una ola de atentados del ISIS y, luego, un fallido golpe de Estado en 2016 para declarar estado de emergencia y consigo, imponer toques de queda, sacar del juego a críticos estatal y aprobar una reforma constitucional que concentró el poder en la figura del Presidente¹³.

Esas y otras crisis -reales o no- ofrecen a los autócratas potenciales oportunidades para expandir su poder, desmontar los contrapesos institucionales, debilitar a sus adversarios políticos y restringir derechos fundamentales, a través de medidas que, en condiciones normales, serían ampliamente rechazadas. De hecho, donde gobierna el temor y la incertidumbre, es más probable que la ciudadanía tolere -e incluso respalde- medidas autoritarias, convencida de que renunciar a ciertas libertades es necesario para garantizar su protección.

De tal forma que el derecho a la democracia está hoy más amenazado que nunca, no solo desde los gobiernos totalitarios tradicionales, sino también de nuevas formas de gobiernos y de líderes populistas con pensamientos y recetas económicas diversas, que se aprovechan de las mayorías circunstanciales para opacar el régimen de libertades.

Populistas, de bando y bando, que falsean la verdad; que imponen una verdad a conveniencia; que niegan lo evidente hasta que nos lleguemos a cuestionar nuestra propia percepción de la realidad.

13 *Ibidem*, pp. 113 a 116.

El falseamiento utilizado en la política nos impone creer y aceptar que hay separación de poderes; que hay justicia autónoma e independiente; que no hay presos políticos ni desaparecidos; que se respetan los derechos humanos, que todos somos iguales, que no hay crisis económica; que no hay censura; que tenemos medios de información libres y florecientes; que hay libertad económica plena, libertades sociales, libertad sindical; que tenemos derechos políticos a elegir y a ser elegidos y que, en suma, hay democracia.

Por ello se ha dicho que “*una de las grandes ironías de por qué mueren las democracias es que la defensa en sí de la democracia suele esgrimirse como pretexto para su subversión*”.¹⁴ El autoritarismo del siglo XXI ya no requiere de la supresión explícita de las libertades ni de la violencia institucionalizada, sino de una hábil manipulación de las normas, de la narrativa populista y del uso estratégico de las instituciones.

Este *Gaslighting* político es empleado frecuentemente por las autocracias modernas -o ‘democracias híbridas’, como las llama Anne Applebaum- que funcionan en Europa, Asia, América y otras partes del mundo; y que están concertadas, entrelazadas y en eficiente régimen de colaboración entre ellas para mantenerse en el poder y promover el debilitamiento y la opacidad de las verdaderas democracias, desde los canales que la misma democracia ofrece¹⁵.

Esas autocracias modernas son las que juntas restringen los derechos humanos, falsean la democracia y limitan el pensamiento y libertades. Autocracias modernas, de derecha y de izquierda, que cuestionan los tribunales para atemperar la independencia de los jueces, que ponen a la soberanía como excusa para garantizar su impunidad. Que predicán la perfección de la democracia y en verdad fortalecen a los regímenes autocráticos.

Los estudios contemporáneos sobre la regresión democrática han permitido identificar ciertos indicadores que, cuando se presentan de forma reiterada, constituyen señales de alarma sobre posibles derivas autoritarias. Steven Levitsky y Daniel Ziblatt han sistematizado estos indicadores en cuatro grandes categorías que pueden observarse en distintos contextos:

En primer lugar, el rechazo o el escaso compromiso con las reglas democráticas del juego se manifiesta en discursos o acciones orientados a desconocer la Constitución, alterar los procesos electorales o justificar vías extra constitucionales para acceder o mantenerse en el poder. Esta actitud puede expresarse, como

14 *Ibidem*, p. 112.

15 Anne Applebaum, *Autocracy, INC. The Dictators who want to run the world*. Penguin Random House, Large Print, New York, 2024.

ocurrió en el caso de Donald Trump en Estados Unidos, en la negativa a aceptar resultados electorales legítimos de las elecciones de 2020, en la insinuación de suspender elecciones o en la promoción de reformas institucionales por medios contrarios a los principios democráticos.

Otro indicador es la negación de la legitimidad de los adversarios políticos, a quienes se descalifica como enemigos del orden constitucional, traidores o amenazas existenciales. Esta retórica que busca excluir al adversario, es característica de muchas autocracias modernas.

De hecho, Levitsky y Ziblatt advierten que, en prácticamente en todos los casos de quiebre de la democracia por ellos estudiados, los dictadores en potencia, desde Francisco Franco (España), Adolf Hitler (Alemania), Benito Mussolini (Italia) en la Europa entre guerras, hasta Ferdinand Marcos (Filipinas), Fidel Castro (Cuba) y Augusto Pinochet (Chile) durante la Guerra Fría o Vladímir Putin (Rusia), Hugo Chávez (Venezuela) y Recep Erdogan (Turquía) en el pasado reciente, han justificado su consolidación en el poder etiquetando a sus adversarios de amenaza existencial¹⁶

En tercer lugar, la tolerancia o el fomento de la violencia política, directa o indirectamente, mediante la confabulación con grupos armados o la omisión deliberada frente a la violencia partidista o a hechos violentos perpetrados por simpatizante. Mencionan como ejemplo de ello, los “camisas negras” en la Italia fascista, los “camisas pardas” en Alemania nazi, la aparición de guerrilla (movimiento tupamaro) en Uruguay o lo grupos paramilitares de izquierda en Brasil, a mediados de los años setenta del siglo XX.¹⁷

Y, en cuarto indicador es la disposición a restringir derechos y libertades civiles fundamentales, particularmente en lo que respecta a la libertad de expresión, de prensa, de asociación o de protesta. Estas restricciones, aunque suelen justificarse so pretexto de cuidar el orden, la seguridad nacional o luchar contra la desinformación, en realidad buscan silenciar voces críticas y censurar a la disidencia. Como señalan Levitsky y Ziblatt, lo que distingue a los autócratas actuales de los líderes democráticos es su intolerancia a la crítica y su tendencia a emplear el poder del Estado para castigar a opositores, periodistas o miembros de la sociedad civil.¹⁸

Sin embargo, la recesión democrática no solo afecta a las instituciones formales, sino que también provoca *“una serie de efectos circunstanciales en la dinámica*

16 Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, ob. cit., p. 126.

17 *Ibidem*, pp. 77 y 78.

18 *Ibidem*, p. 79.

política inmediata que se manifiestan en aspectos como el incremento de la polarización impulsada por las redes sociales, la fragmentación social, la erosión de la capacidad técnica de los funcionarios públicos, la mayor participación de las Fuerzas Armadas en el Gobierno y la política, la expansión de la pseudolegalidad, el aumento de la conflictividad social y el crecimiento de la economía ilegal” y desencadena efectos estructurales más profundos, vinculado a la pérdida de valores democráticos de la sociedad, el aumento de la desconfianza de las instituciones públicas e incluso el debilitamiento del Estado-nación¹⁹.

La recurrencia de estos comportamientos -aun cuando se presenten envueltos en formas legales o justificadas por discursos de orden ético- compromete gravemente la salud del sistema democrático y exige de la ciudadanía y de las instituciones una actitud de firme vigilancia, alerta ética y defensa activa del Estado de Derecho. Ciertamente, *“la cura para los males de la democracia es más democracia”* ²⁰.

Ante cualquier retroceso institucional, el camino no es justificar salidas autoritarias, sino reafirmar los compromisos con las reglas de juego y el pluralismo político. Esas reglas de convivencia democrática no solo comprenden las normas formales -constituciones, leyes o sentencias judiciales-, sino también ciertas reglas informales imprescindibles, como la tolerancia mutua, que supone reconocer al adversario como actor legítimo y **moderación institucional**, como límite implícito del poder público cuando este pueda comprometer la estabilidad del sistema. En ausencia de estos principios culturales, la democracia se reduce a mera formalidad.²¹

Tengamos presente que la democracia puede estar amenazada desde la propia constitución y por ello hoy se habla “constitucionalismo autoritario” que legitima la forma sofisticada de ejercer el poder por gobernantes autoritarios en Estados con democracias precarias o de baja intensidad.

Se nos impone este constitucionalismo autoritario desde las modificaciones de la Constitución que vacían la democracia y el régimen de derechos y garantías; que eliminan la alternancia en el poder y limitan la discrepancia política. También el constitucionalismo autoritario se hace presente desde la interpretación de la Constitución formulada por el juez constitucional que interpreta de manera regresiva las libertades y derechos.

19 Guillermo Bolinaga, “Desconsolidación democrática en Latinoamérica y rol del sector privado”, en *Las transiciones de la democracia: entre la libertad y el autoritarismo*, Forma, Caracas, 2023. p. 95.

20 Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, ob. cit., p. 42.

21 *Ibidem*, pp. 121 y 122.

Claro que las Constituciones tienen mecanismos para protegerse de esta autoflagelación. Las Constituciones cuentan con preceptos, expresos y principios y valores implícitos que, por su trascendencia, se consideran inmodificables o intocables y operan como límites en salvaguarda a su identidad y estabilidad frente a cualquier intento de modificación o interpretación que pretendan desvirtuar o vulnerar la esencia misma de la Constitución.

Estos principios, expresos o implícitos, se encuentran comprendidos en las denominadas *cláusulas pétreas*, *cláusulas de acero*, *cláusulas eternas*, que constituyen barreras infranqueables destinadas a preservar la integridad del orden constitucional.

Esas “cláusulas pétreas, de acero, eternas o inmodificables” conforman un núcleo duro, cerrado, impenetrable, que se levanta para asegurar la estabilidad de la Constitución contra las amenazas de mayorías circunstanciales que pretendan afectar o perturbar sus bases fundamentales y son, además, barrera o límite al poder de enmienda, reforma o modificación de la Constitución.²²

Es el núcleo duro de los principios constitucionales que no pueden ser regulados o modificados por ningún poder. Es la garantía de que la modificación constitucional, en cualquiera de sus formas, siempre debe estar orientada a fortalecer, perfeccionar y desarrollar los valores democráticos, el Estado de derecho, la protección de los derechos fundamentales y demás principios fundamentales de la Constitución.

Tengamos presente, no obstante, que un rasgo particularmente inquietante del constitucionalismo autoritario moderno es su capacidad de operar dentro del propio orden constitucional, utilizando sus mecanismos formales para erosionar, sin modificar abiertamente la estructura jurídica, los fundamentos del Estado democrático.

Este fenómeno, surgido en Venezuela a partir de la Constitución de 1999, se enmarca dentro de lo que Santiago Muñoz Machado ha denominado el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”: un modelo que, bajo la apariencia de renovación democrática, ha servido en muchos casos para consolidar formas autoritarias de poder. Se trata de Constituciones “de nueva planta”, extensas y ambiciosas, que pocas veces han logrado profundizar la democracia y que, lejos de ello,

22 Alejandro González Valenzuela, “Una teoría contramayoritaria para procesar las tensiones entre constitucionalismo y democracia”, en Gonzalo Pérez Salazar (Comp.), *IX Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Impacto del derecho procesal constitucional en el ordenamiento jurídico. Homenaje a Rafael Badell Madrid*, Caracas, Universidad Montevila, 2025, p. 534.

han funcionado como instrumentos de concentración del poder y supresión del pluralismo.

Como bien advierte Muñoz Machado, en el siglo XXI asistimos a “(...) *la utilización de un movimiento que apela a la regeneración democrática para fortalecer regímenes autocráticos, nuevas dictaduras, que han abolido la alternancia en el poder y liquidado el derecho a la discrepancia política*”²³.

De hecho, no son pocos los casos recientes en los cuales la democracia ha pasado de ser el espacio en el cual las libertades constitucionales florecen y se reproducen, al terreno donde las libertades se limitan mediante mecanismos de dominación y manipulación disfrazados de legalidad.

El último informe anual V-Dem de la Universidad de Gotemburgo de marzo de 2025, confirma que el mundo atraviesa una nueva ola de autocratización.²⁴ Hoy casi 3 de cada 4 personas en el mundo (el 72%) vive en regímenes autocráticos. Esta es la cifra más alta desde 1978. Por primera vez en más de 20 años el mundo tiene **menos democracias que autocracias**: 88 frente a 91, lo que confirma que el siglo XXI no ha sido el de la expansión democrática, sino el de su progresivo repliegue.

El informe V-Dem 2025 afirma que el mundo atraviesa una **Tercera Ola de Autocratización**, activa desde finales del siglo pasado. La autocratización es un proceso que describe cualquier movimiento que se aparte del modelo democrático, ya sea mediante rupturas abruptas del orden constitucional, o a través de un deterioro institucional progresivo y silencioso.

El término “ola de autocratización” surge como reverso del concepto de “olas de democratización”, acuñado por Samuel Huntington²⁵. Conforme a dicho autor, cada ola de democratización ha sido seguida por una fase regresiva, caracterizada por el resurgimiento o consolidación de regímenes autoritarios.

Así, a la Primera Ola de Democratización (1820-1926), iniciada con la extensión del sufragio masculino en Estados Unidos y que dio origen a 29 democracias, le siguió una Primera ola de Autocratización (1922 -1945), que comenzó con

23 Santiago Muñoz Machado, *De la democracia en Hispanoamérica*, Prólogo, Editorial Taurus, Madrid, 2025.

24 V-Dem Institute, “Democracy Report 2025. 25 Years of Autocratization – Democracy Trumped?”, University of Gotemburgo, Sweden, marzo 2025.

25 El término “ola de democratización” fue acuñado por Samuel Huntington en su libro *La Tercera Ola*, en donde refiere la existencia de “olas” o corrientes de expansión democrática en el planeta, determinando que a cada “Ola de Democratización” le sucedía una “Ola de Regresión”, bautizada por otros autores como “Ola de Autocratización”.

el auge del fascismo en Italia y finalizó con la II Guerra Mundial, dejando apenas 12 democracias vigentes.

La Segunda Ola de Democratización (1945-1962) se corresponde al periodo de la postguerra y su orden liberal que impulsó la consolidación de 36 democracias; las cuales, sin embargo, se redujeron a 30 con la consolidación de la Unión Soviética (URSS) y el debilitamiento de varios regímenes democráticos, durante la Segunda Ola de Autocratización (1960-1975). La pérdida de influencia de la URSS y su aproximación a la democracia, trajo consigo la Tercera Ola de Democratización entre 1975 y 1991. No obstante, ya hacia finales de ese periodo se advertían señales de una posible regresión del impulso democrático, como ocurrió en las décadas anteriores.

Pero el descuido de las élites por los compromisos democráticos, las crisis económicas, la creciente polarización política, el debilitamiento del Estado de Derecho y otros factores, facilitaron que, hacia finales del siglo XX, comenzaran a manifestarse los primeros signos de la Tercera Ola de Autocratización, hoy plenamente vigente.

En 1985 no se registraban países en procesos autocratizadores, es decir, con un índice democrático que reflejara una tendencia sostenida hacia la autocracia respecto de años anteriores. Hoy son al menos 45 países que muestran una trayectoria regresiva. En sentido contrario, apenas el 6% de la población mundial vive en países que experimentan procesos de democratización.

Conforme al Informe V-DEM, las democracias liberales se han convertido en el tipo de régimen menos común en el mundo, representado apenas el 12% de los países, con un total de 29 democracias liberales en 2024.

En nuestra región, solo el **4% de la población** vive en **democracias liberales** como Chile, Costa Rica y Uruguay; la mayoría, un **64%**, reside en **democracias electorales** con elecciones multipartidistas y ciertas libertades, pero sin garantías institucionales plenas; un **22%** habita la llamada “**zona gris**”, donde no es posible determinar con claridad si se trata de regímenes democráticos o autoritarios; el **6%** vive bajo **autocracias electorales**, como Venezuela, donde existen elecciones pero sin condiciones mínimas de libertad y transparencia; y el **3%** restante, en **autocracias cerradas**, como Cuba y Haití, marcadas por la ausencia total de elecciones libres y la supresión sistemática de derechos fundamentales.

Lo peor es que el deterioro de la democracia ha venido acompañado de una transformación preocupante en la cultura política de la región, cada vez más proclive a aceptar -e incluso preferir- formas de gobierno autoritarias. Según el *Latinobarómetro 2023*, un 28 % de los ciudadanos en América Latina manifiesta

indiferencia ante el tipo de régimen político, mientras que un 17 % considera que, en algunas circunstancias, un gobierno autoritario puede ser preferible al democrático.

Esta situación ya había sido advertida por la Corte IDH en el año 2008, cuando señaló que: “(...) *no se le escapa que en la región existe una profunda crisis en relación con los partidos políticos, los poderes legislativos y con quienes dirigen los asuntos públicos, por lo que resulta imperioso un profundo y reflexivo debate sobre la participación y la representación política, la transparencia y el acercamiento de las instituciones a las personas, en definitiva, sobre el fortalecimiento y la profundización de la democracia*”²⁶.

En este contexto regional de retroceso democrático, resulta particularmente relevante la solicitud de opinión consultiva que la República de Guatemala presentó el 6 de diciembre de 2024 ante la Corte IDH, con el propósito de que ese órgano jurisdiccional, en ejercicio de su función consultiva, se pronuncie sobre la democracia y su protección en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).²⁷

Guatemala plantea una pregunta fundamental para el momento que vive el continente americano: “*¿los Estados están obligados a garantizar y promover la democracia como un derecho humano protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como un medio para el desarrollo social, político, económico y el ejercicio efectivo de los derechos humanos; o bien, bajo ambos supuestos?*”.

A partir de esa interrogante, se formulan diversas preguntas complementarias destinadas a precisar el alcance de las obligaciones estatales en torno a la garantía y promoción del orden democrático; tales como como la protección de los principios de separación de poderes, la celebración de elecciones auténticas, la independencia judicial, el pluralismo político y la rendición de cuentas. Todo ello en el entendido de que la democracia no constituye meramente una forma de organización política, sino también un requisito *sine qua non* para la realización plena de todos derechos humanos.

26 Sentencia de la Corte IDH de fecha de 6 de agosto de 2008, caso *Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 204 Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf

27 República de Guatemala, “*Solicitud de Opinión Consultiva presentada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a la democracia y su protección en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, 6 de diciembre de 2024. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2025_spa.pdf

En tal sentido, la petición plantea que, al igual que el derecho a la verdad -reconocido por la jurisprudencia de la Corte como un derecho autónomo²⁸-, la democracia puede ser conceptualizada como un derecho humano independiente, cuya vulneración tiene un efecto pluriofensivo sobre otros derechos protegidos por la Convención Americana. De allí que Guatemala solicite a la Corte que valore si el derecho a la democracia puede ser reconocido como un derecho independiente, implícitamente derivado del *corpus iuris* interamericano, aun cuando no esté expresamente consagrado como tal en la Convención²⁹.

Resulta evidente que esta solicitud de opinión consultiva refleja una creciente preocupación regional por la fragilidad de la institucionalidad democrática que afecta a la mayoría de los países del continente, así como la necesidad de que la Corte IDH se pronuncie, con claridad, sobre el contenido esencial (núcleo duro) y el ámbito de protección (alcance y limitaciones) del derecho a la democracia.

En cuanto al primer aspecto, la consulta cita al autor Mauricio Herdocia Sacasa, quien sostiene que uno de los vínculos más importantes entre democracia y derechos humanos es que la protección de estos últimos constituye uno de los elementos esenciales (núcleo) de la democracia. En sus palabras, la democracia es “*un régimen que se auto contiene, tiene autonomía relativa y engloba componentes y elementos propios*”, circunstancias que también cualidades que también caracterizan a los derechos humanos.³⁰

Desde otra perspectiva doctrinaria, Manuel Rodríguez Cuadros sostiene que la democracia ha adquirido la condición de derecho humano con una doble dimensión: por una parte, como un *derecho de finalidad*, al representar un valor de

28 Véase, entre otras, sentencia de la Corte IDH, de 23 de mayo de 2023, Caso *Tabares Toro y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No, 491. Párr. 87. Disponible en: https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/serie_c_491_esp.pdf#CATACO_S1_PARR87

29 Aunque la Convención Americana de Derechos Humanos no consagra expresamente a la democracia como un derecho humano propiamente dicho, en su preámbulo refiere a que los Estados de la región tienen como propósito “(...) *consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre*”. De la misma forma, su artículo 29 sobre las normas de interpretación, prevé que el contenido de la Convención no debe “(...) *excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa del gobierno*”.

30 Mauricio Herdocia Sacasa, “El Derecho Internacional de la Democracia: ¿Existe? Contribuciones de Órganos de la OEA y Tribunales de Integración” Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXVIII_curso_derecho_internacional_2011_Mauricio_Herdocia_Sacasa.pdf; cit. en República de Guatemala, “Solicitud de Opinión Consultiva...” ob. cit., párr. 47.

interés general que impone a los Estados la obligación de promover y consolidar regímenes democráticos; y por otra, como un *derecho subjetivo individual*, exigible por cada persona frente al Estado (sujeto pasivo), en tanto reconoce la libertad de elegir y de acceder, en condiciones de igualdad, a los espacios de representación y gestión pública³¹.

Además de plantear la necesidad de delimitar el contenido del derecho a la democracia, la solicitud también invita a la Corte IDH a precisar los límites de su ejercicio. En concreto, se pregunta si las restricciones que la jurisprudencia ha admitido -siempre bajo criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad- en relación a los derechos políticos individuales³², son igualmente aplicables cuando se pretende limitar el funcionamiento de un régimen democrático. La consulta advierte, no obstante, que las limitaciones no deberían estar orientadas a restringir el derecho a la democracia, sino a protegerlo frente a amenazas mayores, con la finalidad de preservar los principios fundamentales del orden democrático.

Un eventual pronunciamiento de la Corte IDH en este sentido contribuiría a consolidar la protección de la democracia frente a los procesos de erosión institucional y regresión autoritaria que hoy amenazan a muchos países de la región.

Con el objetivo de dar curso a la solicitud de opinión consultiva, la Corte IDH recientemente abrió un lapso para la presentación de observaciones escritas por parte de las organizaciones y personas interesadas en general en contribuir con el alcance de la consulta presentada por la República de Guatemala, el cual estará vigente hasta el **11 de julio de 2025**.

El derecho a la democracia y sus atributos en la Constitución de 1999

De acuerdo con la Constitución de 1999, la democracia se establece, no solamente como forma de gobierno o axioma que ha de regir la actuación de las instituciones del Estado, sino también como una meta para garantizar la participación activa de la ciudadanía en los asuntos públicos.

En este aspecto, la exposición de motivos de la Constitución dispone que “*Ya no sólo es el Estado el que debe ser democrático, sino también la sociedad*” y que

31 Manuel Rodríguez Cuadros, “El derecho humano a la democracia”, *Derecho y realidad*, Núm. 23, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 1 semestre, 2014. p. 215.

32 Véase, entre otras, Sentencia de la Corte IDH de fecha 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Caso *Yatama Vs. Nicaragua*, párr. 237. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf (Consultado el 11 de noviembre de 2024).

“Siendo democrática la sociedad, todos los elementos que la integran deben estar signados por los principios democráticos y someterse a ellos”. Ciertamente, uno de los fines supremos expresados en el preámbulo de la Constitución de 1999 es el de refundar la República para establecer una sociedad democrática, “participativa y protagónica”.

De conformidad con lo previsto en el artículo 2 constitucional, el Estado venezolano se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico y de su actuación, entre otros, la democracia, la preeminencia de los derechos humanos y el pluralismo político. Veamos el texto completo de la disposición constitucional:

Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, **la libertad**, la justicia, la igualdad, la solidaridad, **la democracia**, la responsabilidad social y, en general, la **preeminencia de los derechos humanos**, la ética y el **pluralismo político** (negritas añadidas).

Por su parte el artículo 3 de la Constitución consagra como fines del Estado *“el ejercicio democrático de la voluntad popular”*. En tal sentido, su exposición de motivos explica que el *“(...) Estado social de Derecho que se nutre de la voluntad de los ciudadanos, expresada libremente por los medios de participación política y social para conformar el Estado democrático”*.

La principal consecuencia del reconocimiento de la democracia como calificador del Estado venezolano, es la de atribuir la titularidad de la soberanía al pueblo, de modo que este ha de ser el titular del poder de gobierno. En efecto, del artículo 5 *ejusdem* se desprende el principio de la soberanía popular, según el cual:

Artículo 5. La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.

La soberanía popular ha de ejercerse en el marco del Estado federal descentralizado, anunciado en la exposición de motivos de la Constitución y expresamente establecido en su artículo 4, conforme al cual el sistema de gobierno venezolano se fundamenta en un régimen de descentralización funcional y territorial. Ese principio de organización territorial se relaciona con el carácter democrático de las entidades políticas que componen el Estado venezolano en todos sus niveles, cuyo gobierno *“es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”* (artículo 6).

De la misma forma, el artículo 158 constitucional establece que la descentralización debe estar orientada a profundizar la democracia, mediante el acercamiento del poder público a la población y la creación de mejores condiciones tanto para el ejercicio efectivo de la democracia, como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales.

Ahora bien, conviene determinar cuáles son los atributos o elementos constitutivos del derecho a la democracia consagrado en la Constitución de 1999:

1.- En primer lugar, un elemento constitutivo de la democracia es el **principio de la separación e independencia de los poderes públicos**, consagrado en el artículo 136 de la Constitución y que establece un sistema de repartición de poderes, conforme a una estructura federal desde una consideración territorial, cuando reconoce tres órdenes verticales fundamentales: el poder público nacional, el poder público estatal y el poder público municipal; y también, desde un punto de vista funcional-horizontal, distinguiendo entre los poderes legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral.

No obstante, el principio de separación de poderes en el Estado constitucional de derecho no consiste sólo en la repartición de las funciones, ni es sólo una manera de separación orgánica de quienes están llamados a cumplirlas, es, en verdad, la base fundamental de la interdicción de la arbitrariedad y la garantía necesaria de la libertad como valor fundamental del hombre. Su fin último es evitar la concentración de poder y el absolutismo, en tanto elementos perturbadores de las libertades y derechos del ciudadano.

El principio de separación orgánica de los poderes -en el sentido de interdicción de la acumulación de poderes en un solo órgano- es, pues, presupuesto para el mantenimiento del Estado de Derecho y de la democracia efectiva³³.

Por eso consideramos que hoy ese principio no es una modalidad de la organización del ejercicio del poder público, sino un derecho fundamental de los individuos, con la advertencia de que sin separación de poderes no habría garantía del respeto de los derechos y libertades. De hecho, no se entiende el Estado de Derecho sin que esté contemplada en la Constitución la división del poder, unida al principio de legalidad y responsabilidad del Estado como presupuestos de la actuación estatal³⁴.

33 Véase en Rafael Badell Madrid, “Principio de separación de poderes”, en Allan R. Brewer-Carías y José Araujo-Juárez (coords.), *Principios fundamentales del derecho público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 21 años de la publicación de la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Internacional, Caracas, 2020. Pp. 183-207.

34 Javier García Roca, “Del principio de la división de poderes”, en *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, número 108. Abril-Junio 2000. Madrid, 2000. p. 42.

La democracia es un principio jurídico fundamental inherente a la esencia misma del Estado Constitucional. Para que exista legitimidad democrática del poder, debe tutelarse y garantizarse la participación efectiva de los ciudadanos y agrupaciones en la actividad política, así lo dispuso el artículo 2 de la Carta Democrática Interamericana.

En este sentido, el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, luego de reafirmar a la democracia representativa como pieza indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, consagra a la separación e independencia de los poderes públicos como un elemento esencial de la democracia representativa. Al respecto el magistrado de la Corte IDH Eduardo Ferrer MacGregor ha señalado que:

(...) la separación de poderes guarda una estrecha relación no solo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca preservar las libertades y derechos humanos de los individuos, evitar la concentración de poder que pueda transformarse en tiranía y opresión, así como permitir el cumplimiento adecuado y eficiente de las finalidades asignadas a cada rama del poder público. Sin embargo, la separación de poderes no solamente implica una especialización de las labores estatales de acuerdo a como hayan sido asignadas, sino que a su vez implica la existencia de un sistema de “frenos y contrapesos”, mediante el cual se constituya un control y fiscalización recíproco entre cada rama del poder. De la separación de poderes se desprende, entonces, el ejercicio de un poder limitado, así como susceptible de control y organizado en distintas instancias encargadas de diferentes funciones, con la finalidad esencial de asegurar la libertad de las personas frente al Estado, dentro de un marco de democracia participativa y pluralista.³⁵

2.- Otro elemento fundamental de la democracia es el **reconocimiento y respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales**, establecido en los artículos 2 y 19 de la Constitución, según los cuales el Estado venezolano propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, entre otros, la preeminencia de los derechos humanos; y en el mismo orden, establece que el Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable indivisible e interdependiente de los derechos humanos, de forma que su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

35 Véase voto concurrente del juez Eduardo Ferrer MacGregor Poisot a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) VS. Ecuador, de 23 de agosto de 2013. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_ferrer_266_esp.doc

3.- El **pluralismo político**, a que se refiere el artículo 2 de la Constitución, que implica, entre otras cosas, el derecho de la mayoría a gobernar y el derecho de la minoría a ser respetada, oída y tolerada. Supone el reconocimiento de que la sociedad está conformada por grupos diversos, con ideas, intereses, valores y creencias distintos, cuya participación en la vida democrática debe estar garantizada en condiciones de igualdad.

De acuerdo con Humberto Njaim, la sociedad contemporánea se caracteriza por ser receptáculo de una variedad compleja de formas y modos diversos de vida cuyas fuentes pueden ser encontradas en factores filosóficos, políticos, económicos, sociales, culturales, geográficos y hasta internacionales. De lo anterior se desprende la necesidad de las constituciones democráticas no sólo de consagrar esa diversidad, sino también valorarla como manifestación de libertad y otros derechos humanos, estableciéndola como principio, destacándola en las leyes fundamentales, y hasta erigiéndola como valor superior del Estado, como una de las características de su sistema de gobierno, como ocurre precisamente en la Constitución venezolana³⁶.

De allí que también podemos incluir dentro de este atributo el respeto a las **libertades de asociación** (toda persona tiene el derecho de asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley), estipulado en el artículo 52 de la Constitución; **de reunión** (toda persona tiene el derecho de reunirse, pública o privadamente, sin permiso previo, con fines lícitos y sin armas), consagrado en los artículos 53, 57, 59 y 61 *ejusdem*, respectivamente; **de opinión y de expresión** (toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura, artículo 57 *ejusdem*); **de religión** (toda persona tiene derecho a profesar su fe religiosa y cultos y a manifestar sus creencias en privado o en público, artículo 59 *ejusdem*); y **de pensamiento, de conciencia** (toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y a manifestarla, salvo que su práctica afecte su personalidad o constituya delito, artículo 61 *ejusdem*).

4.- Luego, el **derecho a la libertad de recibir y difundir informaciones e ideas** por cualquier medio de expresión, establecido en el artículo 58 de la Constitución, según el cual *“La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Cons-*

36 Humberto Njaim, “Reflexión sobre el pluralismo a más de 10 años de ‘Vigencia’ de la Constitución”, en Jesús M. Casal H. (Coord.), *Defender la Constitución*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011. P. 69.

titución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes”.

Ese derecho esencial a recibir y difundir información veraz, plural e imparcial es una garantía directa de la libertad de expresión, la cual constituye la piedra angular de toda sociedad democrática. A través de ella se garantiza el debate público, el pluralismo de ideas, el control ciudadano sobre el poder y la formación de una opinión libre e informada. Su ejercicio efectivo requiere, no obstante, de condiciones materiales y jurídicas adecuadas, tales como, medios de comunicación independientes, prohibición de toda forma de censura y protección frente a represalias por las ideas u opiniones emitidas. Sin estos elementos, se debilita no solo el derecho individual a expresarse, sino también la democracia misma.

Así lo ha señalado el académico Héctor Faúndez Ledesma, al afirmar que no puede concebirse democracia alguna sin garantías mínimas como el sufragio universal y la libertad de expresión, pues allí donde esta última se encuentra restringida, también desaparece la libertad en su sentido más amplio y, consigo, la democracia³⁷.

De hecho, señala que *“No es mera coincidencia que la mayor parte de las denuncias por tortura, privaciones arbitrarias de libertad, desapariciones forzadas de personas o ejecuciones sumarias, sometidas ante el Comité de Derechos Humanos o ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estén relacionadas precisamente con el ejercicio de la libertad de expresión”*³⁸.

Nos dice también el académico Faúndez que el Tribunal Constitucional español señaló que los medios de comunicación social, en sentido amplio, tiene una “función constitucional” por formar parte del sistema de frenos y contrapesos en que consiste la democracia, según dijeron en 1812 las Cortes de Cádiz, para prevenir la arbitrariedad de quienes nos gobiernan³⁹.

La libertad de expresión constituye un muro de contención frente al poder estatal, y forma parte, a su vez, de los mecanismos de control de que dispone la sociedad frente a los órganos del poder público: *“Es solo mediante la libertad de expresión como el ciudadano puede emitir juicios críticos sobre el gobierno, pronun-*

37 Héctor Faúndez Ledesma, *Los límites de la libertad de expresión*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004. p. 71.

38 *Ibidem*, P. 16.

39 Héctor Faúndez Ledesma, “La piedra angular de la democracia y los avatares de la libertad de expresión en Venezuela”, en Allan R. Brewer-Carías y Humberto Romero-Muci (Coords.), *El Falseamiento del Estado de Derecho*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021. p. 281.

*ciarse sobre las políticas públicas, disentir del criterio oficial, luchar por el cambio, y participar libremente en la elección y remoción de sus autoridades*³⁴⁰.

5.- El derecho a la **participación política**, supone el derecho de los ciudadanos a formar parte de la comunidad política en su conjunto y ser parte de las decisiones que le conciernen, según lo previsto en los artículos 62 y 70 y siguientes de la Constitución.

La participación de la ciudadanía en las decisiones políticas de interés comunitario, además de ser un derecho, es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Efectivamente, la democracia, concebida como el derecho del pueblo de conducir los asuntos políticos del país, exige la participación de todos los ciudadanos, bien directa o indirectamente, a través de sus representantes, de conformidad con los medios y mecanismos dispuestos en el ordenamiento constitucional de que se trate. En este aspecto, el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana establece lo siguiente:

Artículo 6. La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.

Hay que hacer énfasis en que *“Cuanto mayor sea el nivel de participación de los ciudadanos en los procesos políticos y sociales de un país, más democrático es un sistema”*³⁴¹. De modo que los sistemas democráticos se sustentan en la existencia de mecanismos que verdaderamente garanticen la participación ciudadana, como elemento fundamental del Estado, sin el cual no existiría legitimidad democrática ni titularidad popular del poder.

Ciertamente, *“sin participación ciudadana, la democracia pierde su razón de ser, representatividad y legitimidad, es por ello que el ejercicio de la ciudadanía y la participación política continúan, hoy día, siendo imperativos de cualquier orden político”*³⁴². De esta forma, el Estado será realmente democrático en la medida en que permita la participación efectiva de los ciudadanos en los procesos políticos y sociales del país, a través de mecanismos constitucionales y legales que garanticen dicha participación.

40 *Ídem.*

41 Héctor Fernández Masís, “El proceso electoral”, en *Revista de Derecho Electoral* número 1, Primer Semestre, Costa Rica, 2005. P.17. Disponible en: <http://www.tse.go.cr/revista/art/1/fernandez.pdf> 37

42 *Ídem.*

6.- El **derecho al sufragio**, es el modo de participación política en que es expresada la voluntad popular en condiciones de igualdad, incluyendo la realización de elecciones periódicas, universales, libres y justas.

El derecho al sufragio se manifiesta en dos dimensiones complementarias: el *sufragio activo*, que comprende el derecho de los ciudadanos a elegir a sus representantes; y el *sufragio pasivo*, que abarca el derecho a ser elegido para ocupar cargos de elección popular, incluida la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos para presentarse como candidatos. Ambas dimensiones del sufragio -la activa y la pasiva- están estrechamente vinculadas, de modo que las restricciones indebidas al derecho a ser elegido inciden directamente en el derecho de los ciudadanos a elegir, y viceversa.

Así lo ha reconocido la Corte IDH al señalar que “(...) *la formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan*”⁴³. Siendo así, la exclusión arbitraria de candidaturas legítimas, por motivos ideológicos o por afiliación política, no solo vulnera el derecho al sufragio pasivo de los candidatos afectados, sino que compromete directamente el ejercicio del sufragio activo de la colectividad, al restringir su capacidad de escoger libremente entre las distintas opciones políticas.

En Venezuela, el sufragio se encuentra establecido en la Constitución como un derecho que se ejerce mediante votaciones libres, universales, directas y secretas (artículo 63 constitucional); en garantía de lo cual se prevén los principios de la personalización del sufragio, la representación proporcional, la igualdad, la confiabilidad, la imparcialidad, la transparencia y la eficiencia de los procesos electorales, que deben ser garantizados de los órganos del Poder Electoral (artículo 293 *ejusdem*).

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 64 constitucional, gozan del derecho al voto todos los venezolanos que hayan cumplido con dieciocho (18) años de edad y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política. En caso de las elecciones parroquiales, municipales y estatales también son electores los extranjeros que, además de haber cumplido con estos requisitos (ser mayor de edad, tengan capacidad de obrar y no estén sujetos a inhabilitación política), tengan más de diez (10) años de residencia en el país, con las limitaciones establecidas en la Constitución y en la ley.

43 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 148.

Para hacer efectivo del derecho al voto, es necesario que los electores estén inscritos en el Registro Electoral, a saber, *“la base de datos que contendrá la inscripción de todos los ciudadanos y todas las ciudadanas que conforme a la Constitución de la República y a las leyes, puedan ejercer el derecho al sufragio”* (artículo 27 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales⁴⁴); cuya organización, dirección y supervisión se atribuye al Poder Electoral, concretamente en cabeza de la Comisión de Registro Civil y Electoral (artículos 292 y 293.7 de la Constitución).

En cuanto al sufragio pasivo se requiere, aparte de estas condiciones generales, el cumplimiento de ciertos requisitos constitucionales y legales. Entre ellos, el artículo 65 constitucional establece que no podrán optar a cargos de elección popular quienes hayan sido condenados por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones públicas o aquellos que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito. De la misma forma, se exige el cumplimiento de condiciones específicas según el cargo al que se aspire, como tener una edad mínima o experiencia previa, en virtud de lo dispuesto en la Constitución y la ley aplicable según el caso.

En todo caso, para hacer efecto el derecho a ser elegido habrá de presentarse ante el Consejo Nacional Electoral (CNE) la postulación de candidatos a cargos de elección popular, previo el cumplimiento de los requisitos de ley, en los lapsos previstos al efecto en el respectivo cronograma electoral (artículos 43 y 44, Ley Orgánica de Procesos Electorales).

Tienen derecho a postular candidatos para los procesos electorales las organizaciones con fines políticos, los grupos de electores; los ciudadanos por iniciativa propia y las comunidades y organizaciones indígenas, de acuerdo a lo previsto en los artículos 47 y siguientes de la Ley Orgánica de Procesos Electorales.

7.- El régimen plural de partidos y organizaciones políticas, que propugna el derecho de todos los ciudadanos de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección.

El régimen plural de partidos políticos se fundamenta en la libertad de asociación, ampliamente reconocida en las constituciones modernas como en los tratados internacionales de derechos humanos. Esa libertad de asociación permite a los ciudadanos agruparse para participar activamente en la vida pública, promover sus ideas y aspirar al ejercicio del poder dentro de un sistema plural y abierto. La Corte IDH ha afirmado que *“la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que una restricción de las posi-*

44 Gaceta Oficial Nro. 5.928 Extraordinario de fecha 12 de agosto de 2009.

*bilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga*⁴⁵.

La libertad de asociación se manifiesta, en el ámbito político, a través de la diversidad partidos y organizaciones políticas, como instrumentos necesarios para el funcionamiento de una democracia representativa. Ello supone, a la par, la incompatibilidad de la existencia de un sistema de gobierno de partido único, toda vez que este niega la pluralidad de ideas, impone una visión ideológica hegemónica y anula las condiciones necesarias para el ejercicio efectivo de los derechos políticos.

En un régimen verdaderamente democrático, los partidos políticos ejercen la muy importante función de canalizar la participación de los ciudadanos en la orientación política nacional. No obstante, para que puedan ejercer su función es menester que los partidos cuenten con libertad para autoorganizarse, lo que implica la libertad para estructurarse y dotarse de normas de funcionamiento de manera autónoma.

Ese derecho de asociación política encuentra protección, en primer lugar, en los tratados y convenios internacionales suscritos válidamente por la República, como por ejemplo, la Carta Democrática Interamericana, que establece en su artículo 3 no sólo el derecho de los pueblos americanos de vivir en democracia, sino también contiene la consagración expresa de la obligación de los Estados de promover y proteger la participación de los partidos políticos en dicha democracia. En efecto, conforme al artículo 3 *ejusdem*, el régimen plural de partidos y organizaciones políticas es un elemento esencial de la democracia.

Entre nosotros, esa libertad de asociación está expresamente consagrada en el artículo 67 de la Constitución que dispone que “*Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de asociarse con fines políticos, mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes*”.

Asimismo, el artículo 2 de la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones⁴⁶, dispone que los partidos políticos son agrupaciones de carácter permanente, cuyos miembros convienen en asociarse para participar por medios lícitos en la vida política del país, conforme a los programas y estatutos libremente acordados por ellos. Por su parte, la jurisprudencia ha entendido que la designación de los candidatos de los partidos políticos para optar a los cargos

45 Opinión Consultiva de la Corte IDH, OC-22/16, de 26 de febrero de 2016, párr. 96.

46 Gaceta Oficial Nro. 6.013 extraordinario de fecha 23 de diciembre de 2010.

de elección popular es un problema que incumbe a la vida interna de los partidos y ello se rige por programas y estatutos libremente acordados por sus asociados⁴⁷.

Estas disposiciones no tienen otro propósito que el de asegurar la participación de los afiliados o militantes de los partidos políticos en la toma de decisiones y en el control de su funcionamiento interno; así como limitar el control y la intervención del Estado en dichas organizaciones. La participación ciudadana, a través de los partidos políticos o asociaciones con fines políticos, constituye una actividad de interés general para la consolidación de la democracia, en la medida en que a través de los partidos políticos los ciudadanos pueden canalizar sus convicciones en lo que a la conducción política nacional se refiere.

8.- El **derecho a instituciones de gobierno responsables y transparentes, el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a la función pública**, establecidos en los artículos 6, 140, 141, 144 y 146 de la Constitución, que disponen lo siguiente:

Artículo 6. El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen, es y será siempre (...) **responsable**, pluralista y de mandatos revocables.

Artículo 140. El Estado **responderá patrimonialmente** por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.

Artículo 141. La Administración Pública (...) se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, **transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública**, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Artículo 144. La ley determinará las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos y funcionarias públicas para ejercer sus cargos.

Artículo 146. El ingreso de los funcionarios públicos y funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso público fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. (negritas añadidas)

9.- La **subordinación constitucional** de todas las instituciones del Estado, incluyendo a las fuerzas militares y a la autoridad civil, así como de todos los ciudadanos.

El principio de supremacía y fuerza normativa de la Constitución está consagrado en el artículo 7, conforme al cual *“La Constitución es la norma suprema y el*

⁴⁷ Véase sentencia de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 1º de diciembre de 1993

fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”. Según se expresa en la disposición de motivos, dicho principio constituye “el fundamento de todos los sistemas constitucionales del mundo y representan la piedra angular de la democracia, de la protección de los derechos fundamentales y de la justicia constitucional”.

La primera consecuencia de estas disposiciones constitucionales es la sujeción de todos los actos inferiores a esta, so pena de nulidad; de modo que todas personas y todos órganos del poder público están sujetos a todo el bloque de la constitucionalidad.

Este bloque de la constitucionalidad incluye no solo las normas expresamente contenidas en el texto constitucional, sino también los derechos, garantías y libertades establecidos en tratados y convenciones internacionales, suscritos y ratificados por la República, los cuales gozan de jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, conforme a lo previsto en el artículo 23 constitucional, conforme al cual:

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 en 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.

Siendo así, la supremacía constitucional abarca también la supremacía de las normas supranacionales, especialmente las relativas al reconocimiento y la protección de los derechos humanos que conforman el denominado *corpus iuris* de los derechos humanos; así como los demás instrumentos normativos, principios y valores internacionales que conforman el “bloque de la convencionalidad”.

Los derechos humanos pueden estar contenidos tanto en las normas constitucionales como en convenios internacionales. Lo mismo ocurre, consecuentemente, con su protección que puede hacerse efectiva a través de los tribunales nacionales o por medio de los internacionales. De allí que el juez nacional deja de ser sólo intérprete y aplicador del derecho interno y “*aplica muchas veces, con primacía sobre el derecho interno, el derecho material internacional o supranacional, desarrollando lo que puede denominarse un control de convencionalidad*”⁴⁸.

48 Humberto Nogueira Alcalá, “El impacto del control de convencionalidad en las fuentes de derecho chilenas”, en *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV de Derecho Administrativo*, Universidad Monteávila, Caracas, 2016. p. 27.

De otra parte, el bloque de la constitucionalidad contiene preceptos que operan como límites dirigidos a salvaguardar su identidad y estabilidad frente a cualquier intento de relajación o modificación que puedan desvirtuar o vulnerar la esencia misma de la Constitución. Tales límites se encuentran comprendidos en las denominadas *cláusulas pétreas, eternas o normas de supraconstitucionalidad interna*, que constituyen barreras insuperables e infranqueables -por los poderes públicos y por los ciudadanos- destinadas a preservar la integridad del orden constitucional.

Esas cláusulas pueden manifestarse de distintas formas, desde restricciones expresas en el propio texto constitucional hasta principios y valores implícitos que, por su trascendencia, se consideran inmodificables.

Las cláusulas pétreas, eternas o inmodificables son *“aquellas normas o dispositivos contenidos en la Constitución, que, por una parte, conforman un núcleo intangible concebido para asegurar su estabilidad contra embates de mayorías sólidas o circunstanciales que pretendan afectar o perturbar sus bases fundamentales, y; por la otra, comportan una prohibición, un límite, o una restricción insuperable al poder de reforma de la Constitución”*⁴⁹.

De tal forma que estas cláusulas actúan como límites institucionales, no solo frente al poder reformador de la Constitución, sino también ante mayorías populares coyunturales que, amparadas en una supuesta legitimidad democrática, pretendan suprimir el núcleo duro de los principios constitucionales.

Su finalidad última es evitar que la modificación constitucional, en cualquiera de sus formas, se convierta en un mecanismo para dismantelar los fundamentos del sistema constitucional y sustituirlo por un orden jurídico ajeno a sus principios esenciales; lejos de ello, pretenden garantizar que estén orientadas a fortalecer, perfeccionar y desarrollar los valores democráticos, el Estado de derecho, la protección de los derechos fundamentales y demás principios fundamentales de la Constitución.

Estos son, para el caso de nuestro modelo constitucional, los principios de independencia y autodeterminación; de democracia y soberanía popular; la descentralización del poder político y el modelo de Estado federal descentralizado; la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado, incluyendo las fuerzas militares y a la autoridad civil, a la Constitución como norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico; el reconocimiento, respeto y progresividad a los derechos humanos y todas las libertades fundamentales, civiles, sociales políticas y económicas; el principio de la separación e independencia de

49 Alejandro González Valenzuela, ob. cit., p. 534.

los poderes públicos que es la base fundamental de la interdicción de la arbitrariedad y la garantía necesaria de la libertad como valor fundamental del hombre, son límites absolutos e insuperables al poder reformador del texto constitucional.

Los mecanismos de participación democrática en la constitución de 1999

La democracia, como derecho humano y criterio de legitimidad para el ejercicio del poder, supone la garantía y el respeto de la participación efectiva de los ciudadanos en las decisiones relativas a su propio desarrollo y de las agrupaciones en la actividad política (véase arts. 2 y 6 de la Carta Democrática Interamericana).

En las democracias modernas, el sistema de gobierno tiene por cometido la integración de la ciudadanía en los asuntos públicos, garantizando la inclusión política y evitando cualquier forma de exclusión, lo cual implica crear condiciones que permitan a la voluntad popular manifestarse tanto en la elección de sus representantes como en la participación directa en decisiones específicas.

La participación ciudadana se concreta en el derecho fundamental de “*participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por intermedio de representante libremente elegidos*” (artículo 25, literal a, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 23, literal a, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

De modo que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno y en el control y dirección de los asuntos públicos, ya sea directamente, esto es, cuando los mismos individuos son los que ejecutan por sí mismo la acción participativa, sin que se requiera tener de intermediario personas o instituciones; o también de forma indirecta, mediante representantes o agrupaciones (partidos políticos, gremios, asociaciones, sindicatos, etc.) elegidos libremente.

Esto se encuentra reflejado en el mencionado artículo 5 de la Constitución, al disponer que “*La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público (...)*”.

En este mismo sentido, el artículo 62 de la Constitución establece lo siguiente:

Artículo 62. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.

De la misma forma, el artículo 70 constitucional recoge de manera amplia los mecanismos de participación política, al disponer que “*Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativas, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros (...)*” De acuerdo con ello, el pueblo ejerce su soberanía, no solo mediante representantes electos mediante sufragio, sino de forma más amplia, mediante los mecanismos de participación directa que incorpora el texto constitucional.

La participación ciudadana en los asuntos públicos trasciende el acto de votar, configurándose como un elemento esencial para la consolidación de una democracia que sea tanto representativa como participativa. Esto obliga a garantizar mecanismos complementarios que permitan a los ciudadanos influir activamente en la toma de decisiones políticas y el control de los asuntos públicos, así como promover la descentralización del poder, acercándolo a los ciudadanos a través de estructuras territoriales o sociedades intermedias (artículo 158 constitucional).

Participación indirecta y la democracia representativa

Hemos dicho anteriormente que uno de los atributos del derecho a la democracia se manifiesta en el derecho de los ciudadanos de escoger a sus representantes, a través de elecciones periódicas, universales, libres y justas, establecido en el artículo 63 de la Constitución.

La elección de los representantes populares mediante el voto comprende la participación política indirecta o colectiva, al conjugar dos principios fundamentales: el de soberanía popular, que reconoce al pueblo como titular del poder del Estado, y el de representación, que permite ejercer esa soberanía a través de representantes electos mediante sufragio universal, directo y secreto.

El sistema de gobierno que se rige por estos principios es la democracia representativa, es decir, un sistema donde el poder reside esencialmente en el pueblo, pero su ejercicio se delega a representantes electos por medio del sufragio. Este modelo constituye el mecanismo por excelencia para actualizar la soberanía en las democracias modernas, al combinar la legitimidad otorgada por la voluntad

popular, con la funcionalidad y estabilidad necesaria para el ejercicio del Poder Público de forma eficaz.

Para que el sufragio sea realmente libre y efectivo, resulta indispensable -tal como lo señala Manuel Aragón- la garantía de otras libertades esenciales, como las de expresión, asociación, reunión y manifestación, así como la libertad de presentar candidaturas, la libre concurrencia de estas y el desarrollo igualitario de las campañas electorales. Estas libertades complementan el principio de soberanía popular y garantizan un sistema democrático representativo genuino y transparente⁵⁰.

Si bien la democracia representativa es un elemento indispensable en las sociedades democráticas modernas y constituye el modelo más tradicional de gobierno, su consagración no se contrapone ni excluye la implementación de mecanismos de participación directa; sino que, por el contrario, ambos modelos pueden coexistir de manera complementaria, fortaleciendo la soberanía popular y ampliando las oportunidades de los ciudadanos para intervenir activamente en los asuntos públicos.

En Venezuela, la democracia representativa es uno de los valores y principios fundacionales de nuestra historia republicana. Desde la primera Constitución de 1811 hasta la vigente, este modelo de gobierno ha sido una constante en nuestra tradición constitucional⁵¹.

De hecho, el artículo 144 de la Constitución de 1811 disponía lo siguiente:

Artículo 144. La soberanía de un país, o supremo poder de reglar o dirigir equitativamente los intereses de la comunidad, residen, pues, esencial y originalmente en la masa general de sus habitantes y se ejecuta por medio de apoderados o representantes de éstos, nombrados y establecidos conforme la Constitución.

De modo que “(...) *la organización republicana por la cual optaron los fundadores del Estado Venezolano, fue la de una democracia representativa, de manera que*

50 Manuel Aragón, “Derecho de sufragio: Principio y función”, en Raúl Ferrero Costa (compilador), *Derecho Constitucional General. Materiales de Enseñanza*, primera edición, Universidad de San Marcos. Universidad de Lima, Lima, 2004, página 643, cit. en Román Duque Corredor, “Elecciones en tiempos de la dictadura del Maduronato (No es el título de una novela sino de las elecciones del Maduronato)”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N°. 174, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, octubre-diciembre, 2023. Pp. 323-333.

51 Al respecto véase en Allan R. Brewer Carías, *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I (8 agosto- 8 septiembre), Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999. Pp. 184 y ss.

*el pueblo o la masa general de los habitantes de este territorio solo puede manifestar su soberanía a través de los representantes previstos y regulados en la Constitución*⁵².

En las constituciones que sucedieron a la de 1811 y hasta la Constitución de 1961, salvo durante el periodo histórico correspondiente al Estado Federal (1864-1901), la democracia representativa se mantuvo como un principio básico adoptado a lo largo de toda nuestra historia republicana⁵³. Cada uno de estos textos constitucionales reafirmó, no solo el carácter republicano de Venezuela, sino también el modelo de soberanía popular ejercida de manera indirecta, delegando el poder en representantes electos mediante el sufragio.

En continuidad con nuestra tradición republicana, la Constitución de 1999 dispuso en su artículo 5 que la soberanía reside en el pueblo quien la ejerce, primero y principalmente, de forma indirecta por los órganos que ejercen el Poder Público, elegidos mediante el sufragio, garantizando así el derecho a elegir (sufragio activo) y a ser elegidos para los cargos de representación popular (sufragio pasivo). Estos órganos del Poder Público, distribuidos en el Poder Nacional, Poder Estatal y Poder Municipal (artículo 137 constitucional), no solo dimanan de la soberanía popular, sino que también se encuentran sometida a ella.⁵⁴

En efecto, al elegir a sus representantes mediante el sufragio, los ciudadanos delegan en ellos la responsabilidad de actuar en su nombre, lo cual compromete a los órganos del Poder Público a que sus decisiones y actos reflejen, al menos en parte, la voluntad y los intereses del electorado. De tal forma que *“las elecciones constituyen el mecanismo jurídico usual no sólo para la escogencia de los titulares de los órganos representativos, sino, además, para que éstos participen, en alguna medida, en la determinación, ejecución y control de las decisiones políticas a lo largo de todo el proceso gubernamental”*⁵⁵.

Siendo así, un Estado será realmente democrático en la medida en que permita el ejercicio del derecho al sufragio en condiciones de igualdad y la participación efectiva de los ciudadanos en los procesos políticos y sociales del país, a través de mecanismos constitucionales y legales que garanticen dicha participación y solo habrá Estado de derecho si eso se cumple.

52 *Ibidem*, pp. 185 y 186.

53 *Ibidem*, P. 189.

54 Sobre el principio de representatividad en nuestra historia republicana véase en Rafael Baddell Madrid, “Ese libro de tantas ediciones”, en Asdrúbal Baptista (Coord.) *Venezuela siglo XX. Visiones y testimonio*, Tomo III Fundación Polar, Caracas, 2003. P. 44.

55 Rubén Hernández Valle, “Los principios del derecho electoral”, artículo web disponible en: <https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-1994-01-004-025.pdf>

En este aspecto debe tenerse en cuenta los criterios democráticos establecidos en la Carta Democrática Interamericana según la cual: *“El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos”* (artículo 2). Sobre el carácter representativo y democrático del gobierno, el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana establece lo siguiente:

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Participación directa

Otro de los atributos fundamentales de la democracia es el principio de participación política consagrado en los artículos 62 y 70 de la Constitución, que reconoce el derecho de los ciudadanos a involucrarse activamente en los asuntos públicos mediante los diversos mecanismos que prevé la Constitución.

Antes hemos dicho que esa participación política se manifiesta de manera amplia y complementaria. Dijimos que el principio de participación ciudadana en los asuntos públicos no se limita a la democracia representativa o indirecta, ejercida a través de representantes electos, sino que también comprende los diversos mecanismos de democracia directa, esto es, aquellos que permiten una intervención más inmediata y concreta en las decisiones de interés colectivo, tales como los referéndums, las asambleas populares, entre otros.

Pese a que la democracia directa pudiera parecer la forma de participación política más “democrática” y, por tanto, la que debe privar en términos ideales, resulta claro que un sistema de gobierno donde todas las decisiones políticas fueran tomadas directamente por los ciudadanos en consenso, sin representantes electos, nunca ha existido ni tampoco resulta viable en el mundo contemporáneo. La complejidad de las sociedades modernas, la diversidad de intereses y la necesidad de gestionar gran cantidad de asuntos públicos de forma rápida y eficaz, no sólo hacen inviable este sistema en la práctica, sino que lo convierten en un mero ejercicio teórico.

El sistema de democracia representativa, con sus limitantes y deformaciones, se ha erigido como el modelo de gobernabilidad más eficiente y funcional en las democracias modernas, al canalizar de manera organizada y sostenible la voluntad popular y permitir la toma de decisiones políticas en un contexto de alta

complejidad. De allí que los mecanismos de democracia directa deban ser entendido, no como un sustituto o reemplazo de la democracia representativa, sino un complemento de esta. De hecho, en la mayoría de los sistemas constitucionales modernos se han implementado mecanismos de democracia directa que, lejos de pretender sustituir a la democracia representativa, buscan complementarla y perfeccionarla⁵⁶.

La exposición de motivos de la Constitución de 1999, refiriéndose al derecho de participación política, dispone que *“Este derecho no queda circunscrito al derecho al sufragio, ya que es entendido en un sentido amplio, abarcando la participación en el proceso de formación, ejecución y control de la gestión pública”*, la cual *“(.)” “no se limita a la intermediación de los partidos políticos, sino que puede hacerse en forma directa, en perfecta sujeción al concepto, de soberanía que en forma expresa prevé el artículo 5 del novísimo texto constitucional”*.

Igualmente aclara que *“(.) la participación no queda limitada a los procesos electorales, ya que se reconoce la necesidad de la intervención del pueblo en los procesos de formación, formulación y ejecución de las políticas públicas, lo cual redundaría en la superación de los déficits de gobernabilidad que han afectado nuestro sistema político debido a la carencia de sintonía entre el Estado y la sociedad”*.

De tal forma que, en Venezuela, el constituyente de 1999 incorporó diversos mecanismos de democracia directa con el objetivo de ensanchar la participación política, más allá del derecho al sufragio, ampliando los canales de expresión y decisión de la ciudadanía y permitiendo su intervención en la gestión pública tanto a nivel nacional como local.

Con esos mecanismos de participación política directa *“(.) se perfecciona el régimen democrático pues se permite al pueblo reaccionar directamente contra o en relación a las decisiones políticas que adopten los representantes, incluso con resultados contrarios a las mismas, dados que estos con frecuencia tienen intereses, incluso partidistas, distintos a los de los ciudadanos”*⁵⁷.

Entre los mecanismos de democracia directa establecidos en la Constitución se encuentran los referendos populares, que pueden ser consultivos, aprobatorios, abrogatorios y revocatorios; la iniciativas legislativas, constitucionales y constituyentes; el cabildo abierto; la asamblea de ciudadanos, cuyas decisiones son de carácter vinculante, entre otros.

56 Allan R. Brewer-Carías, “Democracia participativa, descentralización política y régimen municipal”, p. 4. Disponible en: <https://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I.1.896.pdf>

57 Allan R. Brewer Carías, *Debate Constituyente...*, ob. cit., Tomo I, p. 196.

Los referendos populares

De acuerdo con el artículo 71 constitucional, se puede someter a consulta popular las materias de especial trascendencia nacional, estatal, municipal o parroquial. A nivel nacional, la iniciativa para activar el referendo consultivo le corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros; a la Asamblea Nacional, por acuerdo aprobado por la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de al menos 10% de los electores inscritos en el registro Civil y Electoral. En el ámbito estatal, municipal y parroquial, la iniciativa puede provenir de las autoridades locales, como el Gobernador, Alcalde o Junta Parroquial, del órgano legislativo correspondiente mediante un acuerdo aprobado por las dos terceras partes de sus miembros, o por un número no menor del 10% de los electores registrados en la circunscripción respectiva.

Como innovación de la Constitución de 1999, se incluyó el referendo revocatorio como mecanismo que permite a los ciudadanos terminar el mandato de cualquier funcionario electo que haya transcurrido la mitad del periodo para el cual fue electo. La iniciativa de revocatoria procede a solicitud de, al menos, el 20% de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral correspondiente. Una vez convocado el referendo, el mandato del funcionario será revocado si el número de votos a favor de la revocatoria iguala o supera al obtenido por el funcionario en su elección, siempre que participe al menos el 25% de los electores registrados (artículo 72 *ejusdem*).

También puede someterse a la voluntad popular aquellas decisiones políticas de relevancia nacional adoptadas por el Poder Ejecutivo o Legislativo, tales como la aprobación de tratados internacionales que comprometan la soberanía nacional o que transfieran competencias a órganos supranacionales, o la aprobación de proyectos de ley considerados de especial trascendencia nacional. El referendo aprobatorio de podrá ser convocado la Asamblea Nacional con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes; por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; o a solicitud de al menos el 15% de los electores inscritos en el registro civil y electoral, a tenor de lo previsto en el artículo 73 de la Constitución.

El referendo abrogatorio, por su parte, supone la posibilidad de que el pueblo pueda adoptar una decisión contraria a la ya adoptada por alguno de los órganos del Poder Público. Concretamente, el artículo 74 *ejusdem* prevé la posibilidad de someter a consulta popular la abrogación total o parcial de leyes vigentes, ya sea a solicitud del Presidente de la República en Consejo de Ministros o por solicitud ciudadana respaldada por al menos el 10% de los electores inscritos en el registro civil y electoral. De la misma forma, los decretos con fuerza de ley dictados por

el Presidente de la República también pueden someterse a referendo abrogatorio, cuando fuere solicitado por al menos el 5% de los electores inscritos.

Para que el referendo abrogatorio sea válido, es necesario que participe al menos el 40% de los electores inscritos en el registro civil y electoral. Sin embargo, están excluidas de este mecanismo las leyes relacionadas con el presupuesto, los impuestos, el crédito público, la amnistía, los derechos humanos y los tratados internacionales, garantizando así la estabilidad en áreas fundamentales para el Estado. Además, no puede realizarse más de un referendo abrogatorio sobre la misma materia durante un período constitucional.

Las iniciativas populares

a. Iniciativa legislativa

La Constitución de 1999, en el marco de un modelo dual de democracia representativa y participativa, consagra la iniciativa legislativa como un mecanismo de participación ciudadana esencial para la formación de las leyes.

De acuerdo con la doctrina, “(...) *la iniciativa legislativa ciudadana aparece como una proyección del derecho de participación, como uno de los instrumentos específicos a través de los cuales este se articula y se concreta. Por tanto, se debe entender como extensión del derecho de todos los ciudadanos a participar directamente en los asuntos públicos (...)*”⁵⁸.

De tal forma que este derecho permite a la ciudadanía presentar propuestas de proyectos de ley e impulsar el procedimiento legislativo en los diversos asuntos de interés público, reforzando su rol en la configuración del ordenamiento jurídico y su compromiso con la vida política.

Concretamente, el **artículo 204** de la Constitución determina a quienes corresponde la iniciativa de las leyes, incluyendo en su numeral 7 a “*los electores y electoras en un número no menor del cero coma uno por ciento de los inscritos e inscritas en el registro civil y electoral*”. De la misma forma, el **artículo 205** establece que la Asamblea Nacional **tiene la obligación de discutir** los proyectos de ley presentados por iniciativa ciudadana; y en caso de que el debate no se inicie en el período de sesiones ordinarias siguiente a la presentación del proyecto, este se **someterá a referendo aprobatorio**.

58 José Araujo-Juárez, “El Principio de Participación y la Iniciativa Legislativa Ciudadana”, *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos Actuales*, segunda edición, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2021. p. 148.

b. Iniciativa constitucional

El constituyente de 1999, en el título IX de la Constitución referido a la reforma constitucional, desarrolló tres mecanismos de modificación del texto constitucional. Dicho título, tal y como lo dispone la Exposición de Motivos de la Constitución, “... *establece una serie de mecanismos a través de los cuales las posibilidades de modificación del texto constitucional sean factibles y accesibles, para evitar el divorcio entre la norma fundamental del sistema jurídico y la realidad social, política, cultural y económica*”⁵⁹.

Dos de esos tres mecanismos son formas para realizar cambios concretos a la Constitución, siempre que no supongan variaciones substanciales o una sustitución total del texto constitucional. Ambos mecanismos abarcan formas de participación directa del pueblo en los asuntos públicos, mediante el ejercicio de la iniciativa constitucional; y en tal sentido, son expresión concreta de la soberanía popular, cuyo único titular es el pueblo (artículo 5 constitucional).

El primero de esos mecanismos es la enmienda constitucional, cuyo fin es adicionar o modificar uno o varios artículos del texto constitucional, siempre que se traten de modificaciones de forma, tenues, no sustanciales e insignificantes desde el punto de vista sustantivo que no alteren la estructura fundamental de la Constitución. Este instrumento incluye, entre sus formas de activación, la iniciativa popular, como una forma de participación democrática directa, que permite a un quince por ciento (15%) de los ciudadanos inscritos en el Registro Civil y Electoral proponer enmiendas Constitucional, según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 340.

La segunda forma de modificación del texto constitucional es la reforma propiamente dicha, cuyo objeto es la una revisión parcial de la Constitución, mediante la sustitución de uno o varios de sus artículos, que no se altere su estructura ni sus principios fundamentales. Este instrumento también puede ser activado -entre otros- por iniciativa popular, que faculta a un número no menor del quince por ciento (15%) de los ciudadanos inscritos en el Registro Civil y Electoral para proponer una reforma.

Recuérdese, ambas formas para modificar el texto constitucional deben someterse a referendo aprobatorio, lo que asegura que cualquier modificación al texto constitucional cuente con la aprobación directa del soberano. Estos medios permiten adaptar la Constitución a las demandas sociales, políticas o económicas

59 Sobre este tema véase en Rafael Badell Madrid, “Modificación constitucional”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* Nro. 177, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, enero-marzo, 2025. Pp. 175-225.

del momento, garantizando que los cambios respeten la estabilidad estructural del ordenamiento jurídico y los valores esenciales del Estado.

c. Iniciativa constituyente

El tercer y más complejo mecanismo de modificación dispuesto en la Constitución es el proceso constituyente, cuyo propósito es la transformación sustancial del texto constitucional. Este mecanismo se efectúa a través de una Asamblea Nacional Constituyente (ANC), órgano constitucional que representa al poder constituyente y que tiene por objeto redactar una nueva Constitución, crear un nuevo ordenamiento jurídico y transformar el Estado venezolano.⁶⁰

Así lo dispone el artículo 347 constitucional al establecer que *“El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar a una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”*.

En este sentido, del propio texto constitucional puede desprenderse que la naturaleza jurídica de la ANC, *“no es otra que un órgano del Estado, sometido a la soberanía popular, con carácter temporal, cuyo objeto es el de transformar al Estado mediante la creación de una nueva Constitución”*.⁶¹

Dentro de las fases del complejo proceso constituyente se consagran diversas formas de participación política directa, que representa la expresión más amplia del principio de soberanía popular. Según lo dispuesto en el artículo 348 de la Constitución, la iniciativa de convocatoria de una ANC le corresponde, entre otros, a un mínimo del quince por ciento (15%) de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral.⁶²

Una vez que haya sido formulada la iniciativa constituyente por cualquiera de los legitimados para ello, la misma debe consignarse junto con las bases comiciales (estatuto) ante el Poder Electoral, con el fin de que el órgano encargado

60 Sobre este tema véase en Rafael Badell Madrid, *La Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018. Pp. 47 y ss.

61 Fernando Sanquírigo Pittevil, “Las facultades (i)limitadas de la Asamblea Nacional Constituyente de acuerdo con la Constitución de la República”, en Allan Brewer Carías y Carlos García Soto (compiladores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente*, Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana. Bogotá/Caracas, 2017. p.432.

62 Además de la iniciativa de convocatoria que tienen el quince por ciento (15%) de los electores inscritos en el Registro Civil y Electoral, también tienen iniciativa para convocar a un proceso constituyente el Presidente de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante el acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes y los Consejos Municipales en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos.

para ello, el CNE, proceda a convocar un referendo para que el pueblo, mediante votación universal, directa y secreta, decida si adopta o no dicha iniciativa para convocar la ANC.

Sin embargo, corresponde únicamente al pueblo, como depositario del poder constituyente originario, decidir mediante referendo si se convoca o no la ANC. Esta consulta popular es el paso indispensable para activar el proceso constituyente, ya que garantiza que la convocatoria sea producto del ejercicio libre y directo de la soberanía popular, y no de la imposición de los poderes constituidos.

De tal forma que, mientras que el artículo 348 constitucional limita a los poderes constituidos la posibilidad de promover la iniciativa a un proceso constituyente, el artículo 347 *ejusdem* otorga al pueblo la facultad exclusiva y excluyente de convocar mediante referendo a una ANC. En consecuencia, el pueblo, en ejercicio del poder constituyente originario, es quien debe decidir directamente sobre la procedencia de la convocatoria, las bases comiciales y los límites del proceso, y determinar la misión que cumplirá la ANC.

El cabildo abierto y las asambleas de ciudadanos

La Constitución de 1999 también prevé al cabildo abierto y a las asambleas de ciudadanos como medios de participación política en ejercicio directo de la soberanía, y dispone que las decisiones tomadas en esos espacios populares tienen carácter vinculante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 70 constitucional.

Más allá de ello, la Constitución no detalla la organización, funcionamiento o procedimientos específicos de estos mecanismos de participación ciudadana, delegando a la ley la responsabilidad de establecer las condiciones necesarias para su efectiva materialización. No obstante, la legislación en la materia no solo ha sido insuficiente y deficiente, sino que han buscado la implementación de un Estado Comunal que atentan a los principios democráticos más elementales.

Téngase por ejemplo a Ley Orgánica del Poder Popular consagra a la Asamblea de Ciudadanos y Ciudadanas como la *“máxima instancia de participación y decisión de la comunidad organizada”*, *“para el ejercicio directo del poder y protagonismo popular, cuyas decisiones son de carácter vinculante para la comunidad, las distintas formas de organización, el gobierno comunal y las instancias del Poder Público”* (artículo 8.1).

Este esquema otorga a las asambleas un poder amplio, pero sin garantizar procedimientos claros y democráticos, lo que facilita su manipulación. Así, la Ley permite a estas asambleas elegir y revocar a los voceros de los Consejos Comunales (artículo 23.3), sin definir de manera precisa los mecanismos electorales que deben seguirse, dejando una gran discrecionalidad en su ejecución.

De la misma forma, los voceros elegidos por estas Asambleas tienen la facultad de designar las juntas parroquiales, entidades que anteriormente eran electas mediante sufragio directo, secreto y universal, según lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

Esta transformación altera el principio de participación democrática al reemplazarlo por un sistema de grados sucesivos, en el que las decisiones recaen en representantes electos indirectamente. Todo lo cual evidencia cómo la base del Estado Comunal es la creación de asambleas que eligen a “voceros” en elecciones de grados sucesivos, en mero rechazo del voto como método de elección de los miembros de los representantes y en franca violación los criterios democráticos en la Constitución y en los tratados internacionales en la materia⁶³.

Las instituciones de la democracia en la Constitución de 1999

Uno de los aportes institucionales más relevantes de la Constitución de 1999 en materia democrática fue la configuración de un sistema político-electoral dotado de órganos con competencias diferenciadas, pero complementarias, destinados a garantizar tanto la organización técnica de los procesos electorales como la tutela judicial efectiva de los derechos políticos.

Para ello, el constituyente creó, por una parte, al **Consejo Nacional Electoral**, como órgano rector del Poder Electoral, dotado con autonomía funcional, presupuestaria y organizativa, encargado de **organizar, dirigir, normar y supervisar** los procesos electorales, referendos y consultas populares, así como las actividades de sus órganos subalternos.

Por otra parte, dentro de la rama judicial, el constituyente de 1999 diseñó una **jurisdicción contencioso-electoral especializada**, encargada de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos políticos y del control de legalidad y constitucionalidad en materia electoral. Esta función es ejercida actualmente por la **Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ)**, la cual conoce de los recursos y controversias derivadas de los actos del Poder Electoral y de los procesos comiciales.

Adicionalmente, debe tenerse presente el rol de la **jurisdicción constitucional en garantizar la estabilidad del sistema democrático y la protección y principios que lo sustentan**, ejercida en máxima instancia por la **Sala Cons-**

63 Para un estudio sobre la materia véase en Rafael Badell Madrid, *Del Estado Federal al Estado Comunal*, Serie de estudios Nro. 133, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021.

titucional del TSJ, órgano con atribuciones decisivas para interpretar el texto constitucional y garantizar su supremacía.

El Consejo Nacional Electoral (CNE)

Una de las innovaciones de la Constitución de 1999 fue la consagratoria del Consejo Nacional Electoral (CNE), que había reemplazado el entonces Consejo Supremo Electoral, como una institución central del sistema democrático venezolano. En este sentido, la exposición de motivos de la Constitución establece lo siguiente:

Como expresión del salto cualitativo que supone el tránsito de la democracia representativa a una democracia participativa y protagónica, se crea una nueva rama del Poder Público, el Poder Electoral, ejercido por órgano del Consejo Nacional Electoral que tiene por objeto regular el establecimiento de las bases, mecanismos y sistemas que garanticen el advenimiento del nuevo ideal u objetivo democrático. Una nueva cultura electoral cimentada sobre la participación ciudadana.

Para dimensionar su contenido es necesario integrar las disposiciones en este Capítulo V del Título V con las establecidas en el Capítulo IV de los Derechos Políticos y del Referendo Popular perteneciente al Título III del nuevo texto constitucional.

De tal forma que, a los efectos de materializar el principio de la participación política y los derechos fundamentales de contenido político, la Constitución creó una nueva organización administrativa encargada de ejercer el Poder Electoral, conformada por el CNE como órgano rector, y por los organismos subordinados a este: la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento (artículo 292 constitucional).

La función primordial del CNE es la de *“organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos”* (artículo 293.5 constitucional), incluyendo además la de organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley.

.Asimismo, el CNE tiene la facultad de organizar los procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de estas, o por orden de la Sala Electoral del TSJ (artículo 293.6 constitucional).

Este mecanismo implica una forma de intervención estatal en la esfera privada de los particulares, so pretexto de garantizar la participación ciudadana. Como señala María Amparo Grau, “(...) *la extensión de lo electoral a toda organización de la sociedad civil, no es verdad que ejecute la participación ciudadana en el Poder a que se refiere la Constitución, al contrario se da paso a exactamente lo opuesto, esto es, la intervención del poder en la vida de los ciudadanos*”⁶⁴.

En todo caso, resulta claro que el CNE ejerce primero y principalmente una *función administrativa* y en consecuencia se le aplican los principios de buena administración a que se refiere al artículo 141 de la Constitución, que establece textualmente lo siguiente:

Artículo 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Este dispositivo constitucional de la buena administración comprende, a la vez, un derecho fundamental y un principio de actuación administrativa⁶⁵.

Como derecho fundamental, la buena administración comprende el derecho de los ciudadanos a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la administración. Tal y como lo dispone el capítulo primero de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, el derecho a una buena administración implica poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la administración pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente con la promoción de la dignidad humana.

Aparte de ser un derecho fundamental, la buena administración es también un principio de actuación administrativa, que obliga a la administración, en un Estado democrático, a llevar adelante la actuación administrativa en beneficio del interés general. Esta obligación de la administración pública deriva precisamente de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, especialmente de

64 María Amparo Grau, “Jurisdicciones constitucionales: Lo electoral como función con su propia justicia constitucional”, ponencia en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal, homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, video de YouTube, minuto 4:00:43, 23 de noviembre de 2024. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=8tvI4-RAlpQ&t=14292s>

65 Para un estudio sobre este tema véase en Rafael Badell Madrid, “El Derecho a la Buena Administración”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nro. 161, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2022. Pp. 1531-1581.

la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social.

Esta buena administración se cumple prestando un servicio público orientado al interés general y al correcto reconocimiento y respeto de los derechos y libertades, y que tenga como meta la mejora permanente e integral de las condiciones de vida de las personas.

Además de lo anterior, la Constitución prevé, de forma especial y particular, los principios que rigen los procesos electorales, como son la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional (artículo 293).

Como rama del poder público, la actuación de los órganos del Poder Electoral se rige por los principios de independencia orgánica, autonomía funcional y presupuestaria, despartidización de los organismos electorales, imparcialidad y participación ciudadana; descentralización de la administración electoral, transparencia y celeridad del acto de votación y escrutinios (artículo 294 constitucional).

Los principios y normas que rigen los procesos electorales y las actuaciones de los órganos del Poder Electoral, dispuestos tanto en la Constitución como la Ley Orgánica de Procesos Electorales, son consecuencia del principio básico del Estado democrático, a saber, el principio de la soberanía popular, según el cual el fundamento jurídico-político de cualquier sociedad estatal es la voluntad libremente expresada del pueblo (artículo 5 constitucional).

De conformidad con el artículo 2 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, *“El proceso electoral constituye los actos y actuaciones realizados en forma sucesiva por el Consejo Nacional Electoral dirigidos a garantizar el derecho al sufragio, la participación política y la soberanía popular, como fuente de la cual emanan los órganos del Poder Público”*; y se rige por los principios de democracia, soberanía, responsabilidad social, colaboración, cooperación, confiabilidad, transparencia, imparcialidad, equidad, igualdad, participación popular, celeridad, eficiencia, personalización del sufragio y representación proporcional (artículo 3 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales).

Por proceso electoral debe entenderse el conjunto de acciones que, ordenadas por etapas y establecidas previamente en la Constitución y en las leyes electorales, están dirigidas por los organismos electorales para la realización de las elecciones y consultas populares. De otra parte, el proceso electoral es definido como *“el conjunto de actos ordenados por la legislación vigente que han de cumplir las autori-*

*dades electorales, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos para la renovación periódica de los poderes ejecutivo y legislativos...*⁶⁶.

De esta forma, al ser la democracia un sistema competitivo basado en la existencia de instituciones y sistemas tendientes a asegurar la libertad, la imparcialidad y la igualdad de la escogencia entre diferentes opciones políticas, el proceso electoral siempre ha de tener la característica implícita de ser un elemento básico del régimen democrático y representativo, en el que el valor del voto de cada ciudadano es trascendental para canalizar la voluntad del pueblo hacia las decisiones políticas⁶⁷.

Así pues, como postulado fundamental del Estado democrático, las elecciones de los representantes de los ciudadanos deben ser el resultado de la libre expresión de la voluntad mayoritaria del pueblo, por lo que sí concurren vicios en el proceso electoral que alteren el resultado de las votaciones, al punto de no conocerse lo realmente querido por los electores, ello “conlleva naturalmente la anulación de la respectiva elección”.

La existencia de un árbitro electoral independiente e imparcial es un elemento fundamental y esencial del derecho al voto y de las directrices constitucionales exigidas para la integración del CNE como órgano del Poder Electoral. En efecto, el artículo 296 de la Constitución determina que el CNE “... *estará integrado por cinco personas no vinculadas a organizaciones con fines políticos tres (3) de ellos postulados por la sociedad civil, uno por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de la Universidades nacionales y uno por el Poder Ciudadano*”; y además que: “*Los o las integrantes del Consejo Nacional Electoral serán designados o designadas por la Asamblea Nacional con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes*”.

Según el precitado artículo 296 constitucional, los rectores del CNE, durarán siete (7) años en el ejercicio de sus funciones y “*serán elegidos o elegidas por separado: los tres postulados o postuladas por la sociedad civil al inicio de cada período de la Asamblea Nacional, y los otros dos a la mitad del mismo*”.

El Tribunal Supremo de Justicia (TSJ)

De conformidad con lo dispuesto en la Constitución de 1999, el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) es el máximo órgano del Poder Judicial venezolano y la última instancia de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. En

66 Ricardo O. Zurita, “Curso de Inducción”, programa de Formación y Desarrollo. Instituto Federal Electoral. México, 1993. p. 75. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1113/6.pdf>

67 Luis Sánchez Agesta, “Democracia y procesos electorales”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, Costa Rica, 1986. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2018/3.pdf>

el marco del Estado democrático de derecho, el TSJ desempeña un rol esencial para garantizar el respeto a la Constitución, la legalidad de los actos del poder público y la protección de los derechos fundamentales.

Esto prevé expresamente en la disposición de motivos y, más concretamente, en el artículo 335 de la Constitución, cuando señala: *“El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación...”*.

Ya dicho en diversas ocasiones que, conforme a dicha disposición, el TSJ es el último y máximo intérprete de la Constitución, por lo que se entendería que las interpretaciones de todas sus Salas, respecto de las normas constitucionales que le corresponde aplicar, tendrían ese carácter definitivo⁶⁸.

En efecto, la interpretación de la Constitución a la que se refiere el artículo 335 se lleva adelante en el marco de la solución de los distintos casos que le corresponde resolver a cada una de las Salas del TSJ (constitucional, político-administrativa, electoral, penal, civil y social) según su ámbito competencial, y no por medio de una acción específica de interpretación constitucional considerado como una demanda autónoma.

Ahora bien, la Sala Constitucional (SC) del TSJ, en violación a la Constitución, interpretando y desvirtuando el referido artículo 335, a través de la sentencia número 1077 del 22 de septiembre de 2000, caso “Servio Tulio León”, además de crear una demanda autónoma de interpretación abstracta de la Constitución -luego positivizada en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia-, se atribuyó el carácter de “máximo y último intérprete de la Constitución”, de forma exclusiva y excluyente.

Desde entonces, la SC del TSJ, como “intérprete supremo” y garante último de la supremacía de la Constitución, ha asumido un rol determinante en la interpretación del texto fundamental, proyectando su influencia sobre diversas materias del ordenamiento jurídico. A través de sus decisiones, la SC ha incidido directamente en el funcionamiento del sistema democrático, no solo al pronunciarse sobre la constitucionalidad de leyes y actos relacionados los procesos electorales, sino también al interpretar disposiciones fundamentales sobre el derecho al sufragio, el pluralismo político, el principio de alternabilidad y la participación ciudadana.

68 Sobre este tema véase en Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional*, serie de estudios 121, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020, pp. 369 y ss.

En otro sentido, dentro de la estructura del TSJ, la Sala Electoral ejerce la jurisdicción contencioso-electoral. A ella corresponde conocer y decidir los recursos que se interpongan contra los actos, omisiones o decisiones del Poder Electoral, así como resolver los conflictos derivados de los procesos electorales. En virtud de esta competencia, la Sala Electoral está llamada a garantizar, desde la jurisdicción, la legalidad del proceso electoral y la protección de los derechos políticos, como parte integral de las instituciones del Estado democrático.

Sala Constitucional

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, se creó la Sala Constitucional (SC) del TSJ como tribunal constitucional encargado de velar por el cumplimiento de los preceptos constitucionales mediante el ejercicio exclusivo y excluyente del control concentrado de la constitucionalidad y de otros medios de impugnación. La Constitución en sus artículos 262, 334, 335 y 336 regula la composición, objeto y funciones de la SC como órgano que ejerce la jurisdicción constitucional.⁶⁹

La regulación de las competencias de la SC se hace en un título distinto al que rige el Poder Judicial, al ubicarse en el Título VIII, Capítulo I, intitulado “De la Garantía de esta Constitución”.

El artículo 334 de la Constitución dispone que: “...*Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella*”.

Por su parte, el artículo 335 de la Constitución señala que:

Artículo 335. El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

Por último, el artículo 336, junto con los artículos 203 y 214 constitucionales disponen las competencias y atribuciones que, otorgadas a la SC, tienen por objeto principal vigilar y controlar que los actos dictados por los órganos del poder público en ejecución directa e inmediata de la Constitución, no contraríen los

69 *Ibidem*, pp. 539 y ss.

principios, valores y normas constitucionales, y, en caso de hacerlo, declaren su nulidad.

En términos generales, la SC, en su condición de órgano jurisdiccional especializado, que concentra el control de la constitucionalidad, tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de leyes o disposiciones de rango sub legal, vista su colisión con el texto fundamental, con efectos *erga omnes*; así como otras facultades tales como ejercer la revisión constitucional de sentencias que hayan sido dictadas por otros tribunales en contravención de los postulados constitucionales, para garantizar la supremacía, efectividad y uniforme interpretación de las normas, principios y derechos constitucionales.

Como todo tribunal constitucional, la SC tiene como fin constitucional proteger y actualizar el ordenamiento jurídico-político fundamental establecido por la propia Constitución a través de procesos jurisdiccionales. Pero también, es una institución creada con el fin de preservar los equilibrios políticos, los pesos y contrapesos del Estado de derecho dentro de la democracia, así como garantizar el respeto de la dignidad del ser humano y de los derechos que le son inherentes, incluidos los derechos políticos y electorales.

Sala Electoral

La justicia electoral, también denominada “jurisdicción contencioso-electoral”, comprende el conjunto de órganos que les corresponde conocer del control de la legalidad y de la constitucionalidad de los actos, actuaciones, vías de hecho u omisiones de contenido electoral, así como la protección de los derechos fundamentales de contenido político y, en general, de todo derecho y garantía de los ciudadanos antes, durante y después del proceso electoral.

A diferencia de lo que sucede en otros países, en Venezuela los órganos encargados de la justicia electoral forman parte del Poder Judicial; no son órganos de naturaleza administrativa perteneciente a la administración electoral, sino órganos jurisdiccionales que actúan de forma independiente y separada del CNE.

En efecto, la Constitución de 1999, a los fines de ejercer el control judicial de los actos, actuaciones y abstenciones de naturaleza electoral, estableció una jurisdicción contencioso-electoral constituida por la Sala Electoral del TSJ y por los demás tribunales que determine la ley (artículo 297). Debe aclararse, no obstante, que los tribunales de la jurisdicción electoral aún no han sido creados, por lo cual le corresponde de forma exclusiva y excluyente a la Sala Electoral del TSJ la competencia para conocer de los asuntos contenciosos electorales.

La creación constitucional de esta nueva jurisdicción contenciosa, sustrajo del conocimiento de la Sala Político-Administrativa el control de la constitucio-

nalidad e ilegalidad de los actos administrativos de contenido electoral⁷⁰; lo cual condujo a que los asuntos electorales dejaran de formar parte de la jurisdicción contencioso administrativa general, para pasar a conformar una nueva especialidad dentro del contencioso administrativo.

En otro sentido, María Amparo Grau plantea que la justicia electoral es una jurisdicción especial creada por la Constitución que se asocia a la innovación introducida por el constituyente de 1999 de concebir a lo electoral como una función propia del Estado y, por tanto, como un poder autónomo e independiente, al lado de las otras ramas tradicionales del Poder Público; todo ello so pretexto de garantizar una mayor participación ciudadana⁷¹.

En uno y otro caso, la jurisdicción contencioso electoral tiene su razón de ser servir como garante del sistema democrático.

Al respecto, la Corte IDH ha destacado que *“la garantía de independencia judicial de los tribunales electorales resulta indispensable dentro de un sistema democrático, por cuanto estas instituciones forman parte de la columna vertebral del sistema electoral y son el mecanismo de revisión judicial que garantiza la realización de unas elecciones justas, libres y creíbles (...) la protección de la independencia judicial de los tribunales electorales constituye una garantía para el ejercicio de los derechos políticos”*⁷².

La función principal de la justicia electoral es controlar el ejercicio del poder por parte de los órganos encargados de la función electoral, sin que ello implique que el juez electoral pueda sustituirse en la autoridad electoral o que pueda invadir injustificadamente la esfera privada de los particulares.

70 A este respecto debe advertirse que el antiguo criterio trazado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y el cual otorgaba carácter *electoral* únicamente a los recursos interpuestos contra los llamados *actos electorales*, ha perdido virtualidad en la actualidad, dado que conoce, la Sala Electoral, de todos los recursos interpuestos contra actos del Poder Electoral, aún aquellos que no guarden directa relación con algún proceso comicial (sentencia de la Sala Electoral de 20 de diciembre de 2000, caso: Gregorio Salazar Torres).

71 María Amparo Grau, “Jurisdicciones constitucionales: Lo electoral como función con su propia justicia constitucional”, ponencia en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal, homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, video de Youtube, minuto 3:56:33, 23 de noviembre de 2024. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=8tvI4-RAIpQ&t=14292s>

72 Sentencia de la Corte IDH de fecha 30 de enero de 2023, Serie C No. 483, *Caso Aguinaga Aillón vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 62. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_483_esp.docx

A esta jurisdicción especial, actualmente regulada por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁷³ y la Ley Orgánica de Procesos Electorales, le corresponde conocer del control de las actuaciones relacionadas con los procesos electorales o al ejercicio de los medios de participación política, sea que estos provengan de los órganos de la administración electoral o de sindicatos, universidades, colegios profesionales, organizaciones gremiales o con fines políticos, y otras organizaciones de la sociedad civil (como es el caso de las asociaciones), mediante el conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad e ilegalidad que se interpongan contra los actos electorales, el recurso de carencia o abstención y la interpretación de las normas electorales de rango legal⁷⁴.

Desviaciones del Estado democrático consagrado en la Constitución de 1999

Aunque la democracia es un principio jurídico fundamental del Estado venezolano, tal como lo dispone el artículo 2 constitucional, debemos tener en cuenta que la democracia es un “*proceso dinámico que siempre corre el riesgo de retroceder; esto es, de desdemocratizarse*”⁷⁵. La desdemocratización supone la mecánica opuesta a la democratización, es decir, un proceso que deteriora constantemente la naturaleza democrática de las instituciones del Estado.

En Venezuela ha ocurrido un proceso de desdemocratización del Estado de Derecho consagrado en la Constitución de 1999. Este proceso se ha manifestado a través de múltiples prácticas que han erosionado la naturaleza democrática de las instituciones del Estado vulnerando los principios fundamentales consagrados en el texto constitucional.

Entre tales prácticas destacan: primero, las violaciones al principio de independencia orgánica e imparcialidad de los órganos electorales; segundo, el uso arbitrario de inhabilitaciones políticas y la manipulación de procesos electorales; tercero, la figura de la reelección indefinida, contraria al principio de alternabilidad del poder; cuarto, el rol decisivo que ha tenido la Sala Constitucional del TSJ en la desdemocratización del Estado de derecho; y, quinto, el autoritarismo judicial auspiciado por la Sala Electoral del TSJ.

73 Gaceta Oficial Nro. 6.684 Extraordinario, de fecha 19 de enero de 2022.

74 Sobre la jurisdicción contencioso electoral véase en Daniela Urosa Maggi, “La jurisdicción contencioso-electoral”, *Derecho Contencioso Administrativo. Libro homenaje al profesor Luis Enrique Fariás Mata*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Librería J. Rincón, Lara, 2006.

75 Véase José María Infante, “Reseña de ‘DEMOCRACY’ de TILLY, CHARLES”, en *Trayectorias*, vol. X, núm. 27, julio-diciembre, 2008, Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Nuevo León, México, 2008. pp. 123-124. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/607/60712752014.pdf>

1. Violación al principio de independencia orgánica e imparcialidad de los órganos electorales

Conviene destacar, en primer lugar, las violaciones al principio de independencia orgánica e imparcialidad de los órganos electorales, consagrado en el artículo 294 constitucional, como una de las formas más grave de desdemocratización del Estado venezolano.

Uno de los pilares fundamentales para garantizar el derecho al sufragio, como máxima expresión de la soberanía popular, es la existencia de órganos electorales autónomos e imparciales, capaces de actuar como árbitros confiables en los procesos electorales. Sin embargo, en Venezuela, el sistema electoral actual carece de esta garantía esencial, dado que el CNE está conformado por rectores designados sin cumplir los requisitos constitucionales y legales para su designación; lo que ha hecho nugatorias las garantías de igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia que deben regir todos los procesos electorales.

La composición actual del CNE transgrede los requisitos que deben cumplirse para la conformación del órgano rector del Poder Electoral, consagrados tanto el artículo 296 de la Constitución como el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, concretamente en lo que se refiere a la prohibición expresa de que sus integrantes tengan afiliación política. A pesar de ello, los rectores en ejercicio fueron designados por sus manifiestos vínculos políticos con el partido de gobierno, desatendiendo el principio de imparcialidad que debe caracterizar a este órgano, y solo con el propósito de controlar el destino de las elecciones presidenciales del pasado 28 de junio de 2024.

El incumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para la designación de los rectores del CNE, impide conformar un órgano electoral independiente, autónomo e imparcial. Lejos de ello, este organismo se ha convertido en un instrumento subordinado al Poder Ejecutivo y al Gobierno, comprometiendo la legitimidad de los procesos electorales y afectando gravemente el derecho al sufragio de los ciudadanos en su conjunto.

A este déficit estructural de independencia e imparcialidad del CNE, debe añadirse la sistemática manipulación del Registro Electoral, cuya actualización y depuración constituyen condiciones esenciales para asegurar el ejercicio efectivo del derecho al sufragio activo.

Dicha tarea, atribuida constitucional y legalmente a la Comisión de Registro Civil y Electoral, ha sido reiteradamente obstaculizada, en particular en perjuicio de los ciudadanos venezolanos residentes en el exterior. Durante los últimos

procesos de inscripción, se impusieron requisitos restrictivos no previstos en la normativa vigente, se habilitaron muy pocos consulados para la inscripción, y se ofrecieron plazos insuficientes, lo que en la práctica impidió que millones de venezolanos pudieran registrarse para ejercer su derecho al voto. Esta exclusión masiva no solo vulnera el principio de universalidad del sufragio, sino que representa una grave afectación al principio de igualdad política y a la autenticidad de las elecciones, debilitando aún más la legitimidad democrática del sistema electoral.

2. Inhabilitaciones políticas arbitrarias y manipulación de los procesos electorales

A esta lista debe agregarse también el uso arbitrario de las inhabilitaciones políticas para impedir que candidatos opositores puedan participar en los procesos eleccionarios. Estas inhabilitaciones, muchas de las cuales carecen de fundamento jurídico y son aplicadas sin el debido proceso, vulneran el derecho al sufragio y restringen el pluralismo político; atributos esenciales del derecho a la democracia.

Un caso de los casos más emblemáticos que ilustra el uso arbitrario de las inhabilitaciones políticas fue el caso de *Leopoldo López Mendoza vs. Venezuela*, resuelto por la Corte IDH en sentencia 1 de septiembre de 2011.⁷⁶

En dicho fallo, se declaró responsable internacionalmente al Estado venezolano por violar derechos consagrados en los artículos 8, 23, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), al impedir la postulación del señor López Mendoza a cargos de elección popular mediante sanciones impuestas por la Contraloría General de la República, sin que mediara condena penal ni decisión judicial alguna.

Según la Corte IDH, tales sanciones constituyeron una vulneración del derecho al sufragio pasivo, toda vez que la restricción del derecho a ser elegido solo puede imponerse, conforme al artículo 23.2 de la CADH, esto es, mediante “condena por juez competente en proceso penal”. Al respecto, reitero que *“el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la CADH y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”*.

⁷⁶ Véase los comentarios sobre este caso en Rafael Badell Madrid, “Consideraciones generales sobre la responsabilidad del Estado. Algunas precisiones sobre el caso Venezuela”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nro. 166, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, octubre-diciembre 2021. Pp. 867 y ss.

La Corte IDH también decidió que el Estado venezolano es responsable por la violación del deber de motivación y el derecho a la defensa en los procedimientos administrativos que derivaron en la imposición de las sanciones de inhabilitación, establecidos en el artículo 8.1, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la CADH, en perjuicio del señor López Mendoza.

Igualmente, según la referida decisión, Venezuela es responsable internacionalmente por la violación del derecho a la protección judicial, establecido en el artículo 25.1, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, el derecho a las garantías judiciales y el derecho a ser elegido. Concretamente se señaló que los tribunales venezolanos no dieron una respuesta oportuna y efectiva a los recursos judiciales interpuestos por el Señor López Mendoza para proteger su derecho a ser elegido, ni revisaron de forma sustantiva la legalidad y la proporcionalidad de la inhabilitación.

Otro aspecto relevante del fallo *in commento* fue la determinación del incumplimiento del deber estatal por parte de Venezuela de adecuar el derecho interno a los parámetros de la Convención. De hecho, la norma utilizada para imponer la inhabilitación -el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General- permitía sanciones de este tipo sin un plazo cierto o previsible, lo cual generaba un amplio margen de discrecionalidad y favorecía su aplicación arbitraria. La Corte IDH consideró que esta ambigüedad normativa violaba el principio de seguridad jurídica, previsto en el artículo 8.1 de la Convención.

El caso Leopoldo López reveló cómo el uso de inhabilitaciones políticas por vía administrativa se convirtió en un mecanismo para restringir ilegítimamente los derechos políticos de opositores en Venezuela.

La situación se ha visto aún más agravada con la reciente promulgación de la Ley Orgánica Libertador Simón Bolívar contra el Bloqueo Imperialista y en Defensa de la República Bolivariana de Venezuela⁷⁷, que introduce disposiciones abiertamente contrarias al orden constitucional y al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

En efecto, en dicha ley se establece como sanción para quienes cometan las conductas penadas, la inelegibilidad perpetua para cargos de elección popular (artículo 9) y permite inhabilitaciones políticas de hasta sesenta (60) años (artículos 13 y 15); lo cual resulta notoriamente inconstitucional, si se confronta con el artículo 44.3 que limita cualquier sanción penal a un máximo de treinta (30)

77 Gaceta Oficial Nro. 6.859 Extraordinario, de fecha 29 de noviembre de 2024.

años. Estas disposiciones “legales”, reflejan un claro signo de desdemocratización del Estado de Derecho.

También ha habido manipulación en el proceso de postulaciones a cargos de elección popular, afectando gravemente el derecho al sufragio. Según el artículo 43 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, dicho proceso debería garantizar la inscripción equitativa de aspirantes, con la finalidad de hacer efectivo el derecho al sufragio. Sin embargo, en los últimos procesos electorales han sido constantes las denuncias sobre irregularidades técnicas y operativas que afectaron especialmente a candidatos de la oposición, que van desde inhabilitaciones arbitrarias, hasta la imposibilidad de acceder al sistema automatizado de postulaciones. Este trato discriminatorio restringe la oferta electoral para la ciudadanía y compromete la igualdad de condiciones en la contienda política.

A estas restricciones arbitrarias al sufragio pasivo, debe sumarse la manipulación sistemática del Registro Electoral, que ha incidido directamente sobre el derecho al sufragio activo. La actualización y depuración de este registro constituye la base esencial sobre la cual se asegura el ejercicio efectivo del derecho al sufragio activo. Sin embargo, esta tarea fundamental, asignada a la Comisión de Registro Civil y Electoral, ha sido sistemáticamente obstaculizada. En particular, se ha negado la inscripción de millones de ciudadanos venezolanos residentes en el exterior mediante la imposición de requisitos restrictivos no contemplados en la normativa electoral y la habilitación insuficiente de consulados

3. Inconvencionalidad de la enmienda constitucional de 2009

Otro ejemplo de la desdemocratización del Estado de Derecho en Venezuela es la enmienda constitucional de 2009 que introdujo la figura de la reelección indefinida para la mayoría de los cargos de elección popular, incluyendo gobernadores (artículo 160), legisladores estatales (artículo 162), alcaldes (artículo 174), diputados de la Asamblea Nacional (artículo 192) y el presidente de la República (artículo 230).

Al permitir la reelección ilimitada, dicha enmienda quebrantó el principio de alternabilidad del gobierno democrático, consagrado en el artículo 6 de la Constitución, que constituye un pilar esencial para evitar la concentración del poder y garantizar la renovación de las autoridades en un sistema verdaderamente plural y participativo. Este cambio, lejos de fortalecer la democracia, consolidó un esquema que fomenta el continuismo y debilita los contrapesos institucionales necesarios para la preservación del orden constitucional.

De hecho, este nuevo régimen de reelección indefinida determinado en la Constitución resulta incompatible con la democracia representativa en el SIDH,

en tanto que viola el pluralismo político, debilita los partidos políticos, afecta la independencia y separación de poderes, y vulnera las condiciones de igualdad para la elección de cargos populares, tal como quedó establecido recientemente mediante opinión consultiva 28/21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 7 de junio de 2021. En dicha Opinión Consultiva, la Corte IDH dio respuesta a una solicitud presentada el 29 de octubre de 2019 por la República de Colombia, respecto de “*la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”; determinando que:

i. La reelección presidencial indefinida no constituye un derecho autónomo protegido por la CADH ni por el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos.

ii. La prohibición de la reelección indefinida es compatible con la CADH, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Carta Democrática Interamericana.

iii. La reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la CADH y a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

A la luz de esa Opinión Consultiva 28/21, las normas constitucionales enmendadas en 2009 para establecer la reelección indefinida son todas inconventionales, por contrariar los artículos 1, 23, 24 y 32 de la CADH, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la OEA y de la Carta Democrática Interamericana. Lo cual obligaría a los órganos internos del Estado venezolano, especialmente a los jurisdiccionales, mediante el control de convencionalidad a ejercer acciones tendientes a armonizar el régimen jurídico interno con las disposiciones del sistema interamericano de derechos humanos, que incluyen, por supuesto, las opiniones consultivas de carácter vinculante de la Corte IDH que interpretan dichas disposiciones.

En estos casos de declaración de normas constitucionales inconventionales, el Poder Legislativo, que fundamentalmente es un poder constituido, por exigencia de la jurisdicción convencional, puede llegar a convertirse, en determinado momento, en Poder Constituyente derivado, para cumplir con el mandato de la Corte IDH, a través de la promulgación de una legislación convencionalizante de la Constitución. Es decir que, mediante la sanción de normas legales que modifiquen la Constitución, el Poder Legislativo, actuando como poder constituyente derivado, terminaría de ejecutar la reforma ordenada o promovida por la Corte

IDH en su fallo, con el objeto de hacer cesar la discrepancia o el conflicto existente entre el bloque de la convencionalidad y la Constitución⁷⁸.

4. Desdemocratización del Estado de Derecho desde la Sala Constitucional del TSJ

Como ya lo he dicho en otras ocasiones, la SC del TSJ, a partir de su creación a finales del mes de diciembre de 1999, ha desempeñado un papel crucial en el proceso de desdemocratización del Estado de Derecho venezolano, a través de su progresiva desconstitucionalización, deslegalización y desinstitucionalización⁷⁹.

Desde la SC se ha desconstitucionalizado⁸⁰ el Estado venezolano, en primer lugar, a través de sentencias que han violado el principio de separación de poderes, mediante:

- La obstaculización de las funciones constitucionales de la Asamblea Nacional (AN), mediante el uso desviado de la figura del desacato declarado con la sola finalidad de impedir el funcionamiento de la institución parlamentaria.
- El desconocimiento de las potestades legislativas y de control político de la AN.
- La aprobación de los estados de excepción inconstitucionalmente decretados por el Presidente de la República sin la autorización de la AN, y sus prórrogas no aprobadas por la Asamblea como exige la Constitución, y reeditados de forma continua para eludir el límite temporal previsto en la Constitución.

78 Sobre este tema véase en Rafael Badell Madrid, “La reelección presidencial indefinida como violación a la Convención Americana de Derecho Humanos, la Declaración Americana, la Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre y la Carta Democrática Interamericana”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 166, homenaje a Gonzalo Parra Aranguren, Caracas, octubre-diciembre 2021. Pp. 479-517.

79 Sobre este tema véase en Rafael Badell Madrid, “Desconstitucionalización, desdemocratización y deslegalización en Venezuela desde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, *Falseamiento del Estado de Derecho*, World Jurist Association, World Law Foundation, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021. Pp. 161 y ss.

80 La expresión “desconstitucionalización del Estado” ha sido acuñada por la doctrina para definir el vaciamiento o desmontaje de normas, principios o valores de la Constitución, y que puede ser realizada de forma expresa o tácita por los distintos operadores constitucionales, a través de “prácticas o costumbres *contra constitutionem*”, vías de hecho, interpretaciones manipulativas de la ley suprema, o la sanción de normas subconstitucionales opuestas a ésta pero no declaradas inconstitucionales por los órganos custodios de la supremacía constitucional”. Néstor Pedro Sagüés, “El concepto de desconstitucionalización”, en *Revista de Derecho* número 2, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2007. p. 195

- La usurpación de funciones legislativas de la AN.
- La violación de la inmunidad parlamentaria de los diputados a la AN, entre otras.

Así también, la SC ha desconstitucionalizado el estado a partir de la violación de los derechos y garantías constitucionales mediante la interpretación regresiva y contraria de los derechos sociales, civiles, económicos y políticos.

Muchas de las sentencias de la SC han tenido como consecuencia la deslegalización del ordenamiento jurídico venezolano, es decir, la degradación de la regulación de la materia que debe ser regida mediante la ley como norma soberana, superior a cualquier otra por ser dictada por el órgano con la mayor representación de la voluntad del pueblo, al ámbito sublegal del reglamento, de resoluciones y demás actos administrativos, desconstitucionalizando de esta forma el principio de legalidad, propio de todo estado de derecho.

La SC ha delegado la regulación de materias que la Constitución ha confiado única y exclusivamente al legislador, a los órganos de la administración desprovistos de toda legitimidad democrática para dictar normas con rango de ley, desconociendo de esta forma la garantía de la reserva legal.

La SC ha querido hacernos creer que es lo mismo una ley dictada por la AN, que unas normas dictadas por el presidente de la República en ejercicio inconstitucional de los estados de excepción, inconstitucionalmente decretados, sin la autorización de la AN y reeditados de forma continua. La SC ha querido hacernos creer que es lo mismo una ley dictada por la AN, que unas normas dictadas por el CNE en virtud de una delegación por ella efectuada.

De la misma forma, la SC, mediante la imposición de una jurisprudencia regresiva y contraria a la Constitución y a la protección de los derechos humanos, ha desconstitucionalizado el control de la convencionalidad, regulado en el artículo 23 constitucional, en concordancia con los artículos 334, 335 y 336 *eiusdem*, como forma de garantizar el efectivo cumplimiento de las disposiciones contenidas en convenios o tratados internacionales, especialmente las relativas al reconocimiento y la protección de los derechos humanos; así como los demás instrumentos normativos, principios y valores internacionales que conforman el “bloque de la convencionalidad”, en el orden jurídico interno.⁸¹

81 Sobre el control de la convencionalidad en Venezuela y su tergiversación por la Sala Constitucional del TSJ, véase en Rafael Badell Madrid, “Control de la Convencionalidad”, en Allan R. Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao (Coords.), *Libro Homenaje al Doctor Pedro Nikken*, Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021. Pp. 297 y ss.

Más concretamente, la SC ha contribuido a la desdemocratización del Estado, a través de un gran número de las sentencias de la SC tienen la finalidad de distorsionar, alterar y en algunos casos hasta eliminar los rasgos básicos y fundamentales del Estado democrático, tales como, el principio de separación de poderes, el principio de representatividad y participación política, el principio de alternabilidad democrática, entre otros.

De esta forma, en el propósito de falsear las instituciones democráticas y disminuir su esencia o importancia con el fin de desdemocratizar el Estado, la SC ha usurpado la facultad de la AN de nombrar altos funcionarios, tales como el Fiscal General de la República y los rectores del CNE⁸², que de conformidad con la Constitución solo pueden ser electos por el órgano parlamentario en representación del pueblo a través de las llamadas elecciones de segundo grado; ha consentido la convocatoria y posterior instalación de una Asamblea Nacional Constituyente (ANC), sin el consentimiento del pueblo venezolano, único titular de la soberanía y por ende del poder constituyente, consagrados en los artículos 5 y 347 de la Constitución; e inclusive ha intervenido los principales partidos políticos de la oposición del país, en detrimento de los derechos constitucionales de asociación con fines políticos y a la participación política⁸³.

La SC ha contribuido al desconocimiento de las disposiciones, principios y valores constitucionales a través de sentencias que permitieron, convalidaron o produjeron situaciones de completa anomalía institucional.

En todo esto radica la labor de desdibujar y falsear la Constitución, la democracia y el Estado de Derecho. La SC nos obliga a creer que es lo mismo el nombramiento de los miembros del CNE efectuado por la AN, por mandato de la Constitución con la mayoría de las dos terceras partes (2/3) de sus miembros mediante un procedimiento y con deliberación, que el nombramiento hecho por ella, en total violación a la Constitución.

La SC falsea las instituciones democráticas y nos impone pensar que es lo mismo decidir un caso sin sustanciarlo, que cumpliendo el proceso establecido

82 Véase en Rafael Badell Madrid, “Algunas consideraciones sobre las inconstitucionales sentencias 68,69 y 70 de la Sala Constitucional relativas al nombramiento de las autoridades del Consejo Nacional Electoral”, *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020*, Colección Estudios N° 124, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020. Pp. 161 y ss.

83 Sobre este tema véase en Rafael Badell Madrid, “Consideraciones sobre las sentencias 71, 72 y 77 de la Sala Constitucional por medio de las cuales se intervinieron los partidos políticos Acción Democrática, Primero Justicia y Voluntad Popular”, *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad...*, ob. cit., pp. 203 y ss.

respetando el derecho a la defensa; que es lo mismo una sentencia cautelar que una sentencia definitiva; que es válido, en definitiva, un proceso electoral sin ninguna garantía democrática.

5. Autoritarismo judicial electoral

En los sistemas democráticos modernos, la justicia electoral constituye una garantía fundamental para asegurar la integridad de los procesos comiciales, la vigencia de los derechos políticos y el cumplimiento de los principios constitucionales de transparencia, equidad y legalidad electoral.

Sin embargo, en Venezuela la justicia electoral ha sido progresivamente desmontada para convertirse en un instrumento funcional al autoritarismo. La profesora Daniela Urosa Maggi ha identificado este fenómeno como “autoritarismo judicial electoral”, el cual ocurre cuando los tribunales electorales dejan de actuar como garantes de los derechos y se subordinan al poder político, transformándose en actores al servicio del régimen. En sus palabras: “*el autoritarismo judicial electoral sucede cuando los jueces electorales pierden su independencia y se convierten en actores políticos en favor de un régimen autoritario*”, dejando de lado sus funciones constitucionales para convertirse en perpetradores activos del desmontaje de la integridad electoral⁸⁴.

Una de las manifestaciones más graves del autoritarismo judicial electoral en Venezuela ha sido la utilización de decisiones judiciales para anular o modificar la voluntad popular libremente expresada en las urnas electorales. En lugar de fungir como garante de los derechos políticos y del orden electoral constitucional, la Sala Electoral del TSJ, ha actuado como un instrumento de poder al servicio de los intereses del Ejecutivo.

Ejemplo de ello fue la sentencia número 108 del 1 de agosto de 2016, dictada por dicha Sala, por medio de la cual declaró el “desacato” de la Asamblea Nacional por presunto incumplimiento de las sentencias de esa misma Sala Electoral número 260 de fecha 30 de diciembre de 2015 y número 1 del 11 de enero de 2016, por las cuales se declaró “*la nulidad del acto de juramentación de los ciudadanos Julio Ygarza, Nirma Guarulla y Romel Guzamana, en el cargo de Diputados de la AN realizado el 28 de julio de 2016 por la Junta Directiva del órgano legislativo nacional*”, así como de aquellos actos o actuaciones que dictara la AN con la participación de los prenombrados ciudadanos⁸⁵.

84 Daniela Urosa Maggi, “Justicia electoral y autoritarismo judicial electoral en Venezuela”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo* Nro. 14, Caracas, 2018, p. 321.

85 Sobre esta sentencia véase los comentarios hechos en Rafael Badell Madrid, *Asalto al Parlamento*, serie estudios Nro. 127, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021 pp. 101-102.

Conviene recordar que ese “desacato” fue declarado a consecuencia de una decisión de la Sala Electoral fundamentada en una prueba ilegal. En efecto, la sentencia cautelar número 260 de la Sala Electoral que fue “desacatada” por la AN, está fundamentada en una grabación ilegalmente obtenida que la Sala Electoral calificó como un “hecho notorio comunicacional” solo porque había sido divulgada a través de los medios de comunicación.

Esta sentencia tuvo como efecto inmediato frustrar la conformación de la mayoría calificada opositora en la Asamblea Nacional, y con ello, impedir el ejercicio pleno de sus funciones de control político y constitucional. La decisión no solo transgredió principios esenciales del debido proceso y de legalidad, sino que evidenció el uso instrumental de la justicia electoral como arma para dismantelar y anular los contrapesos institucionales.

Otro de los ejemplos más reciente y graves del autoritarismo judicial electoral en Venezuela lo constituye la sentencia número 31 dictada por la Sala Electoral, de fecha 22 de agosto de 2024, mediante la cual se intentó convalidar el resultado de las elecciones presidenciales celebradas el 28 de julio de ese año.

En esa decisión, la Sala Electoral asumió indebidamente la certificación de los resultados de esas elecciones presidenciales, usurpando competencias que, conforme al artículo 293 constitucional, corresponden de manera exclusiva al CNE; empleó un procedimiento inexistente en el ordenamiento jurídico venezolano, sin atenerse a las reglas que rigen los recursos contenciosos electorales ni al debido proceso; y fundó su decisión en un supuesto “peritaje judicial”, realizado en condiciones de opacidad y sin las debidas garantías de imparcialidad y control por las partes interesadas.

Pese a que múltiples organizaciones nacionales e internacionales especializadas denunciaron graves irregularidades en estas elecciones -como la exclusión arbitraria de candidatos, manipulación del Registro Electoral, restricción al sufragio en el exterior, falta de observación independiente y la no publicación de las actas de escrutinio-, la Sala optó por otorgarle a dichos resultados una apariencia de legalidad, cerrando cualquier vía de impugnación efectiva para corregir dichas irregularidades.

Como lo advirtió la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, esa sentencia constituye una grave usurpación de funciones, una violación del principio de legalidad y una amenaza directa a la soberanía popular y a los principios democráticos consagrados en los artículos 2, 5 y 6 de la Constitución de 1999⁸⁶.

86 Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “Comunicado de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia referente a las elecciones presidenciales del 28 de julio de 2024”, Caracas, 26 de agosto de

Conclusiones

1.- La democracia es un derecho fundamental reconocido universalmente, consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Carta Democrática Interamericana, que ha tenido un desarrollo extenso, constante y permanentemente en desarrollo por parte de la jurisprudencia y la doctrina.

2.- En Venezuela, la democracia se encuentra recogida en la Constitución de 1999 como un principio esencial y constitutivo del Estado venezolano, así como un derecho fundamental que contribuye al pleno goce y disfrute de todos los demás derechos humanos.

3.- El derecho a la democracia se compone de un conjunto de elementos o atributos, tales como la separación e independencia de los poderes públicos, el respeto a libertades fundamentales, el pluralismo político, la libertad de expresión y de información, el derecho al sufragio universal y elecciones periódicas, la participación política, el derecho a instituciones de gobierno responsables y transparentes, y la supremacía constitucional; que son indispensables para el correcto funcionamiento de las instituciones que conforman el Estado Constitucional de Derecho.

4.- Entre los elementos fundamentales de la democracia consagrados en la Constitución destaca la participación política, entendida como el derecho de los ciudadanos a intervenir en los asuntos públicos, ya sea de forma directa o indirecta.

5.- La participación indirecta se materializa a través del sufragio, tanto activo como pasivo, que permite a los ciudadanos elegir a sus representantes y delegarles la responsabilidad de dirigir y gestionar los asuntos públicos. Este mecanismo consolida el principio de representación, mediante el cual los ciudadanos ejercen de forma indirecta la soberanía popular, confiando a sus representantes la conducción de la gestión pública y la defensa de los intereses de la colectividad.

6.- Los mecanismos de participación directa ofrecen herramientas complementarias, como los referendos, las iniciativas populares, control de la gestión pública, las asambleas ciudadanas y el cabildo abierto, que amplían su capacidad de intervenir activamente y de forma más inmediata y concreta en las decisiones fundamentales de interés colectivo. La democracia directa, en conjunto con los procesos electorales, refuerzan la legitimidad del sistema democrático, asegurando la inclusión política y permitiendo que la voluntad popular se exprese de manera efectiva en todos los niveles de la vida política.

2024. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2024/08/Pronunciamiento-sentencia-Sala-Electoral-TSJ.pdf>

7.- La Constitución de 1999 estableció un conjunto de instituciones encargadas de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos políticos y el mantenimiento del sistema democrático. Así, se estatuyó al Consejo Nacional Electoral como órgano administrativo autónomo encargado del Poder Electoral; así como a la jurisdicción contencioso-electoral como garante del control de la legalidad y constitucionalidad de los actos y omisiones en materia electoral. Asimismo, el constituyente ideó a la jurisdicción constitucional, ejercida en máxima instancia por la Sala Constitucional del TSJ, como una institución fundamental para la garantía del derecho a la democracia, en tanto llamada a velar por la estabilidad del sistema democrático y la protección de los principios que lo sustentan.

8.- Pese a que el texto constitucional consagró a la democracia como un principio esencial del Estado venezolano y estableció instituciones y mecanismos para garantizar su efectividad, desde su promulgación no solo ha existido un grave retroceso en la construcción de un sistema político verdaderamente representativo, participativo y plural, sino que se ha promovido un grave proceso de desdemocratización del Estado Constitucional de derecho.

9.- Este proceso de retroceso democrático se ha manifestado a través de varias prácticas que han erosionado la naturaleza democrática de las instituciones del Estado vulnerando los principios fundamentales consagrados en la Constitución de 1999. Entre ellos destacan: (i) las violaciones al principio de independencia orgánica e imparcialidad de los órganos electorales; (ii) el uso arbitrario de inhabilitaciones políticas para excluir a opositores y la manipulación de los procesos electorales; (iii) la figura de la reelección indefinida introducida en la enmienda constitucional de 2009, contraria al principio de alternabilidad del poder; (iv) el sistemático proceso de desdemocratización impulsado y avalado por la Sala Constitucional del TSJ desde sus inicios; y (v) el autoritarismo judicial auspiciado por la jurisdicción contencioso electoral.

Referencias bibliográficas

- ARAUJO-JUÁREZ, José, “El Principio de Participación y la Iniciativa Legislativa Ciudadana”, *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos Actuales*, segunda edición, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2021.
- APPLEBAUM, Anne, *Autocracy, INC. The Dictators who want to run the world*. Penguin Random House, Large Print, New York, 2024.
- BADELL MADRID, Rafael, *Discurso en el acto de toma de posesión como Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 19 de marzo de 2025.

-
- ____ “Modificación constitucional”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* Nro. 177, Caracas, enero-marzo, 2025.
- ____ “El Derecho a la Buena Administración”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nro. 161, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2022.
- ____ *Del Estado Federal al Estado Comunal*, Serie de estudios Nro. 133, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021.
- ____ *Asalto al Parlamento*, serie estudios Nro. 127, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021.
- ____ “Consideraciones generales sobre la responsabilidad del Estado. Algunas precisiones sobre el caso Venezuela”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nro. 166, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, octubre-diciembre 2021.
- ____ “La reelección presidencial indefinida como violación a la Convención Americana de Derecho Humanos, la Declaración Americana, la Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre y la Carta Democrática Interamericana”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 166, homenaje a Gonzalo Parra Aranguren, Caracas, octubre-diciembre 2021.
- ____ “Desconstitucionalización, desdemocratización y deslegalización en Venezuela desde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, *Falseamiento del Estado de Derecho*, World Jurist Association, World Law Foundation, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021.
- ____ “Control de la Convencionalidad”, en Allan R. Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao (Coords.), *Libro Homenaje al Doctor Pedro Nikke*, Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021.
- ____ *Derecho Procesal Constitucional*, serie de estudios 121, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.
- ____ “Principio de separación de poderes”, en Allan R. Brewer-Carías y José Araujo-Juárez (coords.) *Principios fundamentales del derecho público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 21 años de la publicación de la Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Internacional, Caracas, 2020.
- ____ “Algunas consideraciones sobre las inconstitucionales sentencias 68, 69 y 70 de la Sala Constitucional relativas al nombramiento de las autoridades del Consejo Nacional Electoral”, *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020*, colección Estudios N° 124, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020.
-

- _____. “Consideraciones sobre las sentencias 71, 72 y 77 de la Sala Constitucional por medio de las cuales se intervinieron los partidos políticos Acción Democrática, Primero Justicia y Voluntad Popular”, *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020*, colección Estudios N° 124, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020.
- _____. *La Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018.
- _____. “Ese libro de tantas ediciones”, en Asdrúbal Baptista (Coord.) *Venezuela siglo XX. Visiones y testimonio*, Tomo III, Fundación Polar, Caracas, 2003.
- BOLINAGA, Guillermo, “Desconsolidación democrática en Latinoamérica y rol del sector privado”, en *Las transiciones de la democracia: entre la libertad y el autoritarismo*, Forma, Caracas, 2023.
- BREWER CARÍAS, Allan R., *Debate constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I (8 agosto- 8 septiembre), Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999.
- _____. “Democracia participativa, descentralización política y régimen municipal”. Disponible en: <https://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I.1.896.pdf>
- CAPRILES SANDNER, Colette “Discurso de incorporación como Individuo de Número en el sillón número 18 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 176, en homenaje al Dr. Isidro Morales Paul, Caracas, 2024.
- DUQUE CORREDOR, Román, “Elecciones en tiempos de la dictadura del Maduronato (No es el título de una novela sino de las elecciones del Maduronato)”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N°. 174, Caracas, octubre-diciembre, 2023.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, “La piedra angular de la democracia y los avatares de la libertad de expresión en Venezuela”, en Allan R. Brewer-Carías y Humberto Romero-Muci (Coords.), *El Falseamiento del Estado de Derecho*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021.
- _____. *Los límites de la libertad de expresión*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.
- FERNÁNDEZ MASÍS, Héctor, “El proceso electoral”, en *Revista de Derecho Electoral* número 1, Primer Semestre, Costa Rica, 2005. Disponible en: <http://www.tse.go.cr/revista/art/1/fernandez.pdf> 37

- GARCÍA ROCA, Javier “Del principio de la división de poderes”, en *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, número 108, Madrid, abril-junio, 2000.
- GONZÁLEZ VALENZUELA, Alejandro “Una Teoría Contramayoritaria para Procesar las Tensiones entre Constitucionalismo y Democracia”, en Gonzalo Pérez Salazar (comp.), *IX Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Impacto del Derecho Procesal Constitucional en el ordenamiento jurídico. Homenaje a Rafael Badell Madrid*, Universidad Monteávila, Caracas, 2025.
- GRAU, María Amparo, “Jurisdicciones constitucionales: Lo electoral como función con su propia justicia constitucional”, ponencia en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal, homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, video de Youtube, minuto 4:00:43, 23 de noviembre de 2024. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=8tvI4-RAlpQ&t=14292s>
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, “Los principios del derecho electoral”, artículo web disponible en: <https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-1994-01-004-025.pdf>
- INFANTE, José María, “Reseña de ‘DEMOCRACY’ de TILLY, CHARLES”, en *Trayectorias*, vol. X, núm. 27, julio-diciembre, 2008, Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Nuevo León, México, 2008. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/607/60712752014.pdf>
- LEVITSKY, Steven y ZIBLATT, Daniel, *Cómo mueren las democracias*, traducción al español de Gemma Deza Guil, Ediciones Culturales Paidós, S.A., Ciudad de México, 2024.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *De la democracia en Hispanoamérica*, Editorial Taurus, Madrid, 2025.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El impacto del control de convencionalidad en las fuentes de derecho chilenas”, en *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional y IV de Derecho Administrativo*, Universidad Monteávila, Caracas, 2016.
- NJAIM, Humberto, “Reflexión sobre el pluralismo a más de 10 años de ‘Vigencia’ de la Constitución”, en Jesús M. Casal H. (Coord.), *Defender la Constitución*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.
- Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Venezuela: Graves violaciones a los derechos humanos en el contexto electoral*, Doc. 253/24, 27 de diciembre 2024
- República de Guatemala, “*Solicitud de Opinión Consultiva presentada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a la democracia y su protección en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, 6 de diciembre de 2024. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2025_spa.pdf

- RODRÍGUEZ CUADROS, Manuel, “El derecho humano a la democracia”, *Derecho y realidad*, Núm. 23, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 1 semestre, 2014.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El concepto de desconstitucionalización”, en *Revista de Derecho* número 2, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2007.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, “Democracia y procesos electorales”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, Costa Rica, 1986. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2018/3.pdf>
- SANQUÍRICO PITTEVIL, Fernando, “Las facultades (i)limitadas de la Asamblea Nacional Constituyente de acuerdo con la Constitución de la República”, en Allan Brewer Carías y Carlos García Soto (compiladores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente*, Editorial Temis, Editorial Jurídica Venezolana. Bogotá/Caracas, 2017.
- UGALDE, S.J., Luis, *Utopía política, entre la esperanza y la opresión*, Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales como Individuo de Número. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/A-59.pdf>
- UROSA MAGGI, Daniela “La jurisdicción contencioso-electoral”, *Derecho Contencioso Administrativo. Libro homenaje al profesor Luis Henrique Farías Mata*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Librería J. Rincón, Lara, 2006.
- “Justicia electoral y autoritarismo judicial electoral en Venezuela”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo* Nro. 14, Caracas, 2018.
- V-Dem Institute, “Democracy Report 2025. 25 Years of Autocratization – Democracy Trumped?”, University of Gotemburgo, Sweden, March 2025.
- ZURITA, Ricardo O., “Curso de Inducción”, programa de Formación y Desarrollo. Instituto Federal Electoral. México, 1993. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1113/6.pdf>

La función de la justicia constitucional: desafíos actuales¹

Juan Alberto Berríos Ortigoza²

Introducción: justicia constitucional y política

Aún se disputa la situación de la justicia constitucional ante la política, quizás en parte por los desafíos que ello supone para la idea de que los jueces no deben decidir sobre cuestiones políticas³. El debate suele ser de mayor interés en ciertos momentos de tensión en lo político, cuando se pretende desde el gobierno o el parlamento implementar decisiones relativas a lo estructural-constitucional, es decir, a valores, principios o reglas estructurales de la constitución: derechos fundamentales, distribución funcional o territorial del poder (potenciación o debilitamiento de la intensidad o alcance de poder de alguna de las ramas del estado) o,

- 1 Ponencia presentada en el Congreso Cincuentenario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello (7 de mayo de 2025).
- 2 Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). *Magister Scientiarum* en Ciencia Política y Derecho Público (mención Ciencia Política), Universidad del Zulia. Profesor investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia (Venezuela).
- 3 Según Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976, pp. 324-325, “(los) nuevos intentos de solucionar los conflictos políticos a través de una instancia judicial encierran considerables peligros, tanto para la judicatura como para el proceso gubernamental. Los defensores del arbitrio judicial entre los diferentes detentadores del poder dejan patente que, en un Estado de Derecho, todas las acciones políticas de cualquier detentador del poder tienen que estar de acuerdo con las disposiciones constitucionales y que es una tarea legítima del Tribunal Constitucional Supremo determinar la extensión de las normas constitucionales e interpretar su contenido. Esta tesis es irrefutable. Pero, contra esto, sí se puede oponer que la intervención de los tribunales puede conducir a borrar las fronteras entre la administración de justicia y la política. Los detentadores del poder, políticamente responsables —gobierno y parlamento— están expuestos a la tentación de llevar ante el tribunal un conflicto político. Los jueces, por su parte, están obligados a sustituir las decisiones de los responsables detentadores del poder por sus juicios políticos camuflados en forma de sentencia judicial. Instalar un tribunal como árbitro supremo del proceso del poder —y este es el núcleo de la ‘judicialización de la política’— transformaría, en último término, el sistema gubernamental en un dominio de los jueces o en una ‘judiciocracia’.”.

en síntesis, aquello que sea considerado como identidad constitucional, concepto que integra elementos ideológicos de las decisiones fundamentales contenidas en una constitución.

En estos momentos de tensión en lo político es evidente que la intervención de los tribunales, sobre todo de las cortes supremas o constitucionales, sea examinada con mayor rigurosidad, pues sus decisiones tendrían un impacto directo, con consecuencias políticas sobre la forma de interpretar y poner en práctica aquellos valores, principios y reglas relativos a los derechos fundamentales y la distribución del poder.

Para comprender este fenómeno se han ensayado diversas propuestas teóricas, entre las que destaca la idea de Zagrebelsky⁴ sobre la necesidad de determinar el significado de la política como premisa para descartar que los tribunales tengan legitimidad para inmiscuirse en la competencia por alcanzar el poder político (*pactum subiectionis*), de modo que su intervención solo podría ser admitida en casos relacionados con la conservación del pacto constitucional sobre las condiciones de convivencia para controlar las eventuales extralimitaciones en el ejercicio del poder de gobierno o legislación (*pactum societatis*). Al respecto, quizás podría argumentarse que toda disputa, aunque relativa a la conservación del *pactum societatis*, pueda tener implicaciones en la competencia por el poder, en la medida en que ciertos conflictos estén estructurados en consideración a ello o se instrumenten para ese fin⁵.

En todo caso los contextos son relevantes para plantear consideraciones, aunque teóricas, sobre este fenómeno. La forma en que se concretan las relaciones políticas es determinante para evaluar la función de la justicia constitucional y sus formas de intervención en lo político. Las cortes supremas o constitucionales tienen una responsabilidad en promover acciones para el desarrollo de la identidad constitucional como decisión fundamental, con énfasis en el resguardo de los derechos fundamentales, que también debe atender a los compromisos asumidos por el estado en el ámbito internacional para su respeto, protección y garantía con carácter universal y progresivo.

4 Gustavo Zagrebelsky, *Principios y votos: el Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 29, 40-41.

5 Sobre esta discusión, Winfried Hassemer, “Jurisdicción constitucional en una democracia”, en *Jurisdicción constitucional, democracia y Estado de Derecho*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2009, p. 53.

Promover esas acciones no consiste en imponer significados o interpretaciones sobre la estructura de la identidad constitucional, sino en incentivar un diálogo⁶ al respecto: de allí la importancia de la independencia para resolver los conflictos no solo de la rama judicial con respecto al gobierno y el legislador sino también de los tribunales entre sí dentro de un marco que asegure cierta uniformidad en la jurisprudencia, y que haya oportunidades y espacios decisivos de discusión fuera de la arena propia de los litigios. Esto conlleva a entender que lo constitucional, en conservación y potenciación de su identidad estructural, hace parte de un proceso dialéctico propio de la vitalidad social. La forma en que este proceso se desenvuelva repercutirá en la legitimidad de la justicia constitucional y, en consecuencia, en la aceptabilidad de sus criterios y decisiones⁷.

El propósito de este ensayo es revisar la función de la justicia constitucional ante los desafíos de la actualidad, marcados por entornos de reducción en la calidad de la democracia y amenazas de retroceso en la garantía de los derechos fundamentales en sus diversas dimensiones, en particular como libertades o prestaciones a cargo del estado.

Función de la justicia constitucional

Se identifica como función de la justicia constitucional⁸ la realización de tres propósitos: (i) garantizar el orden constitucional y democrático; (ii) interpretar la

- 6 Sobre esta discusión, Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, “Introduction: the Constitution in 2020”, en Jack M. Balkin y Reva B. Siegel (editores), *The Constitution in 2020*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 6. En Venezuela, destaca la reflexión sobre la “misión de guía institucional” que debe asumir la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, planteada por Pedro Bracho Grand, “Normas, principios y valores de la interpretación constitucional”, en Levis Ignacio Zerpa y José M. Delgado Ocando (coordinadores), *Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 417-421.
- 7 Sobre esta discusión en Venezuela, Margarita Escudero León, *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*, Caracas, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 2004, pp. 76-78; y Carmen Zuleta de Merchán, *Criterios jurídicos relevantes en el Tribunal Supremo de Justicia: ponencias y votos (septiembre 2002-2010)*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Tomo I, 2011, p. 57.
- 8 Sobre esta discusión en Venezuela, Jesús María Casal Hernández, “Algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en democracia”, en *Jurisdicción constitucional, democracia y Estado de Derecho*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2009, pp. 125-141. Entre los estudios sobre esta cuestión en América Latina se destaca el análisis de Diana Kapiszewski, “Power broker, policy maker, or right protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in transition”, en Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011. Otras reflexiones relevantes sobre la función de la justicia constitucional pueden consultarse en Siri Gloppen, Bruce M. Wilson, Roberto

constitución ante cuestiones novedosas; y (iii) servir de instrumento de control de los poderes del gobierno y del legislador.

La garantía del orden constitucional y democrático involucra unas tres tareas. La primera tarea consiste en controlar la constitucionalidad de los actos del poder público, lo que exige que este control sea robusto, es decir, sea de alcance universal (para cualquier tipo de actos), accesible y eficaz, y es en este sentido que la independencia de los tribunales es indispensable.

La segunda es proteger los derechos fundamentales, que suele desarrollarse en un contexto de adversidad: tensiones sociales, polarización política y, en lo eventual, ante tendencias autoritarias; a la par, se exige que la protección de los derechos fundamentales atienda a estándares internacionales sobre derechos humanos, lo que de suyo implica que se presenten tensiones interpretativas derivadas de la complejidad de la relación entre los diversos sistemas de protección, sus agentes y referencias normativas (tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos, entre otros instrumentos internacionales).

La tercera es resolver conflictos de poder, debiendo los tribunales fungir como árbitros de las disputas entre diversos actores del poder público y privado, lo que conlleva a cuestionamientos sobre la preservación del equilibrio que debe comportar su rol. Proteger y promover una deliberación política bajo condiciones idóneas, con participación abierta, en libertad y con igualdad de oportunidades, debe hacer parte de la estrategia de la justicia constitucional para resolver esos conflictos de poder⁹.

La interpretación de la constitución ante cuestiones novedosas requiere que los agentes de la justicia constitucional tengan capacidad de preservar la identidad constitucional definida en sus valores, principios y reglas. Las “nuevas realidades” dependerán de las circunstancias, si bien algunas pueden considerarse problemáticas comunes que exigen lecturas particulares, como es el caso de la protección de datos, el uso de redes sociales, la inteligencia artificial, el poder de las corporaciones transnacionales tecnológicas, el cambio climático, la irrupción de crisis humanitarias, el expansionismo de las potestades regulatorias de los gobiernos, entre otras cuestiones emergentes que ponen a prueba la estructura constitucional de los derechos fundamentales y la distribución del poder.

Gargarella, Elin Skaar y Morten Kinander, *Courts and power in Latin America and Africa*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2010, p. 18; y Aharon Barak, *The judge in a democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006, p. xviii.

9 En relación con este planteamiento, John Hart Ely, *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.

En este sentido, el desarrollo jurisprudencial de los derechos fundamentales en correspondencia a los principios de universalidad y progresividad es un aspecto crítico, en particular cuando se trata de ampliaciones sobre la titularidad o el contenido de ciertos derechos o el reconocimiento y definición de “nuevos” derechos, en un contexto de tensiones relativas a las expectativas sociales de justicia en un lugar y momento dados. De allí que la interpretación de la constitución exija que las cortes supremas o constitucionales fomenten un ambiente de diálogo, no de imposiciones que resulten en la afectación a los niveles de confianza en ellas o sus jueces; si bien las cortes no son las únicas responsables de ello, la promoción de un debate público informado dependerá de la transparencia de la gestión de los casos, el grado de desarrollo de criterios interpretativos por otros tribunales y otras instituciones de garantía de los derechos, y la forma en que se revisen estos criterios.

Por su parte, controlar los poderes del gobierno y del legislador es una función que requiere un esfuerzo constante para resistir todo tipo de presiones de estos agentes y, por tanto, la puesta en práctica de estrategias orientadas a mantener su independencia e imparcialidad para garantizar lo previsto en la constitución. En este marco se observan los fenómenos de politización de la justicia y judicialización de la política¹⁰ que, se entienden, son propios de la realidad, pero no por ello imposibles de sobrellevar por parte de los tribunales. Antes bien, deben servir a la moderación de los conflictos en ejercicio de sus potestades constitucionales. En específico, el control de la justicia constitucional es relevante para proteger a

10 Sobre esta discusión, se remite a las definiciones sobre la politización de la justicia y la judicialización de la política por Alec Stone Sweet, *Governing with judges*, Nueva York, Oxford University Press, 2000, p. 194: la politización de la justicia es un proceso que activa el control jurisdiccional de la constitucionalidad para alterar los actos legislativos o el *statu quo* del derecho constitucional, y la situación en que se encuentran los jueces constitucionales como resultado de ello; entre tanto, la judicialización de la política se refiere a la elaboración por parte de los jueces constitucionales de un discurso normativo que interpreta las normas constitucionales que regulan las potestades de los órganos legislativos, y la recepción de los términos de ese discurso por parte de éstos. Es preciso destacar, como se ha advertido antes en Juan Alberto Berrios Ortigoza, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad y la política en Venezuela: estudio sobre la Sala Constitucional (2000-2010)*, tesis doctoral, 2015, p. 27, que la politización y la judicialización no sólo afecta a los órganos legislativos y sus actos, sino al gobierno y, en cierta medida, al resto de los órganos y ramas del poder público. Sobre la politización de la justicia y la judicialización de la política, también puede consultarse a Ran Hirschl, “The judicialization of politics”, en K.E. Whittington, R.D. Kelemen, y G.A. Caldeira (editores), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, pp. 120-123; y en relación con América Latina a R. Sieder, L. Schjolden y A. Angell, “Introduction”, en R. Sieder, L. Schjolden y A. Angell, *The judicialization of politics in Latin America*, Palgrave MacMillan, Nueva York, 2005, pp. 1-20.

grupos de población en circunstancias de vulnerabilidad y, con ello, cumplir con ese rol tutelar aún en contra de las posiciones del gobierno, del legislador o, en términos generales, de las corrientes de opinión de las mayorías políticas.

Desafíos a la función de la justicia constitucional

La realización de los cometidos señalados con anterioridad impone ciertos desafíos relativos a la legitimidad, independencia y eficacia de la justicia constitucional.

Sobre la legitimidad, el desafío concreto corresponde a la legitimidad social. Se entiende que, en una dimensión constitucional, la legitimidad de la justicia constitucional y sus agentes no debe discutirse, al menos en aquellos casos en los que la propia constitución define el alcance de su poder. Sin embargo, suele plantearse la cuestión de por qué un cuerpo no electo (la corte suprema o constitucional o, en general, jueces con atribuciones de control constitucional) pueda invalidar leyes o decisiones de un gobierno que ha sido electo por voto popular¹¹.

La legitimidad social sí encuentra dificultades, en la medida en que depende de la percepción de la opinión pública sobre la actuación de la justicia constitucional: si sus criterios interpretativos y decisiones se consideran de puro contenido político-partidista o ideológico, o como instrumento de dominio del gobierno, el legislador o cualquier agente con poder político o económico, se afectará su credibilidad y, en consecuencia, su confiabilidad para resolver conflictos. De allí la importancia de que la justicia constitucional realice su función atendiendo a estrategias que potencien la transparencia de su gestión, para comunicar con suficiencia y eficacia sus argumentos y decisiones, y su liderazgo en el diálogo sobre cuestiones constitucionales, sin pretender la imposición de agendas políticas particulares en detrimento del proyecto político-constitucional.

Con respecto a la legitimidad social, cabe mencionar la relevancia de la accesibilidad a la justicia constitucional, es decir, que sea entendida como un recurso viable y eficaz para garantizar la supremacía de la constitución: por ello la regulación de los procedimientos judiciales deba propender a la simpleza y uniformidad, además de establecer métodos para asegurar el acceso universal a la justicia. Por su parte, el contenido de las decisiones, en especial de las dictadas por cortes supremas o constitucionales, debe ser comprensible, didáctico, evi-

11 Sobre esta discusión, Bruce Ackerman, *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa Editorial, 1999, p. 148; y John Hart Ely, ob. cit., pp. 102-103. En la actualidad, por ejemplo, son llamativas las críticas de la administración Trump sobre el alcance de las potestades de control de la justicia federal en los Estados Unidos de América, fundamentadas en el argumento de su legitimidad constitucional.

tando tecnicismos jurídicos mediante el uso de un lenguaje llano, que no resulte ambiguo, sobre todo a los fines de su posterior divulgación. La publicación de las decisiones debe ser oportuna, no solo a través de medios o plataformas diseñadas para especialistas, sino para todo público, con fórmulas que promuevan una educación jurídica básica sobre el alcance de los derechos fundamentales y los límites al poder del estado.

Por otra parte, asumir un rol que se considere sea propio del gobierno, el legislador o cualquier otro órgano del poder público, estableciendo directrices o mandatos que excedan sus potestades de control constitucional, es una conducta que se percibe invasiva. El activismo judicial suele relacionarse con este fenómeno, pero en estricto rigor no implica solo eso¹². Tampoco una actitud de autocontención o conservadora contribuye a una mejor apreciación sobre la legitimidad social de la justicia constitucional¹³. En todo caso, en la medida en que se cierran espacios o canales para resolver controversias relativas a cuestiones políticas¹⁴, suele recargarse el reclamo a las cortes supremas o constitucionales (politización

12 Como se apunta en Juan Alberto Berríos Ortigoza, ob. cit., p. 36 una decisión es activista “si el órgano jurisdiccional amplía el ámbito de sus competencias procesales o interpretativas, o impone, fomenta u obstaculiza la ejecución de una decisión que correspondería a otro órgano del estado, (siendo) evidente que cualquiera que sea la forma en que se manifieste el activismo judicial, el juez constitucional incide en la política, en el sentido de que puede afectar el desarrollo del proceso político”.

13 En este sentido, ibid., p. 37, “también los tribunales pueden asumir posturas conservadoras con significación política, (...) el conservadurismo judicial alude a una actitud de los jueces que consiste en evitar el pronunciamiento sobre las cuestiones políticas, con fundamento en el respeto al ámbito de autonomía del resto de los órganos del Poder Público cuyos actos se encuentran bajo su control, (...) (refiriéndose a) casos en los cuales los tribunales constitucionales demuestran deferencia hacia los órganos estatales cuyos actos son susceptibles de control, y en específico, en los casos en que se abstienen de pronunciarse en un sentido activista, a pesar de que a determinados precedentes hubiera cabido esperar que impusieran, fomentaran u obstaculizaran ciertas políticas adoptadas por otros órganos del Poder Público; (...) es decir, una decisión es conservadora si el órgano jurisdiccional mantiene o reduce el ámbito de sus competencias procesales o interpretativas y/o se abstiene de imponer, fomentar u obstaculizar la ejecución de una decisión que correspondería a otro órgano estatal; (en síntesis), la conducta activista o conservadora de los jueces son manifestaciones de la existencia de una variable política que influye en sus decisiones”.

14 La iniciativa de los procesos de politización de la justicia y judicialización de la política puede provenir desde “arriba” (*top-down*, por las propias cortes supremas o constitucionales o la clase política, incluyendo el gobierno); desde “abajo” (*down-top*, por la ciudadanía, por lo general bajo la forma de organizaciones civiles activistas de derechos humanos); o desde el extranjero (por el impacto de decisiones o resoluciones de órganos internacionales de protección de los derechos humanos o el activismo transnacional de organizaciones de derechos humanos). Sobre esta discusión, R. Sieder y otros, ob. cit., p. 4.

de la justicia) y con ello, el riesgo de que el tribunal se pronuncie, en exceso, sobre estas cuestiones (judicialización de la política)¹⁵.

En relación con los desafíos a la independencia de la justicia constitucional, se destaca la politización en la designación de los jueces; en general se aprecia una necesidad de revisar los métodos de selección y remoción de los jueces, para reducir la eventual influencia de la política partidista. Esto puede resultar difícil en el caso de las cortes supremas o constitucionales, considerando que, por lo general, la designación o remoción de sus jueces suele estar a cargo de órganos políticos, pero no lo es tanto en el caso de los jueces de otras instancias.

Como sucede con cualquier diseño constitucional, no hay diseños de selección o remoción infalibles, por eso debe atenderse a las peculiaridades de cada entorno y a la cultura jurídica-política que se pretenda forjar y, en ese sentido, revisarlos o fomentar conversaciones sobre ellos es una exigencia constitucional y una responsabilidad cívica. En este sentido, es preciso cuestionarse por qué ciertos diseños siendo tan apropiados en la teoría normativa-constitucional no lo son cuando son puestos en práctica o, en el peor de los casos, no son implementados, y contemplar alternativas para que esos diseños sean funcionales al ideal de una justicia constitucional independiente e imparcial.

Que se designen o remuevan jueces en atención a su lealtad política o su perfil ideológico más que por su experticia técnica, hará que los tribunales sean percibidos como extensiones del gobierno o el legislador, no como árbitros independientes e imparciales. En todo caso, esta circunstancia no solo afectaría su legitimidad social o la confianza pública en sus decisiones, sino que dejarían de ser instrumentos de control para convertirse en una garantía de conservación del poder de quienes estén dominando el espacio político. De hecho, una medida crítica para instaurar regímenes autoritarios¹⁶ consiste en debilitar el estatuto de los jueces, politizar los procedimientos de selección o remoción de magistrados o manipular la fijación de su número para asegurar una posición mayoritaria en las

15 Sobre esta discusión, Winfried Hassemer, ob. cit., p. 51, y Aharon Barak, ob. cit., p. xi.; en el caso venezolano, R. Sieder y otros, ob. cit., p. 6, y Rogelio Pérez Perdomo, "Judicialization and regime transformation: the Venezuelan Supreme Court", en R. Sieder, L. Schjolden y A. Angell, *The judicialization of politics in Latin America*, Palgrave MacMillan, Nueva York, 2005, pp. 131-159.

16 Sobre la función de las constituciones y la justicia constitucional en regímenes autoritarios, Tamir Moustafa, *The struggle for constitutional power - Law, politics, and economic development in Egypt*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007, y Tom Ginsburg, y Alberto Simpser, "Introduction: Constitutions in Authoritarian Regimes", en Tom Ginsburg, y Alberto Simpser (editores), *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Nueva York, Cambridge University Press, 2014.

cortes supremas o constitucionales, logrando que se altere la función política de los tribunales constitucionales: controlar el poder.

Las presiones sobre la estructura judicial también pueden manifestarse en críticas o medidas políticas, económicas o mediáticas para intentar influir en sus decisiones de forma directa o indirecta; se trata de circunstancias que procuran debilitar la autoridad de la justicia constitucional, con lo cual se presenta el desafío de asegurar su independencia para preservar su integridad.

La eficacia de las decisiones de la justicia constitucional suele estar afectada por la sobrecarga o acumulación de casos. Es común que la oportunidad que supone la creciente ampliación de potestades de control de la justicia constitucional¹⁷ conlleve a un incremento de los reclamos, pero ello puede comprometer su capacidad para responder de forma oportuna, máxime si no cuenta con personal idóneo o recursos materiales o financieros suficientes. La formación de calidad para quienes intervienen en el sistema de justicia, no solo para el funcionariado judicial o los jueces, es un aspecto clave. Si bien debe tratarse de una formación jurídica, con énfasis en la protección de los derechos fundamentales, es indispensable que tenga un enfoque multidisciplinario. Las realidades políticas, económicas y sociales son complejas por su diversidad, y la gestión de los conflictos constitucionales no puede ignorar esta complejidad.

Otro desafío relacionado con la eficacia es la capacidad de implementación de sus decisiones, de modo que sean acatadas de forma integral por el gobierno, el legislador, el resto de los órganos del estado, así como por otros agentes de poder económico o social o la propia ciudadanía. Si los mandatos de la justicia constitucional se ignoran, o solo se cumplen de forma parcial o selectiva, se socava su autoridad y, con ello, se limita o debilita su impacto real.

Comentario final

17 En la actualidad, es común que las cortes supremas o constitucionales no solo tengan competencia para declarar la inconstitucionalidad de leyes o tutelar derechos fundamentales de forma individual o colectiva (de forma directa o en revisión), sino también para declarar omisiones del poder público en el ejercicio de obligaciones constitucionales, revisar la conformidad con la constitución de sentencias de otros tribunales, o dictar interpretaciones en abstracto de disposiciones constitucionales. Al respecto, Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2008, p. 312, sostiene que la ampliación de funciones que experimenta la administración de justicia, al encargar a una corte suprema o constitucional del ejercicio de competencias que compiten con la acción del legislador, es un hecho generalizado e inevitable, que se explica en la evolución que ha experimentado el estado liberal hasta convertirse en un estado social de derecho.

En síntesis, la función de la justicia constitucional es crítica en la contemporaneidad, pues se enfrenta al reto permanente de mantener su independencia, legitimidad y eficacia en un entorno político convulso, complejo y cambiante, caracterizado por la emotividad, volatilidad y polarización de las opiniones, la desinformación como instrumento comunicacional y la creciente desconfianza que deriva de ello.

El alcance de la función de esta dimensión de la justicia es un debate que persiste dada la tensión entre las esferas de lo judicial y lo político, algo que no es novedoso pero que tiene singulares impactos cuando las controversias y el modo en que se decida sobre ellas se refieren a elementos de la estructura constitucional, es decir, a valores, principios o reglas esenciales e identitarias de la constitución, correspondientes a los derechos fundamentales o la distribución del poder público. Así, la justicia constitucional despliega su función en un campo dominado por interpretaciones en disputa, que no son más que expresiones de intereses políticos, económicos o sociales encontrados.

La justicia constitucional no es un mero mecanismo o técnica jurídica de control de los actos del estado, está orientada a salvaguardar la voluntad de la soberanía popular expresada en la constitución. Su legitimidad resultará de lograr el propósito de responder ante las problemáticas que se le exija resolver y, en consecuencia, satisfacer las expectativas sociales de justicia en un contexto histórico dado, protegiendo los derechos fundamentales en atención a los principios de universalidad y progresividad, y controlando al poder, quien sea lo represente o cómo se manifieste, ante posibles abusos o desviaciones.

Para cumplir con su misión, y por tanto preservar y potenciar la identidad constitucional como proceso dialéctico vital para la sociedad, la justicia constitucional debe ser independiente de intereses político-partidistas coyunturales, sensible a las exigencias de la realidad en la que se desenvuelve, confiable ante la ciudadanía, y no aislarse o encerrarse en sus propias lógicas o en formalismos, fomentando, orientando y moderando el desarrollo de un diálogo abierto, inclusivo, plural y permanente para asegurar la vigencia del pacto constitucional con proyección hacia el futuro y, en definitiva, optimizar las decisiones fundamentales que contiene la constitución.

Se trata de un diálogo que no solo es esencial para resolver conflictos concretos, sino también para cimentar y consolidar consensos sobre el significado y las implicaciones de la identidad constitucional, que no está exenta de eventuales transformaciones que requieren cierta guía. En ciertos entornos aún más complejos, el desafío consiste en restaurar el poder contralor y garantista de la justicia constitucional, reinstalando su operatividad y funcionalidad para prote-

ger la constitución y ser un referente legítimo, independiente y confiable para la resolución de las controversias de amplio alcance.

Bibliografía

- ACKERMAN, Bruce, *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa Editorial, 1999.
- BALKIN, Jack M. y SIEGEL, Reva B., “Introduction: the Constitution in 2020”, en BALKIN, Jack M. y
- SIEGEL, Reva B. (editores), *The Constitution in 2020*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 1-7.
- BARAK, Aharon, *The judge in a democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- BERRÍOS ORTIGOZA, Juan Alberto, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad y la política en Venezuela: estudio sobre la Sala Constitucional (2000-2010)*, tesis doctoral, 2015.
- BRACHO GRAND, Pedro, “Normas, principios y valores de la interpretación constitucional”, en ZERPA, Levis Ignacio y DELGADO OCANDO, José M. (coordinadores), *Curso de capacitación sobre razonamiento judicial y argumentación jurídica*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 411-424.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María, “Algunos cometidos de la jurisdicción constitucional en democracia”, en *Jurisdicción constitucional, democracia y Estado de Derecho*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2009, pp. 109-145.
- ELY, John Hart, *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- ESCUDERO LEÓN, Margarita, *El control judicial de constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*, Caracas, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, 2004.
- INGSBURG, Tom y SIMPSEY, Alberto, “Introduction: Constitutions in Authoritarian Regimes”, en INGSBURG, Tom y SIMPSEY, Alberto (editores), *Constitutions in Authoritarian Regimes*, Nueva York, Cambridge University Press, 2014.
- GLOPPEN, Siri; WILSON, Bruce, M.; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin y KINANDER, Morten, *Courts and power in Latin America and Africa*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2010.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2008.

- HASSEMER, Winfried, “Jurisdicción constitucional en una democracia”, en *Jurisdicción constitucional, democracia y Estado de Derecho*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2009, pp. 17-56.
- HIRSCHL, Ran, “The judicialization of politics”, en K.E. Whittington, R.D. Kelemen, y G.A. Caldeira (editores), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 119-141.
- KAPISZEWSKI, Diana, “Power broker, policy maker, or right protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in transition”, en Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976.
- MOUSTAFA, Tamir, *The struggle for constitutional power – Law, politics, and economic development in Egypt*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007.
- PÉREZ PERDOMO, Rogelio, “Judicialization and regime transformation: the Venezuelan Supreme Court”, en SIEDER, R., SCHJOLDEN, L. y ANGELL, A., *The judicialization of politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2005, pp. 131-159.
- SIEDER, R., SCHJOLDEN, L. y ANGELL, A., “Introduction”, en SIEDER, R., SCHJOLDEN, L. y ANGELL, A., *The judicialization of politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2005, pp. 1-20.
- STONE SWEET, Alec, *Governing with judges*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos: el Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2008.
- ZULETA DE MERCHÁN, Carmen, *Criterios jurídicos relevantes en el Tribunal Supremo de Justicia: ponencias y votos (septiembre 2002-2010)*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Tomo I, 2011.

El comportamiento de la jurisdicción constitucional en su perfilamiento como un agente decisivo de desmantelamiento de la democracia

Jesús María Casal¹

I.- Introducción

La jurisdicción constitucional ha sido concebida para fijar límites a la mayoría gobernante, proteger los derechos humanos, asegurar el respeto a la Constitución, preservar los equilibrios políticos y, en particular, los pesos y contrapesos entre las ramas del poder público. Ello en el entendido de que se trata de la jurisdicción constitucional de la libertad, inscrita en una democracia constitucional. Aunque no siempre han sido capaces de cumplir esas funciones, o al menos no siempre en la medida en que su misión institucional lo exige, los tribunales constitucionales se han erigido en una referencia en los procesos de rediseño institucional asociados a distintas olas de democratización posteriores a la Segunda Guerra Mundial². El cabal funcionamiento de una jurisdicción constitucional sigue siendo un elemento que es tomado especialmente en consideración al evaluar la existencia de un Estado de Derecho.

No obstante, en los últimos lustros se ha acrecentado la preocupación y atención académica respecto de tribunales, salas constitucionales o altas cortes con competencias semejantes que, no solo no cumplen efectivamente un papel de control o limitación del poder gubernamental, sino que son piezas que se convierten en actores relevantes para la erosión de la institucionalidad democrática o ejercen funciones de cierta importancia para regímenes autoritarios. La indagación científica, con perspectiva comparativa, se ha volcado recientemente sobre

-
- 1 Abogado Summa Cum Laude de la Universidad Católica Andrés Bello, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Decano y Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Premio internacional Georg Forster de Investigación de la Fundación alemana Alexander von Humboldt.
 - 2 Francesco Biagi, *European Constitutional Courts and Transitions to Democracy*, Cambridge University Press, Nueva York, 2020; Marian Ahumada, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson/Civitas, Navarra, 2005.

estas últimas situaciones³, al hilo del aumento del populismo y de la emergencia de liderazgos de ese signo que alcanzan el poder mediante elecciones pero no están dispuestos a someterse a las limitaciones del constitucionalismo. El sello iliberal y antipluralista de ofertas populistas de finales del siglo XX y del presente cuarto de siglo ha impactado en toda la estructura institucional de las democracias. Según la profundidad de esa impronta, pone en entredicho la democracia misma. Esto repercute evidentemente en el poder judicial y en la jurisdicción constitucional.

Esta incidencia del populismo en la jurisdicción constitucional se explica por dos rasgos de estos procesos políticos de hibridación o de declive democrático. Por un lado, el gobierno populista accede al poder democráticamente, y la simbología y los principios de legitimidad de este sistema político siguen siendo importantes para el liderazgo en formación. Por otro lado, las instituciones del Estado de Derecho representan un estorbo para el liderazgo por lo general carismático o personalista que se está forjando. En medio de esta tensión intenta avanzar el gobierno populista, y la jurisdicción constitucional es naturalmente un objeto apetecido por los nuevos detentadores del poder, porque puede facilitarles significativamente, en forma activa o pasiva, el recorrido desde un sistema más o menos democrático a otro que en mayor o menor grado tenga elementos autoritarios. En términos afines a estos liderazgos populistas emergentes, ello favorece que estos sean liberados “legalmente” de las restricciones al ejercicio de la política que son propias de la democracia liberal o constitucional.

La jurisdicción constitucional, asediada por estos gobiernos, posee notables cualidades a esos efectos; lo ha demostrado⁴. Permite revestir de cierta legitimidad, la del Derecho, al accionar del gobierno, en la fase inicial de su evolución hacia un régimen menos liberal-democrático, en la cual adoptará seguramente medidas decisivas que amenazarán la posición de los factores institucionales, políticos, económicos y sociales que pueden contener la consolidación de su dominación política y el desarrollo de su agenda. Es decir, instrumentalizada, probablemente le resultará de utilidad para implementar sin tantas dificultades esta agenda. La jurisdicción constitucional puede ser aprovechada por gobiernos

3 D. Landau, y R. Dixon, “Abusive judicial review: courts against democracy”, en *UC Davis Law Review* 53, 2020, pp. 1313 y ss.; Daniela Urosa Maggi, “El rol de las cortes constitucionales en democracias iliberales: de guardianes de la supremacía constitucional a soporte fundamental del autoritarismo”, en *Anuario de Estudios Constitucionales y Parlamentarios*, Caracas, 2021, pp. 39 y ss.; Jesús María Casal, “The Constitutional Chamber and the erosion of Democracy in Venezuela”, en *Heidelberg Journal of International Law*, 80, 2020, pp. 913 y ss.

4 *Vid.* Kim Schepppele, “Autocratic Legalism”, en *The University of Chicago Law Review*, 85, 2018, pp. 545 y ss.

autoritarios en esta doble vertiente: primera, la de ser expresión de la legitimidad democrático-constitucional, más aún cuando en el país respectivo se haya experimentado un periodo prolongado de relativa funcionalidad democrática y de respeto ganado por los órganos jurisdiccionales y en particular por el tribunal constitucional; y, segunda, la de estar generalmente provista de competencias que pueden ser empleadas para neutralizar, por inacción o convalidación automática, o por cooperación activa y militante, el control jurídico sobre las instancias políticas de poder del Estado.

En este marco se inscribe el presente trabajo. La erosión populista de la democracia ha sido estudiada desde distintos ángulos⁵. Su gradualidad o incrementalidad, su ambigüedad o inclinación al camuflaje, entre otras características, se ven reflejadas en la actividad de la jurisdicción constitucional. Se ha indagado igualmente en el modo en que gobernantes tendencialmente autoritarios actúan para capturar o doblegar a los tribunales constitucionales u otras altas cortes⁶.

El objeto específico del presente trabajo es analizar el comportamiento de la jurisdicción constitucional en este contexto de transformación degenerativa del sistema político. Se quiere identificar algunos de los patrones de acción o argumentación de dicha jurisdicción cuando por unas u otras causas y con unas u otras intensidades se pliega ante la hegemonía política en curso, es decir, asume en esencia el rol que el nuevo liderazgo espera desempeñe. Ello puede obedecer a posturas acomodaticias, a debilidad o temor, a compromisos políticos o ideológicos, a réditos económicos, o a una combinación de estos factores⁷. En todo caso, esta indagación se centra en una jurisdicción constitucional que en aspectos fundamentales está al servicio del grupo gobernante o del proyecto político que procuran llevar a cabo, sin perjuicio de que también aquí puede haber gradualidades. Conviene prestar atención a esta dimensión de la cooperación de los tribunales constitucionales o de la jurisdicción constitucional con la erosión o desmantelamiento de la democracia: aquella que proviene del propio tribunal, de sus jueces o magistrados, de su empeño por hallar su lugar en la trama autoritaria. Se trata no solo de analizar las sentencias que hayan apuntalado esa dominación, tema

5 J-W Müller, *What Is Populism?* University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2017; S. Levitsky y D. Ziblatt, *How Democracies Die*, Crown Publishing, Nueva York, 2018; T. Ginsburg y A. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, University of Chicago, Chicago, 2018.

6 Wojciech Sadurski, "How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding", en *Sydney Law School Research Paper* No. 18/01, 2018, pp. 17 y ss.

7 Sobre algunos de estos factores *vid.* E. Hanelt y A. Vincze, "Managing courts in competitive authoritarian regimes Co-optation, repression and resistance in Hungary", en *Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft* (2024) 18, pp. 381 y ss.

bastante examinado, sino también, como se pretende en este trabajo, de observar el modo en que esa jurisdicción opera para insertarse en tales propósitos.

Es relevante considerar esa faceta de la actividad judicial, pues ello puede ayudar a comprender mejor el papel de la jurisdicción constitucional en dinámicas de transición hacia sistemas menos democráticos y permite reconocer mutaciones que estén en desarrollo en algún ordenamiento jurídico. El cabal conocimiento de estos fenómenos favorece su prevención o su contención, cuando sea posible.

II.- La jurisdicción constitucional en su metamorfosis populista-autoritaria

La literatura especializada ha puesto de manifiesto que, en sistemas autoritarios, los tribunales constitucionales o altas cortes cumplen funciones relevantes para el desenvolvimiento del régimen político⁸. En contra del pensamiento tradicional, para el cual no había interés en estudiar estas cortes por carecer de peso propio alguno, al ser simples engranajes o eslabones de una estructura de poder que genera las decisiones y traza las orientaciones políticas, dicha literatura ha demostrado que estas cortes cuentan y no poco y que dan lugar a interacciones que impactan en la configuración del poder autoritario. Algo similar sucede con el tratamiento de la jurisdicción constitucional en la transición de la democracia a sistemas híbridos o claramente autoritarios. Se mira principalmente lo que las instancias gubernamentales de dominación hacen para doblegar y usar a las cortes, pero se obvia lo que ellas mismas hacen para hallar su lugar dentro del proceso de erosión institucional en curso. Son dos caras de la misma moneda, ciertamente, porque en estos contextos las altas cortes no operan en condiciones de libertad para elaborar su producción jurisdiccional, sino en medio de presiones o medidas inhibitorias derivadas de purgas, capturas políticas u otras prácticas similares. Pero esto no debe conducir a desconocer la capacidad de influencia propia de estos tribunales en el curso de los acontecimientos ni la existencia de márgenes para que definan estrategias con miras al cumplimiento del rol que entienden les corresponde o que directamente se les asigna en un marco político de esta índole.

Seguidamente se destacarán algunas expresiones sobresalientes del comportamiento de la Sala Constitucional en su posicionamiento como agente protagonista de desmantelamiento de la institucionalidad democrática.

Se considerará fundamentalmente el periodo comprendido entre el 2000 y el 2004, que varios trabajos han calificado como una fase de hibridez o mixtura

8 T. Moustafa, y T. Ginsburg, *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

inicial en el funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia, previa a su completo sometimiento y envilecimiento político⁹. En lo que respecta a la Sala Constitucional, estimo que este lapso no representa una etapa de ejercicio efectivo de control jurisdiccional en asuntos políticamente relevantes, ni de fortaleza de la Sala Constitucional, en el sentido en que un órgano de esa clase debe ser robusto en un Estado democrático de Derecho, pero sí comprende un despliegue inicial de las competencias de la Sala en el que era apreciable cierta ambigüedad, pues no estaba completamente cerrada la posibilidad de una intervención jurisdiccional mínimamente moderadora o, al menos, cabía pensar que había un margen para intentar poner a prueba a la nueva Sala Constitucional, el cual rápidamente se mostraría inexistente¹⁰.

La falta de independencia judicial era constatable ya en esta fase y en ella quedaron sentados los fundamentos del activismo autoritario desbocado ulterior, pero se procuraba resguardar algunas apariencias, sin descartar algunos episodios y esfuerzos aislados de control o disensos individuales, en esta ruta en que la Sala terminó de definir su identidad. La implementación y profundización de postulados iliberales y soberanistas entonces establecidos, y la completa utilización antidemocrática de los poderes jurisprudencialmente conquistados, tendría lugar a partir de la ampliación del número de magistrados en 2004, que significaría una intensificación de la captura política del Tribunal Supremo de Justicia.

No se hará énfasis en los criterios específicos de la jurisprudencia constitucional que se apartaron de los principios medulares de una democracia constitucional, que han sido en parte estudiados en trabajos previos¹¹, sino en las formas de actuación de la Sala Constitucional que fueron perfilando su papel activo en el desmantelamiento del Estado democrático de Derecho, esto es, el modo en que

9 Vid., entre otros, Raul Sánchez Urribarri, "Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court", en *Law & Social Inquiry* 36, 2011, pp. 854 y ss.; Jesús María Casal, "The Constitutional Chamber ...", *op. cit.*, pp. 930 y ss.

10 Vid. Casal, Jesús María, "The Constitutional Chamber...", *op. cit.*, pp. 913 y ss.

11 Allan Brewer-Carías, *Crónica sobre la "in" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007; Carlos Ayala Corao, "La doctrina de la inexecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)", en A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor y M. Morales Antoniazzi (Coord.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, UNAM, Ciudad de México, 2010, T. II, pp. 85 y ss.; Jesús María Casal "La jurisdicción constitucional y la institucionalidad democrática en Venezuela: Balance y desafíos", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 44, Enero-Junio 2021, pp. 55 y ss.

ella fue hilando para posicionarse institucionalmente en el marco autoritario en construcción.

1.- La reproducción de la naturaleza carismática del liderazgo emergente

Una nota destacable de la actuación de la Sala en esta etapa fundacional de su desempeño consistió en su tendencia a colocarse por encima de la positividad y formas jurídicas, por encima de la propia normatividad constitucional, invocando la Constitución y la supremacía constitucional como fundamentos, para centralizar competencias jurisdiccionales, modificar procedimientos judiciales supuestamente a fin de adaptarlos a los parámetros constitucionales, sin la debida mediación legislativa, o crear o expandir por sentencia acciones o recursos de naturaleza constitucional, todo con el propósito de ensanchar el arsenal procesal que permitiera a la Sala intervenir en cualquier asunto imaginable de significación constitucional o política.

Ello ocurrió desde su primera sentencia, referida a las competencias de la Sala en materia de amparo constitucional¹², y se reiteraría poco después, mediante la sentencia que reformó el procedimiento de amparo constitucional legalmente establecido¹³. Luego vendría la creación por la Sala de un recurso directo de interpretación constitucional¹⁴, así como la expansión del alcance de su facultad de revisión de sentencias, para incluir dentro del objeto de la revisión a las dictadas por otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, y comprendiendo no solo a las sentencias de amparo y control difuso de la constitucionalidad, contempladas en la normativa correspondiente de la Constitución (artículo 336, num. 10), sino a cualquier sentencia judicial definitivamente firme en la cual se incurriera en errores de interpretación constitucional o se desconocieran criterios interpretativos vinculantes fijados por esta Sala¹⁵.

12 Sentencia de la Sala Constitucional N° 1/2000, del 20 de enero.

13 Sentencia de la Sala Constitucional N° 7/2000, del 1 de febrero.

14 Sentencia de la Sala Constitucional N° 1077/2000, del 22 de septiembre. *Vid.* igualmente Luis Alfonso Herrera Orellana, “El ‘recurso de interpretación’ de la Constitución: reflexiones críticas desde la argumentación jurídica y la teoría del discurso”, en *Revista de Derecho Público*, Caracas, n. 113, 2008, pp. 7 y ss.; José Vicente Haro, “La interpretación de la Constitución y la sentencia 1077 de la Sala Constitucional”, en *Revista de Derecho Constitucional*, Caracas, n. 2, 2000, pp. 455 y 456; y Marianella Villegas Salazar, “Comentarios sobre el recurso de interpretación constitucional en la jurisprudencia de la Sala Constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, Caracas, n. 84, 2000, pp. 417 y ss.

15 *Vid.*, entre otras, la sentencia de la Sala Constitucional N 93/2001, del 6 de febrero.

Este proceder de la Sala Constitucional merece una consideración crítica desde la perspectiva de la desvalorización de la normatividad jurídica y de las formas y legalidad procesales¹⁶, pero ahora interesa poner de relieve que este comportamiento suponía reproducir en el ámbito judicial el tipo de liderazgo y de legitimación política carismática que estaba en desarrollo. Hugo Chávez había llegado a la Presidencia liderando una oferta revolucionaria que prometía romper con el orden político e institucional que le permitió llegar al poder. Encabezó un proceso carismático que quiso prescindir desde el comienzo de las reglas establecidas, reflejadas en una Constitución que fue calificada por Chávez de moribunda cuando prestó el juramento de toma de posesión¹⁷, lo cual se vinculaba con su planteamiento de convocar una Asamblea Nacional Constituyente plenipotenciaria, apelando directamente a la soberanía popular, con prescindencia de lo previsto en la Constitución en vigor, asamblea que sería usada para ocupar en un solo movimiento toda la institucionalidad constitucional¹⁸.

Los liderazgos y regímenes carismáticos se distinguen por el cuestionamiento y replanteamiento de la legalidad vigente desde sus fundamentos. Como ha destacado Weber, la relación del liderazgo carismático con la legalidad se resume bien en la fórmula: “estaba escrito, pero yo en verdad os digo”; o sea, “el caudillo genuino, como todo jefe genuino en general, anuncia, crea, exige nuevos mandamientos...”¹⁹. Demuestra la superioridad de su voluntad y de su genio cuando desplaza la normatividad ordinaria por sus propias indicaciones sobre lo que debe hacerse. La naturaleza extraordinaria o “extracotidiana”²⁰ de sus talentos, habilidades o resoluciones tiende a llevar aparejada esa relativa libertad respecto de las formas y reglas jurídicas o, mejor dicho, su menosprecio.

Cuando la Sala Constitucional se presentó desde el principio como un juez potente, dispuesto a construir su propio espacio de actuación mediante libres lecturas de la Constitución, emulaba, conscientemente o no, la actitud del nuevo liderazgo político. Bajo la apariencia de expandir la fuerza normativa de la Constitución la debilitaba, pues el acrecentamiento de la robustez competencial

16 Jesús María Casal, “La jurisdicción constitucional y la institucionalidad...”, *op. cit.*, pp. 70-71.

17 https://www.presidencia.gob.ve/Site/Web/Principal/paginas/classMostrarEvento3.php?id_evento=8849

18 Sobre el liderazgo de Hugo Chávez *vid.* Trino Márquez, “Presidencialismo, autoritarismo y culto a la personalidad (Hugo Chávez y el ejercicio del poder)”, en *Revista venezolana de análisis de coyuntura*, Vol. X, 2, 2004, pp. 57 y ss.

19 Max Weber, *Economía y sociedad, Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, Madrid/México D. F., 2002, p. 195.

20 Ídem.

de dicha Sala y la exhibición de sus facultades heurísticas se producían a expensas de la normatividad constitucional. Como ha destacado también Weber, en la dominación carismática: “No existe reglamento alguno, preceptos jurídicos abstractos, ni aplicación racional del derecho orientada por ellos, mas tampoco se dan arbitrios y sentencias orientados por precedentes tradicionales, sino que formalmente son lo decisivo las creaciones de derecho de caso en caso”²¹.

El agigantamiento de los poderes de la Sala Constitucional, merced a la autoatribución de competencias, fue de alguna manera una emulación del auge carismático prevaleciente en la dinámica política, que disolvía cualquier barrera jurídica, y la invocación de la supremacía constitucional cobijaba la ambición de la Sala por su propia superioridad y expansión funcional.

La Sala hizo explícitas tempranamente las premisas de su hermenéutica generativa de nuevas atribuciones. Aludió a su carácter de órgano jurisdiccional especializado en la materia constitucional, y a la plenitud y universalidad de sus facultades de control, que se deducirían de la función que adujo de ser custodio de los principios e institucionales constitucionales. Para prescindir de los límites fijados por la Constitución a la revisión de sentencias, que el artículo 336, numeral 10, circunscribe a las de amparo y control (difuso) de la constitucionalidad, argumentó que:

“La Sala, entonces, debe desplegar su función de custodio de los principios e instituciones constitucionales, en el plano más cercano posible al ciudadano, y no limitarse a revisar discrecionalmente las sentencias que en vía de amparo se hayan apartado de la doctrina de la Sala o las proferidas por la multiplicidad de nuestros tribunales merced al control difuso de la Constitución -lo cual es fundamental-, sino que también deberá ejercer la jurisdicción plena constitucional en otras circunstancias que lo ameriten”²².

Esta genérica alusión a “otras circunstancias que lo ameriten” evoca la justicia del Calí, propia de la dominación carismática, esto es, la discrecionalidad, la decisión subjetiva, la ausencia de parámetros normativos, la apertura a lo que se estime más apropiado frente a cada situación. El poder de garantía de la Constitución o de “tutela constitucional”, que fue aducido manipulativamente por la Sala como fuente residual de nuevas atribuciones²³, fue también un cauce para elementos extranormativos, de apreciación subjetiva e inconmensurables, que legitimarían el ejercicio discrecional de potestades jurisdiccionales. Por tanto, esa soltura respecto de la legalidad era una forma de replicar en el orden judicial

21 Ídem.

22 Sentencia de la Sala Constitucional N° 1251, del 24 de octubre de 2000.

23 Ídem.

la naturaleza extrarutinaria y de inspiración salvadora que distinguía al marco político imperante.

El liderazgo carismático, ligado a un populismo tendencialmente autoritario, se vio plasmado igualmente en la inclinación a descalificar posiciones sociales consideradas contrarias a la hegemonía en formación. El “antipluralismo moral”²⁴ característico de esos regímenes populistas tuvo repercusión en la jurisdicción constitucional, como lo demuestra la sentencia en que la Sala Constitucional circunscribió el concepto de sociedad civil aplicable a los ámbitos constitucionales de participación²⁵. Allí se impusieron una serie de exclusiones que, en parte, estuvieron orientadas por ese antipluralismo: se rechazó la posibilidad de que la sociedad civil estuviera representada por “autopostulados”, por “grupúsculos sin personalidad jurídica y organizaciones semejantes”, y se objetó a las organizaciones que recibieran financiamiento internacional, con una acotada excepción. Estas y otras expresiones y algunas de las exclusiones establecidas se contraponen con el pluralismo organizativo y de concepciones en la sociedad civil ínsito a la democracia. En una dirección similar apuntaron decisiones en materia de libertad de expresión e información y de interpretación constitucional²⁶.

2.- El esfuerzo por obtener autoridad o estimación para ganar tiempo y ensanchar las posibilidades de acción con miras al desarrollo de la agenda jurídico-política

La jurisdicción constitucional que se encamina a apuntalar una agenda pretendidamente revolucionaria procura obtener autoridad o estimación y poderes para llevar a cabo esta tarea. También se propone ganar tiempo a fin de operar en favor de la nueva dominación, sin que se desvanezca tan rápidamente el aura de instancia jurisdiccional pretendidamente autónoma que pueda irradiar en virtud de la historia institucional anterior o de promesas constitucionales que algunos consideren creíbles.

En el caso venezolano la Sala Constitucional, con tales propósitos, intentó apoyarse en corrientes del pensamiento jurídico que venían formándose en el país y eran favorables a superar formalismos jurídicos y a atender más al acceso a la justicia y a su realización²⁷. Ello encontraría en parte sustento en el artículo

24 J-W Müller. *What Is Populism?*, op. cit., pp. 31 y ss.

25 Sentencia de la Sala Constitucional N° 1395/2000, del 21 de noviembre.

26 Sentencias de la Sala Constitucional N° 1013/2001, del 12 de junio, y 1309/2001, del 19 de julio.

27 Sobre el pensamiento jurídico influyente en la génesis constitucional de 1999 *vid.* Francisco Delgado, *La idea de derecho en la Constitución de 1999*, UCV, Caracas, 2008.

257 de la Constitución, aunque una cosa es evitar formalismos inútiles y otra es desvalorizar las formas jurídicas y la positividad del Derecho. Pero lo que se quiere destacar es que la Sala, con esos antecedentes, procuró apalancarse en este pensamiento que favorecía la superación de la sujeción estricta a las formas y a la legalidad procesal, que seguramente era compartido por integrantes de la Sala y que cumplía la función de facilitar la expansión de sus atribuciones. Se sirvió del paradigma antiformalista o no formalista para colocarse por encima del Derecho.

No es extraña a la jurisdicción constitucional democrática la estrategia de ganar autoridad y legitimación jurídica y social para poder cumplir exitosamente sus genuinas funciones de garantía de la Constitución y de los derechos humanos²⁸. También se esfuerzan en lograr respaldo los tribunales o salas constitucionales que tienen propósitos autoritarios o que están dispuestos a acomodarse a circunstancias de esta índole, pero aquí prevalece el afán en granjearse el beneplácito de los conductores del régimen.

A la vista de la trayectoria de la Sala Constitucional, puede constatar que no consiguió ser exitosa en su intento de ganar autoridad, porque ofreció centellazos de osadía judicial frente a regulaciones procesales de ciertas leyes preconstitucionales e incluso de la propia normatividad constitucional, con el objeto de ampliar sus competencias, pero no fue protagonista de episodios de firmeza jurisdiccional para la protección de derechos fundamentales ante abusos del poder público o la garantía de pesos y contrapesos entre los órganos constitucionales. Esto no significa que no se hayan emitido fallos en salvaguarda de derechos constitucionales²⁹, sino que el empeño fundamental y la nota francamente preponderante recayó sobre las sentencias dirigidas a ensanchar las vías que permitieran a la Sala pronunciarse sobre toda clase de controversias de alguna significación político-institucional y controlar al resto del poder judicial.

Las expectativas positivas que en algunos círculos pudo suscitar la actuación inicial de la Sala se disiparon cuando se observó que su activismo procesal no se correspondía con un garantismo sustantivo. Pudo seguir siendo por un tiempo un espacio en el que se planteaban recursos basados en la inconstitucionalidad de actos del poder público, pero no en virtud de una autoridad ganada, sino por el efecto inercial de convicciones sobre el valor del Estado de Derecho, la importancia de colocar en el espacio público, mediante su formalización ante el órgano judicial competente, las reclamaciones referidas a violaciones de la Constitución

28 A. von Bogdandy, y D. Paris, “La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional Federal alemán”, en *Revista Derecho del Estado*, 43, mayo-agosto de 2019, pp. 5 y ss.

29 Como la dictada en relación con el Decreto-Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, sentencia de la Sala Constitucional N° 2855/2002, del 20 de noviembre.

y de los derechos humanos y, en su caso, la intención de agotar los recursos internos. La Sala Constitucional no obtuvo autoridad ante los justiciables, sino estimación entre los detentadores del poder, porque la agenda desarrollada en sus sentencias del periodo se correspondía principalmente con intereses fundamentales de los gobernantes.

Las prioridades de la Sala estuvieron no en la protección de los derechos humanos frente a abusos de poder u otros propósitos del constitucionalismo, sino en favorecer la implantación de la nueva dominación política, a expensas, si se estimaba necesario o conveniente, de la Constitución aprobada en referendo. Por eso, la categoría del bloque de la constitucionalidad, ya conocida doctrinalmente en Venezuela y aplicada en América Latina, resultó adoptada primeramente por dicha Sala para aludir no a las fuentes complejas, nacionales e internacionales, de los derechos constitucionalmente garantizados, sino al texto constitucional junto a los decretos de transición y otros decretos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente³⁰; y el recurso directo de interpretación constitucional fue concedido, entre otros fines, como herramienta relevante para resolver inconsistencias entre la Constitución y el régimen legal transitorio o vacíos dejados por estas normas³¹.

Ciertamente, uno de los desvelos principales de la Sala Constitucional en esta fase fue apuntalar el régimen de la transición del poder público emanado de la Asamblea Nacional Constituyente, que estaba al margen de la Constitución de 1999 y de la voluntad popular que acompañó su aprobación, lo cual llevó a la Sala a desarrollar una extensa jurisprudencia destinada a justificar este apartamiento respecto de lo ordenado por la Constitución y a aumentar la discrecionalidad de las instancias políticas en la gradual implementación de la normatividad constitucional, que terminaría siendo dejada de lado.

Desde el Tribunal Supremo de Justicia, en la obra editada bajo el título *Bases jurisprudenciales de la supraconstitucionalidad*, se subrayó que:

“Las Sentencias del Máximo Tribunal de Justicia han hecho, pues, un esfuerzo decisivo para interpretar jurídicamente el proceso iniciado el 19-01-99, como desarrollo sistemático de producción originaria, desde la Constitución abrogada hasta la plena vigencia de la Constitución de 1999”³².

30 Vid. entre otras, las sentencias de la Sala Constitucional N° 1562/2000, del 12 de diciembre, y 2588/2001, del 11 de diciembre.

31 Sentencia de la Sala Constitucional N° 1077/2000, del 22 de septiembre.

32 José Manuel Delgado Ocando (Proemio), *Bases jurisprudenciales de la supraconstitucionalidad*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000, p. 10.

Vigencia plena que nunca llegaría. La transitoriedad se prolongó en diversos ámbitos y dislocó la normatividad constitucional. Pero con esta actuación la Sala demostró su nivel de compromiso con la dominación política emergente y ganó no autoridad propiamente dicha, pero sí estimación oficial e hizo visible ante los nuevos detentadores del poder la significación del rol que podía desempeñar a su servicio. Esta es otra señal característica de estos procesos: aunque no se gane autoridad, en el sentido democrático antes mencionado, sí se aspira obtener la aquiescencia del círculo gobernante. De allí el empeño de la jurisdicción constitucional en ser de utilidad para el régimen político en formación.

La Sala se dedicó en su primera andadura a incrementar sus competencias, claramente más allá de lo previsto en la Constitución y aprovechando la ausencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional. Tenía este segundo acicate para su acelerada expansión competencial: perfilar los poderes de la jurisdicción constitucional de tal modo que fuera reducido el margen del legislador para la eventual configuración normativa de sus atribuciones. Pero la estimación que logró granjearse fue el mejor antídoto contra cualquier pretensión de acotamiento legislativo de sus competencias, como se puso de manifiesto con la aprobación y luego con la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que reprodujeron en gran medida criterios competenciales de la Sala Constitucional. En las materias en que aquella no lo hizo completamente en 2004, la Sala reiteró sus expansivas posturas interpretativas.

3.- La ambición competencial e innovación procesal, acompañada de regresiones sustantivas y adjetivas

Varias sentencias dictadas por la Sala Constitucional en materia procesal se tradujeron en concentración de competencias que habían estado distribuidas entre distintas Salas de la Corte Suprema de Justicia, como las referidas a amparos autónomos, o que, en una recta interpretación constitucional, había que considerar repartidas entre los distintos órganos judiciales, como ocurrió respecto del habeas data o las acciones interpuestas en defensa de intereses difusos o colectivos. A ello se añade la expansión o creación de atribuciones en favor de esta Sala, como sucedió en el ámbito de la revisión de sentencias y de la solicitud o recurso de interpretación constitucional. En igual dirección apunta la reducción del alcance del control difuso de la constitucionalidad y la tergiversación y sobredimensionamiento del efecto vinculante de las interpretaciones de la Constitución establecidas por esta Sala³³.

33 Jesús María Casal, "La jurisdicción constitucional y la institucionalidad...", *op. cit.*, pp. 73 y ss.

Este activismo o esta ambición procesal supuestamente estaban orientados a lograr una mayor garantía de la Constitución pero en realidad iban dirigidos a aumentar las propias facultades. De allí que estos destellos procesales contrastaran con la palidez de los aportes sustantivos y, lo que es peor, con las peligrosas posturas contrarias a la libertad y a los derechos humanos que empezaron a cimentarse jurisprudencialmente³⁴. Aquel activismo implicaba principalmente la colocación de las bases del protagonismo autoritario que pronto asumiría abiertamente la Sala Constitucional. En sí mismo llegó a ser incluso procesalmente una amenaza para los derechos, como lo ilustra el efecto negativo sobre el acceso a la justicia de la concentración, en la Sala Constitucional, de las facultades para conocer de acciones en defensa de derechos o intereses difusos o colectivos³⁵. Algo similar llegó a plantearse en relación con la revisión de sentencias, carente de un procedimiento que preserve el debido proceso, y respecto de la solicitud directa de interpretación constitucional, que a la postre ha sido usada para resolver, sin derecho a la defensa, situaciones jurídicas concretas o para torcer la normativa constitucional³⁶. Sucedió también que herramientas procesales lesivas del derecho al juez natural, como el avocamiento, fueron expandidas, en beneficio compartido de la Sala Constitucional, en lugar de declarar su inconstitucionalidad.

La gran mayoría de las sentencias que, de una u otra forma, llevaron a cabo esta ampliación competencial de la Sala Constitucional no estuvieron impulsadas por el propósito de amparar en el caso concreto algún derecho o de resguardar límites o controles constitucionales al poder público, sino que en esencia gravitaban en torno a la Sala y sus poderes. Algunas que supuestamente propendían a facilitar el ejercicio de ciertos derechos en realidad los condicionaban y quebrantaban la separación de poderes, como ocurrió con fallos relativos a la acción de inconstitucionalidad por omisión³⁷.

34 Allan Brewer-Carías, *op. cit.*, pp. 163 y ss.; *Dictadura judicial y perversión del Estado de Derecho*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016; Ramsis Ghazzaoui, *Autoritarismo y justicia constitucional. El caso Venezuela*, tirant lo blanch, Valencia, 2024.

35 Es el caso de la decisión que concentró en dicha Sala, mientras la ley no dispusiera algo distinto, el conocimiento de las acciones en defensa de derechos e intereses difusos o colectivos, ya que los hechos que motiven la interposición de estas acciones pueden presentarse en cualquier lugar de la República, no solo en Caracas: sentencia de la Sala Constitucional N° 656, del 30 de junio de 2000. El error fue corregido en parte años después mediante la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

36 Hasta el punto de ejercer de oficio facultades interpretativas generales para resolver, sin oportunidad para el contradictorio, sobre situaciones y derechos individuales: sentencia N° 207/2014, del 31 de marzo.

37 Jesús María Casal, “The Constitutional Chamber...” *op. cit.*, pp. 939 y ss.

Una jurisdicción constitucional saludable, cónsona con el papel que le corresponde en la democracia constitucional, es innovadora o activista en materia procesal en la medida en que es necesario para garantizar derechos en el caso concreto examinado o para sentar criterios que permitan hacerlo más ampliamente en el futuro³⁸. Así sucedió, por ejemplo, en Alemania cuando el Tribunal Constitucional Federal admitió la interposición de amparos ante ese tribunal contra sentencias de jueces ordinarios para salvaguardar derechos que se alegaba habían sido desconocidos ya en el campo jurídico-privado, pues la construcción procesal de considerar al juez que hubiera omitido la debida protección como agente o copartícipe en la posible vulneración de un derecho fundamental estaba al servicio de la tutela de los derechos fundamentales³⁹. En perspectiva comparativa, cabe mencionar igualmente las sentencias de la Corte Constitucional colombiana que han desarrollado el control jurisdiccional sobre el estado de cosas inconstitucional⁴⁰.

Mientras que la jurisdicción constitucional, cuando está adulterada autoritariamente, propende a exhibir un dinamismo procesal que procura encubrir criterios sustantivos peligrosos para los derechos o la democracia.

4.- La combinación entre el avance subrepticio y la acometida frontal en la erosión de la democracia

Varias sentencias del periodo implicaron el desmontaje de normas o garantías constitucionales, con enfoque iliberal o antidemocrático. Ello se aprecia, entre otras, en las que abordaron el valor de las decisiones de organismos internacionales de protección de derechos humanos en el derecho interno, el concepto constitucional de sociedad civil, el alcance de la libertad económica en el Estado Social de Derecho y de Justicia, y los criterios que debían regir la interpretación constitucional⁴¹. También deben ser mencionados los pronunciamientos juris-

38 En el caso venezolano puede citarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 23 de octubre de 1983, que reconoció la operatividad del amparo constitucional aun a falta de la ley de desarrollo del artículo 49 de la Constitución de 1961 y estableció vías para colmar la laguna existente en materia procesal.

39 Sara Stein, “*Lüth y Elfes*: un enfoque alemán sobre un efecto horizontal de los derechos fundamentales”, *Blog IACL-AIDC (14 de junio de 2022)*, <https://blog-iacl-aidc.org/globalandmarkjudgments/2022/6/14/lth-and-elfes-a-german-approach-to-a-horizontal-effect-of-fundamental-rights-mm4>

40 *Vid.*, por ejemplo, la sentencia SU-122-22, del 31 de marzo de 2022: https://www.suin-juriscol.gov.co/archivo/Estado_cosas_inconstitucional.pdf

41 *Vid.*, entre otras, las sentencias de la Sala Constitucional N° 1942/2003, del 15 de julio; 1395/2000, del 21 de noviembre; 85/2002, del 24 de enero; y 1309/2001, del 19 de julio.

prudenciales que avalaron la ampliación del ámbito de las leyes habilitantes y de los decretos leyes, en detrimento del concepto constitucional de ley orgánica, y los que dificultaron la iniciativa popular para el referendo revocatorio. Pero no todos estos criterios fueron establecidos como tema central (*ratio decidendi*) de las sentencias correspondientes, pues en ocasiones se fijaron como argumentación colateral al asunto principal⁴². Y esto nos aproxima a otro comportamiento adoptado por la Sala Constitucional: introducir en forma discreta o indirecta el principio sustantivo (iliberal) preconizado.

Conviene detenerse en esta forma solapada como se dieron pasos que allanaron el camino hacia la desconstitucionalización. El activismo procesal antes mencionado convivió con la astucia demostrada para cohonestar medidas inconstitucionales sin tener que desatar prematuramente conflictos o sin tener que exhibir completamente posiciones de cooperación militante con el régimen en construcción.

Ejemplo de ello fue la manera en que la Sala afrontó el cuestionamiento al proceso de designación de magistrados y otras altas autoridades de control llevado a cabo por la Asamblea Nacional a finales del 2000, al margen de las disposiciones constitucionales. La Defensoría del Pueblo interpuso recurso de nulidad por inconstitucionalidad, conjuntamente con amparo constitucional, contra la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia para su Primer Período Constitucional, pero tras admitir a trámite el recurso la Sala avaló intempestivamente estas designaciones, mediante decisión interlocutoria, adoptada el 12 de diciembre de 2000, en el amparo cautelar que se había ejercido junto con el recurso de nulidad. Fuera de todo orden procesal la Sala pasó a examinar tangencialmente en esa decisión el régimen de transición del poder público y adelantó una posición dirigida a relajar, en su propio beneficio, los requisitos constitucionales para ser magistrado, así como las exigencias de participación ciudadana en la selección respectiva, convalidando el proceso de designación que se estaba realizando⁴³.

Más aún, en lo concerniente al amparo cautelar incoado, la Sala artificialmente adujo en ese auto que la solicitud debía ser aclarada en un plazo de cuarenta y ocho horas por la Defensoría del Pueblo, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a pesar de que la solicitud no era “oscura”, en los términos del artículo 19, y llenaba las condiciones del artículo 18 de esta Ley. Con ello se pretendía dejar sobre la

42 Vid, por ejemplo, la sentencia de la Sala Constitucional N° 1309/2001, del 19 de julio.

43 Sentencia N° 1562/2000, del 12 de diciembre.

Defensoría del Pueblo una carga que seguramente no cumpliría, pues entonces se estaban desarrollando los trámites parlamentarios que conducirían a que la Defensora del Pueblo fuera reemplazada en este cargo, en atención a las señales de autonomía que había mostrado en su desempeño, y el nuevo titular designado no tendría interés en impulsar el procedimiento de nulidad y amparo. En cuanto al recurso de nulidad, la Sala terminó declarando la perención de la instancia por inactividad procesal⁴⁴.

Este recurso hubiera obligado a la Sala Constitucional a pronunciarse a fondo sobre los planteamientos de inconstitucionalidad relacionados con la designación de los magistrados que integraban esa y las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, los cuales habían sido en parte despachados discreta y tangencialmente mediante la decisión interlocutoria del 12 de diciembre de 2000. Volver sobre la materia resultaba incómodo e inconveniente para los magistrados de la Sala, sobre todo al ser jueces en causa propia, ahora más directamente. Por ello acudieron a la figura de la perención de la instancia, sin entrar a examinar si existía un deber procedimental de actuar en cabeza de la misma Sala, que no hiciera imputable al recurrente la omisión.

En otros casos la Sala ha acudido indebidamente a la figura de la perención de la instancia o del abandono del trámite por supuesta pérdida del interés procesal para desechar recursos de nulidad o amparos, respectivamente, que versaban sobre temas de interés público, sensibles en perspectiva político-institucional o de derechos humanos⁴⁵, con la finalidad de eludir un pronunciamiento de fondo que, al avalar la medida oficial, acrecentaría el desprestigio de la Sala, al ser inculcable la inconstitucionalidad del acto objeto del recurso o acción.

Otro modo de apuntalar la política de expansión del poder gubernamental sin hacer tan visible la subordinación judicial fue la de dictar sentencias que procuraban parecer equilibradas, o hasta garantistas, pero que no lo eran, sino que respaldaban efectivamente la actuación ejecutiva⁴⁶ o ayudaban a solventar proble-

44 Sentencia N° 1052/2002, del 5 de junio.

45 *Vid.*, como ejemplos de esas desviaciones que han pervivido en la jurisprudencia, entre otras, la sentencia N° 180/2016, del 15 de marzo, mediante la cual se declaró la perención de la instancia pese a que el asunto debatido se refería a la materia ambiental y a violaciones de derechos humanos, excluidas por la propia Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la posibilidad de tal declaratoria (*vid.* el artículo 95 de esta Ley); así como la sentencia N° 173/2024, del 21 de febrero, mediante la cual se declaró el abandono del trámite antes de admisión, figura creada ilegalmente por la Sala Constitucional, en un amparo relativo a un tema de orden público.

46 . Como ocurrió cuando la Sala Constitucional cohonestó la intervención de la Policía Metropolitana de Caracas por el Ejecutivo Nacional, dirigida en esencia a despojarla de cierta clase de armamento y que tenía un evidente trasfondo político. La Sala declaró sin lugar

mas en el funcionamiento de las instituciones⁴⁷. También se observa que la Sala procedía a veces a introducir tangencialmente objetables doctrinas vinculantes, como lo hizo respecto de la libertad de expresión e información, o de los criterios rectores de la interpretación constitucional, sin que se hicieran tan notorios, en relación con el asunto concreto resuelto, los alcances iliberales o antidemocráticos de la postura fijada⁴⁸.

A veces la Sala intentaba ocultar el carácter antidemocrático de sus decisiones o de la respuesta estatal que resultaba de la trama en que aquellas se insertaban. Un episodio patente de doblez, más bien de fariseísmo jurisdiccional tuvo lugar respecto de la iniciativa en preparación para un referendo consultivo sobre la solicitud de renuncia al Presidente de la República. La Sala Constitucional declaró que la celebración de tal consulta no estaba excluida por la Constitución, dado que su resultado no sería vinculante y por eso aquella no eludía la normativa sobre el referendo revocatorio. Sostuvo que correspondería al Consejo Nacional Electoral examinar si la iniciativa era procedente⁴⁹. Pero ese mismo día, en un caso que se tramitaba en paralelo ante la Sala Electoral, esta última dictaminó que, de acuerdo con el régimen de transición del poder público, que otra vez desplazaba a la Constitución, aquel órgano electoral solo podía tomar decisiones que condujeran a la convocatoria de referendos con una mayoría calificada de cuatro de los cinco miembros del organismo⁵⁰, sabiendo la Sala que solo tres de ellos estaban en disposición de apoyar la convocatoria. De este modo, en actuación orquestada entre estas dos Salas, se hizo nugatorio el derecho constitucional de participación política.

La actitud sibilina se puso de manifiesto también en materia del referendo revocatorio presidencial, pues aunque la Sala Constitucional designó a los Rectores

el conflicto constitucional planteado, pero pretendió mostrar equilibrio al anular el nombramiento por el Ejecutivo Nacional de un Director General encargado en dicha policía, acto ejecutivo que había sido principalmente un camuflaje del verdadero propósito de la intervención; sentencia de la Sala Constitucional N° 3343/2002, del 19 de diciembre.

47 Tal como sucedió cuando se dictó un amparo a favor de suspender las elecciones generales del 28 de mayo del 2000; sentencia de la Sala Constitucional N° 483/2000, del 29 de mayo.

48 *Vid.* las sentencias N° 1013/2001, del 12 de junio y 1309/2001, del 19 de julio. Lo resuelto en la situación específica examinada en la sentencia de la Sala Constitucional N° 1013/2001 fue por supuesto lesivo de derechos humanos (derecho de rectificación o respuesta y prohibición de discriminación), pero la doctrina general establecida en esa decisión respecto de las libertades de expresión e información tiene otros aspectos peligrosos para las libertades fundamentales.

49 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 23/2003, del 22 de enero.

50 Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 3/2003, del 22 de enero.

del Consejo Nacional Electoral, invocando una omisión legislativa, y reconoció la operatividad del derecho de participación política aun a falta de ley de desarrollo, también desautorizó la intervención garantista de la participación ciudadana adoptada por la Sala Electoral en la controversia sobre las firmas de la iniciativa popular del revocatorio, y confirió a aquel organismo electoral, con suma laxitud, facultades legislativas supletorias que no le son propias y que ha venido ejerciendo abusivamente hasta hoy⁵¹.

La combinación entre el acompañamiento sigiloso a los planes antidemocráticos y el ataque sustancial contra el constitucionalismo dio a la Sala Constitucional cierta versatilidad o ambigüedad y le permitió, por un tiempo y a los ojos de algunos, dar cierta legitimidad a acciones oficiales. Mientras tanto el gobierno, con este respaldo, seguía tejiendo la red que iría asfixiando las libertades democráticas.

III.- Balance

Lo expuesto demuestra que los magistrados de la Sala Constitucional y la propia Sala como órgano desplegaron una cierta estrategia o patrones reconocibles en la andadura inicial de su perfilamiento como agente decisivo de desmantelamiento de la democracia. Más allá de diferencias que pudieran constatarse entre los magistrados o de la resistencia de alguno de ellos frente a los criterios preponderantes, la Sala como conjunto asumió una posición de apoyo al régimen en formación, la cual se caracterizó por cuatro rasgos principales: la reproducción del liderazgo y la legitimación carismática del régimen imperante; el empeño en obtener autoridad o estimación, la primera para ganar tiempo y la segunda a fin de ensanchar sus atribuciones y ponerlas al servicio de la nueva dominación política; la exhibición de una gran ambición e innovación procesal, aunque carente de logros sustantivos y democráticamente regresiva; y la combinación entre el avance subrepticio en la agenda tendencialmente autoritaria y la arremetida frontal contra la democracia constitucional. Estos rasgos pueden ser asumidos, en una perspectiva comparativa, entre las señales de un protagonismo judicial autoritario en desarrollo, que disparen alarmas y generen reacciones oportunas.

Excepcionalmente la Sala emitió sentencias que implicaron proteger derechos o ejercer algún control sobre el poder público, frente al panorama prevaleciente de subordinación activa, es decir, de respaldo decisivo y comprometido a las políticas y gestión oficiales. Cuando miramos desde el presente las líneas maestras de la jurisprudencia constitucional devastadora del Estado democrático de Derecho se observa con nitidez que sus pilares fundamentales fueron contruidos en este

51 Vid. Jesús María Casal, "The Constitutional Chamber...", *op. cit.*, pp. 941-942.

periodo inicial, al amparo de una cierta apoteosis antiformalista y de un camuflaje constitucionalizante, secundados por actitudes ambiguas o veladas. Aunque la Sala nunca pudo ocultar la naturaleza prepotente, ideologizante, reduccionista y censuradora de su acervo, más bien arsenal, jurisprudencial.

Desde hace varios años la Sala Constitucional dejó de ser un órgano jurisdiccional y la sociedad y los justiciables perciben claramente, más allá de las formas adulteradas, su esencia autoritaria. Pero al comienzo de su actuación aquella se sirvió de la fuerza legitimadora del Derecho para apuntalar la dominación política y expandir cauces para una penetración más profunda del Estado en el orden económico y social, así como condicionar la libertad de pensamiento y expresión, favorecer la concentración de poderes en el Ejecutivo, obstruir la apertura constitucional a la protección internacional de los derechos humanos, debilitar expresiones cívicas de participación y otros propósitos contrarios a la democracia constitucional.

El horizonte acaso no muy lejano de la recuperación democrática de Venezuela ha de tener en cuenta las lecciones aprendidas de la experiencia esbozada, que aconsejan, en relación con la jurisdicción constitucional, una renovación en su integración y concepción institucional, que debe estar apegada al modelo histórico de una jurisdicción constitucional de la libertad, con los aportes europeos y estadounidenses y los enriquecimientos provenientes de la evolución latinoamericana. Ello implica propugnar una jurisdicción constitucional independiente, solo sometida al Derecho; llamada a limitar y controlar el poder político y a garantizar los derechos fundamentales y los pesos y contrapesos de la democracia constitucional; comprometida con el pluralismo político y social y con la inserción de sus funciones en un orden internacional de protección de los derechos humanos. Una jurisdicción constitucional empeñada en ganar autoridad con base en el cumplimiento de esos cometidos, abierta a los reclamos de la sociedad y dialogante con la comunidad de intérpretes de la Constitución.

Maximalismo y minimalismo constitucional

Gerardo Fernández V.¹

Nuestro propósito es abordar conceptualmente qué significa el maximalismo y el minimalismo constitucional, sus características, las ventajas o desventajas de cada diseño constitucional y las implicaciones y efectos que comportan².

- 1 Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.
- 2 Sobre maximalismo y minimalismo constitucional, concepto y efectos, recomendamos ver: José Francisco García García, . “Minimalismo e incrementalismo constitucional”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 1, 2015, pp. 267-302. Artículo que desarrolla los aspectos centrales del minimalismo constitucional, destacando su enfoque en reglas básicas, incrementalismo y la renegociación constitucional, con un análisis aplicado al contexto chileno. José Francisco García García, . “Minimalismo Constitucional”. Voces de La Tercera Online, Libertad y Desarrollo. Columna que aboga por un constitucionalismo minimalista en el contexto chileno, destacando la necesidad de un equilibrio entre la regla democrática y la limitación del poder estatal, 2013. José Francisco García . “El minimalismo constitucional como propuesta”. Fundación para el Progreso, 2019 Artículo que propone el minimalismo constitucional como un enfoque para una nueva Constitución en Chile, enfatizando su carácter evolutivo y su rechazo a soluciones refundacionales. Sergio Verdugo. “Maximalismo y minimalismo: ¿Cuánta ley necesita la nueva Constitución?”, 2022. Monitor Constitucional. Analiza el borrador de la nueva Constitución chilena, discutiendo la convivencia de un maximalismo verbal con un minimalismo institucional en el texto propuesto. Humberto Nogueira Alcalá, . “Constitucionalismo maximalista y constitucionalismo minimalista: un análisis desde la experiencia latinoamericana”. Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 2018. Analiza el maximalismo constitucional en América Latina, comparándolo con enfoques minimalistas y su influencia en la estabilidad y flexibilidad de las constituciones. Francisco Orrego Vicuña. “Maximalismo constitucional: riesgos y desafíos en el proceso constituyente chileno”. Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, 2021. Reflexiona sobre los riesgos del maximalismo en el contexto del proceso constituyente chileno, destacando la tensión entre ambición transformadora y viabilidad práctica. Javier Couso. “El constitucionalismo maximalista en América Latina: ¿Un modelo sostenible?”. Revista Latinoamericana de Derecho Constitucional, 2019. Cuestiona la sostenibilidad de las constituciones maximalistas en la región, analizando casos como los de Venezuela y Ecuador. Rodrigo Uprimny Yepes. “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”. Revista de Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 13, N° 1,

Maximalismo constitucional

Las expresiones maximalismo constitucional e inflación constitucional se refieren a los textos constitucionales que tienen una redacción amplia y recargada, abarcando con detalles específicos los principios, la organización y la estructura del Estado y sus órganos de poder, consagrando de manera extensa el catálogo de derechos y garantías constitucionales.

Las constituciones maximalistas son textos exhaustivos que consagran de manera amplia y generosa el sistema de libertades ciudadanas y, en particular, los derechos prestacionales y regulan aspectos de la vida cotidiana que escapan de lo estrictamente constitucional.

Son constituciones populistas, que encuentran su mejor aceptación en contextos de desigualdad y pobreza, siendo, que, por sus características, tendrán mayor respaldo y aceptación social. Son constituciones retóricas, detallistas, demagógicas que por la exageración de su contenido convierten los derechos subjetivos en principios rectores, sin tutela efectiva.

A nuestro modo de ver, la inflación constitucional produce el efecto contrario: convierte la potestad o el poder que intrínsecamente debe contener el derecho, en una declaración demagógica y populista que, al no ser satisfecha, viable o realizable en la práctica, frustra a la población y debilita y deslegitima el texto constitucional. En las constituciones maximalistas se puede evidenciar muy fácilmente un divorcio o fractura entre la constitución escrita o formal y la constitución real. Ello no es más que una tragedia que se evidencia muy frecuentemente en los países latinoamericanos. Los ciudadanos, con razón, pierden apego y credibilidad por sus constituciones y leyes.

El maximalismo constitucional o la inflación constitucional, como lo quieran denominar, es un fenómeno que lleva a que las constituciones sean demasiado extensas y complejas, lo que puede dificultar su interpretación y aplicación, y trae consigo una rigidez constitucional que dificulta su adaptación a cambios sociales y políticos, que exigen los Estados modernos y dinámicos.

Las constituciones extensas, reglamentarias y específicas llegan a “diluir”, quizás desvirtuar, los aspectos que realmente deben ser de la reserva constitucional o del ámbito estrictamente constitucional. Eso puede verse cuando regulan as-

2011. Analiza las constituciones maximalistas de América Latina, destacando su enfoque en derechos sociales y su impacto en el papel de los tribunales constitucionales. Gerardo Fernández Villegas. “Del maximalismo al minimalismo constitucional: “Una propuesta de Constitución para Venezuela.”, Serie Estudios 154, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, Venezuela, 2024, pp. 208.

pectos y ámbitos de la vida social, política y económica de un Estado, de manera tan amplia, que los “petrifican”, convirtiéndose en un obstáculo para la dinámica de un Estado moderno. La reglamentación constitucional excesiva conlleva a que la constitución invada lo que debería ser regulado por la ley e, inclusive, aborde asuntos propios de la potestad administrativa reglamentaria. La constitucionalización excesiva, banaliza el texto constitucional.

La complejidad de un texto constitucional puede hacer que la constitución sea rígida, difícil de entender y aplicar, y se corre el riesgo de volverse obsoleta rápidamente, debido a la inclusión de demasiados detalles, lo que puede llevar a conflictos constitucionales y políticos.

Las constituciones reglamentarias incurren en una recargada redacción, muchas veces retórica y menos preceptivas o normativas. El lenguaje recargado, prolijo y adornado, se acerca más a la poesía que al precepto constitucional obligante. Se puede incurrir en demagogia y populismo constitucional, totalmente dañino y frustrante para el ciudadano, ya que favorece la deslegitimación de la constitución.

Las constituciones maximalistas son una tendencia muy marcada que surge del deseo de buscar mayor y mejor protección de los derechos fundamentales y evitar los abusos del poder, más en países subdesarrollados o de institucionalidad débil o frágil. Se parte de la idea, que mientras más se regula las instituciones del Estado, más se controla su actuación y se mejora su desempeño. Pero consideramos, al contrario, que mientras más maximalista es la constitución, más se favorece la intervención del Estado en detrimento de la libertad del ciudadano y las declaraciones de derechos se convierten más en manifestaciones retóricas de buenas intenciones, que derechos subjetivos constitucionales.

Así, el Magister en Derecho Administrativo Ricardo Hernández, quien lidera el equipo constitucional del Instituto Res Publica, de Chile, advierte sobre este punto,

“Que el catálogo de derechos sea demasiado extenso no asegura su cumplimiento, ya que muchos de ellos se supeditan al desarrollo económico y gestión de recursos limitados, lo que no permite satisfacer todas las necesidades de la ciudadanía”. (...) “El catálogo se convierte, así, en una declaración de buenas intenciones. Esto podría tener como consecuencia que, al no cumplirse las expectativas de la ciudadanía, se genere descontento y, una vez más, desencanto con el sistema político. Esto, sin considerar que muchos derechos remiten a la ley para su ejercicio, por lo que no solo es maximalista, sino vacía.”³

3 Ricardo Hernández. Números y riesgos de una Constitución maximalista con 499 artículos, más de 100 derechos y 20 nuevos órganos. <https://ellibero.cl/libero-constituyente/>

Las constituciones maximalistas y extensas tienden a brindar mayores potestades de planificación, acción y control al poder central, en perjuicio de la libertad individual y las capacidades creativas y de auto organización de las personas.

Minimalismo constitucional

El minimalismo constitucional es un enfoque en el diseño y redacción de constituciones; es decir, en sus aspectos formales y materiales, que se centra en establecer solo los principios y estructuras fundamentales del Estado, dejando los detalles a la legislación ordinaria.

La constitución minimalista o mínima, como algunos la llaman en doctrina, se caracteriza por la brevedad, por el tratamiento directo y concreto de los derechos y la organización y estructura de los órganos del poder público del Estado.

Al no incluir demasiados detalles, estas constituciones pueden adaptarse más fácilmente a cambios sociales y políticos y se centran en establecer las reglas procedimentales y las estructuras gubernamentales básicas, dejando los detalles específicos a la legislación ordinaria. Las constituciones minimalistas, por su simplicidad y claridad son más adaptables a los cambios y a la dinámica social, económica y política de un país, sin necesidad de reformas constantes. En ese sentido, la simplicidad y brevedad facilitan la comprensión y aplicación de la constitución.

Por consiguiente, son constituciones más flexibles, facilitando su modificación y actualización cuando sea necesario; permiten que la legislación ordinaria desarrolle los detalles, lo que puede hacerlas más eficientes y adaptables.

Según el Profesor Esteban Montoya,

“La Constitución “minimalista” -o Constitución mínima- valora una construcción constante y evolutiva de este texto, que establezca sólo reglas básicas para la comunidad política y plantee una serie de mecanismos para resolver conflictos futuros de la sociedad de manera pacífica y racional. El minimalismo radica en establecer las reglas más elementales para la vida social y se funda con especial importancia en ser un texto constitucional abierto a los cambios, siempre gradual y nunca radical, donde la revisión continua y racional de las instituciones y las reglas existentes es significativo para mantener la legitimidad de un sistema -la Constitución- que está pensado para perdurar frente a cambios generacionales disruptivos.”⁴

numeros-y-riesgos-de-una-constitucion-maximalista-con-499-articulos-mas-de-100-derechos-y-20-nuevos-organos/

4 Esteban Montoya. El minimalismo constitucional como propuesta. Disponible en: <https://fppchile.org/el-minimalismo-constitucional-como-propuesta/>

Lo señalado por Esteban Montoya nos lleva concluir, que las constituciones minimalistas pueden favorecer el pacto social, en la medida que permite que todos podamos “encontrarnos” en la constitución ya que ella reduce los aspectos ideológicos y principistas que podrían generar conflicto social y político. En tal sentido, Montoya argumenta sobre este asunto

“Hay una diversidad inmensa entre convicciones religiosas, políticas, étnicas o sexuales, y dentro de esta diversidad lógicamente habrá ciertas diferencias legítimas las cuales serán tan profundas que no será posible dirimir y concretar ciertos lineamientos en la Constitución para solucionarlas, por lo que dichas diferencias deben ser necesariamente resueltas -o minimizadas- en una discusión democrática y abierta, pero no en una Constitución donde es más compleja su modificación por su especial naturaleza”⁵.

Esteban Montoya agrega, que el diseño constitucional minimalista

“Es una posición que analiza su propia importancia constitucional de forma modesta, que apunta a no ser un instrumento de agenda política ni programática, a no solucionar todos los problemas sociales porque no le compete a ella resolver dichas dificultades y no dar lineamientos ni éticos ni morales sobre cómo debe ser la sociedad, sino tomarla como es (y con todas sus dificultades y aciertos) y desde ahí dotar de suficientes mecanismos para resolver los conflictos que en una sociedad puedan suscitarse. (...) Lo anterior significa que existen demandas sociales que deben ser resueltas desde la política legislativa (el Congreso) que exigir a la estructura constitucional una solución eficiente.”⁶

La redacción de una constitución minimalista es directa y concreta. Lo cual no significa dejar a un lado u obviar la consagración y protección del sistema de libertades en el texto fundamental. La consagración de los derechos civiles, políticos, sociales y económicos se pueden reconocer íntegramente en una constitución minimalista; de hecho, pueden regularse de manera concreta y directa, sin preciosismos, con firmeza y claridad, destacando el núcleo esencial de dichos derechos y estableciendo un sistema para tutelarlos y protegerlos, sin incurrir en populismo o demagogia constitucional.

Se pueden señalar críticas y desventajas del minimalismo constitucional: se destaca que la falta de detalles puede llevar a interpretaciones diversas y conflictos sobre la aplicación de la ley. Asimismo, se puede sostener que la protección de derechos específicos puede depender demasiado de la legislación ordinaria y la deliberación política, lo que puede ser problemático en contextos de inestabilidad

5 Ibidem.

6 Ibidem.

política. También, se puede argumentar que una constitución minimalista no proporciona suficiente protección a ciertos derechos, especialmente los sociales y económicos y los que la doctrina califica como derechos prestacionales.

Autores señalan, que la constitución minimalista no descarta la consagración integral de los derechos fundamentales y sus mecanismos de protección y, sobre el controversial tema, por ejemplo, Esteban Montoya señala

“Respecto al contenido de derechos integrados en la Carta Magna, una Constitución mínima debe asegurar ciertos derechos que son considerados propios de la persona y que al mismo tiempo nacen de la misma noción de la democracia, generalmente llamados derechos civiles y políticos o “derechos extrapolíticos”, como lo son el derecho a la vida, a la libre expresión, a la propiedad o a la libre circulación. Deben ser consagrados en una Constitución, toda vez que el no ser garantizados por una norma suprema -como lo es la Constitución- difícilmente la persona podrá desplegar toda su integridad en una democracia si no son garantizados. Estos derechos al mismo tiempo son vitales que sean consagrados constitucionalmente para no ser objeto de la opinión de la mayoría o a procesos mayoritarios y estén siempre en riesgo de ser modificados cada vez que se desee. Junto con lo anterior, la Constitución mínima también debe aspirar a crear instituciones que resguarden dichos derechos, entendidas como un refuerzo para proteger estos derechos de una mayoría que mañana puede cambiar. Lo segundo -conveniencia de garantizar derechos sociales y económicos- es igualmente relevante ¿Deben las constituciones proteger los derechos económicos y sociales? La respuesta es más compleja de lo que se cree. Si bien es deber del Estado el resguardo y garante del pleno disfrute del proyecto de vida de cada persona y del cual debe proporcionar las suficientes condiciones para su goce, también puede enfrentar esta complejidad incentivando a la ciudadanía a no ser la única vía para desarrollar el camino personal de cada persona. Ante esto, se hace comprensible que los derechos sociales y económicos que tengan la naturaleza de necesidad básica sí sean garantizados, pero que su resolución o su desarrollo en “la práctica” junto con los demás derechos sociales sea igualmente discutida democráticamente en el Congreso y no quede cristalizado como agenda política en la Constitución. Para finalizar, una observación sobre garantizar todo derecho social en la Constitución. Además de reiterar la idea que aquel derecho que está consagrado constitucionalmente no se hará realidad “mágicamente”, también significa que quien decidirá si dicho derecho puede o no ser realizado será el juez (más concretamente el Poder Judicial), un órgano que está más bien alejado de una vinculación democrática (ya que no pueden ser elegidos por la ciudadanía y no son representativos de la sociedad) y el cual no está preparado para decidir en materia de política pública, lo que nos devuelve a la razón central de dejar esta discusión

al Congreso, donde sí hay preparación técnica para afrontar dichas complejidades y donde sí hay vinculación democrática”⁷.

Ratificamos, sin lugar a dudas, que la constitución minimalista no descarta la consagración integral de los derechos fundamentales y sus mecanismos de protección y que la concertación en la redacción, como lo señalamos anteriormente, no impide la consagración integral de un sistema de libertades.

Por último señalemos, que las constituciones minimalistas pueden favorecer el pacto social, en la medida que permite que todos podamos “encontrarnos” en la constitución ya que ella reduce los aspectos ideológicos y principistas que podrían generar conflicto social y político.

El diseño constitucional y su relación con el desarrollo de un país

Compartimos la premisa que el diseño de la constitución guarda una relación directa e inmediata con el grado de desarrollo de un determinado país. Resulta más que interesante concluir sobre una tendencia marcada: países prósperos tienen constituciones minimalistas, cortas, no retóricas y sin expresiones populistas en su contenido; por el contrario, países con institucionalidad democrática frágil, disfuncionales, con déficit de desarrollo social y económico, diseñan constituciones maximalistas, complejas, reglamentarias, retóricas, con catálogos abundantes de derechos y garantías constitucionales y principios rectores de la actividad del Estado y muchas expresiones populistas en su contenido.

En particular, nuestros países latinoamericanos son ejemplo del maximalismo constitucional, constituciones como la venezolana, colombiana, mexicana, ecuatoriana y boliviana, entre otras, nos muestran realidades semejantes.

Investigaciones datos y conclusiones de varios estudios o informes técnicos (*papers*), elaborados por profesionales de diversas áreas liderados por el Profesor Antonio Canova⁸, indican que las constituciones maximalistas son nocivas para el desarrollo socioeconómico e institucional, y que no favorecen la productivi-

7 Ibidem.

8 Antonio Canova, Klaus Jaffe, Juan C Correa, Edrey Martínez, Ana Cecilia Soares, José Gregorio Contreras, Ricardo Baroni. “¿Tiene la constitución de un país un efecto práctico sobre su institucionalidad y socioeconomía?”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Venezuela. 165, págs. 663-740, 2021. Antonio Canova, Edrey Martínez, Ana Cecilia Soares, Mariana Scolaro y Klaus Jaffe. “Constituciones, Estado de derecho, socioeconomía... y populismo (Una exploración empírica del Derecho Constitucional)”, 9 de abril de 2022. Edrey Martínez, Antonio Canova, Klaus Jaffe. “Las constituciones podrían ser dañinas, y mucho. (Análisis cuantitativo y comparado de la propuesta de Constitución para Chile de 2022)”, 26 de septiembre de 2022. Disponibles en: https://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=4800758

dad, “siendo que la regulación excesiva y la tutela central aumentan la entropía social y disminuyen la salud socioeconómica.”

En los informes antes señalados, se concluye que con solo ver la extensión de una constitución y contar su número de palabras podemos saber qué tan estable es un país en lo institucional, qué tan corruptos son sus gobernantes; cuál es la expectativa y el nivel de vida de sus habitantes y cuán dinámica y compleja es su economía. Solo es necesario contar sus palabras y calcular el porcentaje de las palabras populistas del total, para poder dar respuesta a esa pregunta con mucha probabilidad de certeza.

En la investigación referida, se trató de identificar las palabras o expresiones más utilizadas y repetidas en los textos constitucionales latinoamericanos, identificando en siete grupos de palabras que “al correlacionarlos con los indicadores internacionales en lo institucional y socioeconómicos, fue una categoría que calificamos como “populismo constitucional”, compuesta por palabras que utilizan los líderes populistas, sean de izquierda o de derecha, tales como: *nacional, patria, pueblo, libertad, libre, público, soberanía, territorio, justicia, servicios, social, popular, revolución, mayoría*⁹.

El resultado de la investigación demostró que las constituciones con más palabras populistas y maximalistas tienen una relación directa con el subdesarrollo, la disfuncionalidad y la pobreza. Por el contrario, las constituciones minimalistas tienen relación directa con países prósperos y desarrollados.

En Hispanoamérica tenemos constituciones maximalistas y populistas, bajo los parámetros comentados, entre ellas las constituciones vigentes de Venezuela, Ecuador, Bolivia, México, Colombia, Nicaragua, Perú, Paraguay y Cuba. Además, fuera de nuestra región, en el tope del índice de populismo constitucional e índice de disfuncionalidad, con constituciones maximalistas encontramos a China, Vietnam, Burundi, Chad, Irán, Costa de Marfil, Guinea Ecuatorial, Serbia, Congo, Siria, Somalia, Afganistán, Zimbabue, Congo, Nigeria, Burundi, entre otros.

Los países con menos índice de populismo constitucional y síndrome de prosperidad son Nueva Zelanda, Canadá, Estados Unidos, Alemania, Noruega, Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo, Chequia, Finlandia, Singapur, entre otros.

Apoyándonos en las plataformas de *Constitute Project* y el contador de palabras de Word de Microsoft 365, y con la ayuda de la inteligencia artificial desarrollada por Copilot de Microsoft 365 y Grok, listamos los países con las constituciones más extensas del mundo y los países con las constituciones más cortas (el

9 Ibidem.

número de palabras es aproximado y puede variar de acuerdo al formato e idioma consultado, pero en todo caso es una aproximación que nos puede evidenciar la amplitud del texto constitucional), y este fue el esclarecedor resultado:

La Constitución de la India es la constitución escrita más larga del mundo y tiene 103.912 palabras. Luego tenemos a Nigeria con 66.591 palabras; Ecuador con 444 artículos y 55.267 palabras; Brasil, con 54.399 palabras; Colombia con 65.000 palabras que incluyen el preámbulo y 380 artículos; Kenia con 50.396 palabras; Sudáfrica, con 44.094 palabras; Venezuela, con 36.947 palabras y 350 artículos; y Bolivia, con 39.031 palabras y 411 artículos. En el caso de México, resulta muy difícil establecer el número de palabras, ya que es una constitución muy densa que cuenta con aproximadamente 850 enmiendas y alrededor de 70.000 palabras.

Por el contrario, entre los países con constituciones minimalistas, tenemos la constitución de los Estados Unidos de América tiene 4.543 palabras en su versión original e incluyendo las enmiendas el total de palabras asciende a 8.160 palabras; la Constitución de Noruega de 1814, con enmiendas hasta 2024, tiene aproximadamente 7.530 palabras y consta de 121 artículos; la Constitución de Dinamarca de 1953 tiene aproximadamente 5.929 palabras; la Constitución de Japón de 1946 tiene aproximadamente 5.101 palabras y consta de 103 artículos; Francia con la Constitución de la Quinta República de 1958, tiene aproximadamente 13.459 palabras y consta de 89 artículos; e Italia en su constitución de 1947, tiene aproximadamente 12.398 palabras y consta de 139 artículos; la Constitución de Nueva Zelanda no está contenida en un solo documento, sino que se compone de varias leyes y convenciones, de los cuales el *Constitution Act* 1986 es uno de los documentos principales y tiene aproximadamente 20.000 palabras; Alemania se rige por la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) de 1949, con sus enmiendas hasta 2014, tiene aproximadamente 29.128 palabras; la Constitución de Finlandia de 1999, con enmiendas hasta 2011, tiene aproximadamente 20.000 palabras y consta de 131 artículos; la Constitución de Polonia y las Leyes Básicas de Israel tienen 20.000 palabras cada una; la Constitución de Corea del Sur tiene 13.000 palabras y la de Estonia 9.000; la Constitución de Letonia, conocida como la *Satversme*, tienen 5.000 palabras y las cuatro leyes fundamentales de Suecia tienen 16.000 palabras; las Constituciones de Bélgica y Portugal tienen 25.000 palabras cada una. Por último, la Constitución del Reino de España de 1978, que tiene 17.620 palabras y 169 artículos.

Un dato adicional importante, es que la mayoría significativa de los países que conforman la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD en sus siglas en inglés), ente que tiene como objetivo promover políticas que mejoren el bienestar social y económico de la población mundial, tienen

constituciones minimalistas y que hemos clasificado como países con menos índice de populismo constitucional y con mayor síndrome de prosperidad institucional y socioeconómica. En esa lista tenemos a Nueva Zelanda, Canadá, Alemania, Noruega, Irlanda, Luxemburgo, Dinamarca, Estados Unidos de América, Chequia, Finlandia, Singapur, Italia, España, Francia, Bélgica, Japón, Austria, Corea del Sur, Letonia, Reino Unido, Letonia, Estonia, Suiza, Portugal, Suecia, entre otros.

Después de todo lo expuesto, es claro que el minimalismo constitucional aporta bondades que no podemos menospreciar. La constitución en su diseño y redacción, por regla, debe ser directa, concreta, clara, precisa, técnica, sin preciosismos inútiles y sin retórica innecesaria que solo son manifestaciones populistas. La constitución debe ser un pacto jurídico-político redactado y diseñado para que todas las ideologías, creencias y pensamientos tengan cabida y no sea un instrumento para el conflicto político y social.

La constitución debe contener exclusivamente los importantes temas constitucionales, a saber, en su parte dogmática, los principios y valores fundamentales que definen al Estado, los derechos subjetivos constitucionales y las garantías de protección y tutela de los mismos, redactados de manera concreta, clara y sin demagogia. En su parte orgánica, la definición del sistema político, la forma de Estado y el sistema de gobierno. Todo ello presentado en su justa medida, permitiendo que la ley desarrolle dicho contenido esencial, para que no se “petrifiquen” ámbitos que requieren dinamismo, flexibilidad y mutabilidad y dejar que la democracia haga su trabajo y los ciudadanos escojan sus modelos ideológicos, sus planes de gobierno, sus programas económicos, financieros y sociales, entre otros, ya que la constitución no debe ser un menú de políticas públicas.

El debate entre maximalismo y minimalismo constitucional resulta apasionante. Propicio es traer a colación la reciente experiencia chilena, donde recientemente han tenido un proceso constituyente que ha dividido al país, sin llegar a aprobar un texto constitucional que logre el consenso necesario. El Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile, Cristóbal Caviedes, sostiene que

“Mientras más larga, detallada, e ideológicamente cargada sea una constitución, mayores son los límites a la democracia. Para decirlo de otra manera, mientras más larga, detallada, e ideológicamente cargada sea una constitución, más poder tienen los jueces y menos poder tienen las autoridades electas por el pueblo; mientras más temas sean regulados en una constitución, menos temas le caben a la ley. Una constitución puede ganarse el reconocimiento de un pueblo no sólo por lo que dice, sino también por lo que no dice.

El proceso constituyente chileno de 2019 a 2023, suscitó la discusión si al país le convenía una constitución larga y espesa, es decir maximalista, o, por el contrario, una constitución minimalista.

Siendo así las cosas, el principal problema de la Constitución chilena no es tanto su ilegitimidad de origen, sino más bien el hecho de que se trata de una constitución larga, detallada, e ideológicamente espesa. En una sociedad moderna y plural como la chilena, en la que no todos tenemos (y probablemente no vamos a tener) las mismas convicciones acerca de lo bueno y de lo justo, Chile necesita una constitución mínima, no una constitución máxima. Lo que Chile precisa es que muchos de los asuntos que actualmente se tratan a nivel constitucional pasen a ser regulados exclusivamente por ley. En suma, a la hora de elaborar nuestra nueva constitución, nuestros mantras deberían ser los mismos de gente como Steve Jobs y Ludwig Mies Van der Rohe. Es decir, “la simplicidad es la máxima sofisticación”, y “menos es más”. En términos arquitectónicos, nuestra nueva constitución no debe ser el equivalente a una catedral barroca, sino más bien el equivalente a un templo budista zen.”¹⁰

Sigue argumentando el Profesor Caviedes, que

“Una constitución mínima, parca en sus aspiraciones, escueta en sus frases, frugal en sus declaraciones valóricas, reticente a imponer un determinado “modelo” de economía y sociedad, y derechamente aburrida de leer (tal como, por ejemplo, lo era la Constitución de 1925), puede ganarse la adhesión de la ciudadanía simplemente porque le abre espacio a la política para cumplir su rol irrenunciable y fundamental: definir hacia donde debemos dirigirnos como sociedad, y establecer los instrumentos para movernos hacia tal dirección. En definitiva, una constitución mínima maximiza la democracia. Una constitución mínima permite que todos nosotros (de derecha y de izquierda; conservadores, liberales y socialistas; agnósticos, ateos y creyentes; personas de género binario y no binario, etc.) podamos convertir nuestras preferencias políticas en ley, siempre y cuando contemos con el apoyo mayoritario de nuestros compatriotas, expresado mediante el voto.”¹¹

Después de esta reflexión, concluimos, si bien la constitución no es ni debe ser la culpable del grado de desarrollo integral de un país, esta puede, sin duda alguna, constituirse en fundamento y base para la seguridad jurídico-institucional

10 Cristóbal Caviedes. “Minimalismo Constitucional”. *El Libero*, 19 de noviembre de 2019. Disponible en <https://ellibero.cl/columnas-de-opinion/cristobal-caviedes-minimalismo-constitucional/> El profesor Caviedes es Director Magíster en Derecho, Universidad Católica del Norte. Antofagasta, Región de Antofagasta, Chile.

11 Ibidem.

y la fortaleza del Estado de derecho y la democracia de un determinado Estado. La constitución es marco de referencia indispensable de un Estado y ella marca parámetros como si de una huella dactilar de un país se tratara.

El Banco Central de Venezuela y el constitucionalismo abusivo

José Ignacio Hernández G.¹

Introducción

La creación del Banco Central de Venezuela, en 1939, respondió al lento proceso de formación del Estado administrativo, como resultado de la centralización iniciada en 1899. Así, hasta entonces, el Estado venezolano no había logrado crear capacidades burocráticas. Pero a partir de 1899 comenzó un lento proceso de creación de tales capacidades, en torno a la formación de la Administración pública nacional. Por ello, el Derecho administrativo, como disciplina separada del Derecho constitucional, surgió precisamente al socaire de las Leyes administrativas creadas para la organización del Estado administrativo.

El fin del gomecismo dio paso a la modernidad del Estado administrativo, marcada por el abandono del dogma libertario que propugnaba un rol básico del Estado centrado en el control del orden público. El llamado *Programa de Febrero*, de 1937, resumió un cambio de visión que pasó por asignar nuevas y mayores tareas al Estado administrativo en la economía. Fue en este contexto que el Estado asumió como cometido la ejecución de la política cambiaria, lo que dio lugar a la creación del Banco Central de Venezuela.

El Banco Central fue creado sin que el Derecho administrativo, apenas incipiente, estuviese sistematizado. Ello dio lugar a un interesante debate ante la entonces Corte Federal y de Casación, que en 1940 desestimó la demanda de nulidad de la Ley del Banco Central, justificando la constitucionalización de la intervención administrativa en la política monetaria, a pesar de que para ello se acudió a las formas societarias del Derecho mercantil. Esta sentencia, además, reflejó el cambio en la Constitución económica, esto es, el marco jurídico funda-

1 Profesor de Derecho administrativo y Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Central de Venezuela. Profesor invitado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra Universidad Castilla-La Mancha y Universidad La Coruña. Asociado, Centro de Estudios Estratégicos e Internacionales, Washington D.C.

mental de la economía. De un sistema predominantemente liberal con funciones muy acotadas del Estado, la Constitución económica pasó a reconocer un mayor rol del Estado, incluso, en la política monetaria.

La forma jurídica de Derecho privado, como interpretó la Corte Suprema de Justicia al amparo de la Constitución de 1961, no impidió catalogar a la actividad del Banco como una actividad administrativa, sujeta al Derecho administrativo. En 1992, la dicotomía ente su forma y su actividad llegó a su fin, pues su organización se adecuó al paradigma conforme al cual la política monetaria debe ser independiente de la política fiscal, en especial, para reducir los incentivos del financiamiento monetario que genera presiones inflacionarias. Para ello, la Ley dictada en ese año organizó al Banco Central como una persona única de Derecho Público, lo que en la práctica se materializó en la ausencia de control de tutela entre el Banco Central y la Administración pública central, reinterpretando el principio de separación de poderes. Este cambio incidió notablemente en la tipología de la organización de la Administración descentralizada, hasta entonces dividida en dos grandes grupos, a saber, los entes con forma de Derecho público (como los institutos autónomos) y con forma de Derecho privado (las empresas públicas con forma societaria). Empero, el Banco Central no podía enmarcarse en esas tipologías pues, pese a tener forma de Derecho público, no estaba adscrito a la Administración central, la cual no ejercía la potestad de autotutela. A nivel comparado, la Ley de 1992 organizó al Banco Central como una “Administración independiente”, para impedir cualquier control que, desde la Administración centralizada, pudiese derivar en mecanismos directos o indirectos de financiamiento monetario.

Este cambio fue elevado a la Constitución de 1999, siguiendo así las mejores prácticas internacionales que aconsejan elevar, a rango constitucional, reglas orientadas a procurar el equilibrio macroeconómico. El fundamento de esta recomendación reside en el entendimiento generalizado de que las normas constitucionales, al ser más estables que las normas legales, otorgan mayor robustez a las reglas macroeconómicas. Por ello, la Constitución también asumió la organización del fondo de estabilización macroeconómica. En su diseño institucional, el Banco Central podía ser considerado como un modelo a seguir.

Empero, la estabilidad de las normas constitucionales es, en realidad, un atributo que depende del funcionamiento del Estado de Derecho. Si tal sistema funciona correctamente, la supremacía constitucional, garantizada por el control judicial, es la salvaguarda última frente a cualquier intento por manipular o violar las normas constitucionales del Banco Central. Pero si tal sistema falla, entonces, las normas constitucionales dejan de ser supremas e inmutables, para pasar a ser moldeables, en especial, a través de los órganos a cargo del control judicial de la

constitucionalidad, como es el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En este contexto institucional, el constitucionalismo abusivo permitiría desnaturalizar las normas sobre política monetaria, en especial, para subordinar a esta a las políticas fiscales adoptadas al margen del sistema de pesos y contrapesos.

Este artículo examina el desmantelamiento de la autonomía del Banco Central desde el constitucionalismo abusivo. Para ello, la primera parte resume el marco constitucional del Banco Central de Venezuela, destacando cómo su organización modificó las tipologías tradicionales de la Administración pública nacional, al crear un ente administrativo que, sin embargo, no estaba adscrito a la Administración central ni, por ende, se sometía a su control de tutela. La segunda parte explica los mecanismos del constitucionalismo abusivo que llevaron a desnaturalizar la autonomía del Banco Central, explicando cómo tales abusos fueron determinantes para erosionar la capacidad del Estado de ejecutar la política monetaria, dando resultado a patologías que reflejan la fragilidad del Estado administrativo, como es la hiperinflación y la dolarización *de facto*. La principal conclusión es que la calidad del diseño constitucional de los bancos centrales y, en general, de las reglas orientadas a procurar el equilibrio macroeconómico, depende en última instancia de la calidad del Estado de Derecho. Si este falla, como sucedió en Venezuela, incluso el mejor diseño constitucional de la política monetaria podrá colapsar.

La constitucionalización de la autonomía del Banco Central de Venezuela y la organización de la administración pública descentralizada

La creación del Banco Central de Venezuela en 1939 respondió a un caso de Derecho administrativo antes del surgimiento del Derecho administrativo como sistema². Esto generó dudas en torno a su naturaleza jurídica, en especial, debido a la forma societaria adquirida. Estas dudas permitieron diferenciar entre las formas jurídicas que adopta la Administración y su régimen jurídico. A pesar de su forma societaria, el Banco Central fue considerado como un ente sometido al Derecho administrativo, y responsable de la conducción de la política monetaria, en el marco de las técnicas de la intervención administrativa en la economía.

El cambio de su forma jurídica en la reforma de la Ley de 1992 y luego, en la Constitución de 1999, apalancaron su independencia política frente al Gobierno

2 Seguimos lo expuesto en Hernández G., José Ignacio, “La creación del Banco Central de Venezuela: Un caso de Derecho Administrativo antes del Derecho Administrativo”, en *Revista Electrónica De Derecho Administrativo Venezolano* n° 21, 2021, pp. 9 y ss.

nacional, o sea, la Administración pública nacional central, configurando al Banco Central como una “administración independiente”. El rango constitucional de esa independencia quiso cumplir una buena recomendación de gobernanza: en la medida en que las instituciones financieras estén reconocidas en la Constitución, su estabilidad estará protegida.

Los debates iniciales en torno a la naturaleza jurídica del Banco Central de Venezuela

El 8 de septiembre de 1939 el entonces Congreso de los Estados Unidos de Venezuela promulgó la *Ley del Banco Central de Venezuela*. Entre otras innovaciones, la Ley estableció la competencia exclusiva y excluyente del Banco Central de emitir moneda, una actividad que hasta entonces era atendida por la libre iniciativa privada. La Ley fue cuestionada ante la Corte Federal y de Casación, la cual desestimó la demanda en sentencia de 20 de diciembre de 1940³.

El Derecho administrativo venezolano ha prestado atención a la Ley del Banco Central de Venezuela de 1939 y la sentencia de la Corte Federal y de Casación de 20 de diciembre de 1940, dentro de la teoría general de la descentralización administrativa funcional. En efecto, la creación del Banco Central generó en su momento -y sigue generando- dudas en torno a su naturaleza jurídica, y en especial, en cuanto a su posible encuadramiento dentro de la Administración pública. Estas dudas se basaron en la forma jurídica adoptada inicialmente, o sea, la sociedad mercantil de capital mixto. De acuerdo con el artículo 1 de la Ley de 1939, el Banco Central fue creado con “*forma de compañía anónima*”, acotándose que “*el Gobierno Nacional suscribirá- siempre la mitad del capital del Banco. La otra mitad se ofrecerá- a suscripción del público*”. El Ejecutivo Nacional -artículos 22 y 24- controlaba la designación del presidente del Banco y de cuatro de sus ocho directores. Esto es, que el Banco fue creado como una sociedad mercantil, figura regulada en el Derecho Mercantil para la realización de actos de comercio.

3 Sobre la creación del Instituto Emisor, véase la obra en dos volúmenes *Documentos relacionados con la creación del Banco Central de Venezuela*, de la Colección Económico Financiera-Serie Histórica del Banco Central de Venezuela, Caracas, 1996. Especialmente, nos remitimos al prólogo preparado por Manuel R. Egaña, y que aparece en el *Tomo I*, p. 5 y ss. Asimismo, sobre la génesis y evolución del Banco Central, con referencias a la legislación, doctrina y jurisprudencia venezolana, véanse nuestros anteriores trabajos, en colaboración con Carlos Hernández Delfino: “El Banco Central de Venezuela”, en *El Derecho Administrativo venezolano en los umbrales del siglo XX. Libro homenaje al Manual de Derecho Administrativo de Eloy Lares Martínez*, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, Caracas, 2006, pp. 287 y ss., y “Reflexiones sobre el régimen de la autonomía del Banco Central de Venezuela”, en *Temas actuales de Derecho Bancario. Libro homenaje a la memoria del Dr. Oswaldo Padrón Amaré*, FUNEDA, Caracas, 2009, pp. 333 y ss.

Empero, las funciones asignadas al Banco -artículo 2- excedían de los actos de comercio.

En efecto, la norma clave en este sentido es el numeral 1 del citado artículo 2, que asignó al Banco la función de “*centralizar la emisión de billetes, estableciendo un sistema uniforme de circulación en el país*”. La “centralización” de la emisión de billetes -entiéndase, de la moneda- implicó además la función de “*regular la circulación monetaria, procurando ajustarla, en todo momento a las legítimas necesidades del mercado nacional*”. El citado artículo 2, igualmente, asignó funciones que no se correspondían con el acto de comercio, como “*centralizar las reservas monetarias del país y vigilar y regular el comercio de oro y de divisas*” (numeral 4); vigilar “*el valor de la unidad monetaria, tanto en su poder adquisitivo interior como en su relación con las monedas extranjeras*” (numeral 5) y “*vigilar y regular el crédito e interés bancarios y promover la liquidez y el buen funcionamiento de los Bancos*” (numeral 6). Otras funciones previstas en el artículo sí correspondían con la noción de acto de comercio, en especial, participar en operaciones de redescuento (numeral 3) y “*efectuar las operaciones bancarias que sean compatibles con su naturaleza de Banco Central y con las limitaciones que se establecen en la presente Ley*” (numeral 10, y con mayor detalle, artículo 47). Los billetes emitidos en exclusividad por el Banco Central de Venezuela tenían -de acuerdo con la Ley de 1939- poder liberatorio, siendo por ello “moneda de curso legal”⁴.

Para ese momento, los billetes -a diferencia de la moneda⁵- eran emitidos por bancos privados, como parte de su giro o tráfico mercantil, en ejercicio de la libertad de empresa, o como entonces se le conocía, la libertad de industria y comercio. Con lo cual, la Ley de 1939 suprimió el derecho de emisión de billetes (o emisión monetaria) de los bancos privados, asignando ese derecho, en exclusividad, al Banco Central⁶.

4 En general, para el régimen jurídico del dinero en Venezuela, vid. Allan Brewer-Carías, “Aspectos del régimen jurídico de la moneda”, en *Revista de Derecho Público* N° 13, Caracas, 1983. pp. 5 y ss., y Rodner, James-Otis, *El dinero. La inflación y las deudas de valor*, Caracas, 1995, pp. 560 y ss.

5 Para ese momento había que diferenciar entre monedas y billetes, como instrumentos de pago. Las monedas estaban reguladas por la Ley de 1918 y su acuñación era privativa del Estado, mientras que los billetes se regularon en la Ley de Bancos de 1936, como parte del giro o tráfico de los bancos. La Ley de 1939 incidió en la emisión de billetes, que fue centralizada en el Banco Central. Luego, en general, la expresión “emisión monetaria”, a partir de 1939, alude a la emisión de títulos que tengan el carácter legal de dinero (sea que se trate de monedas o billetes). La expresión moneda comenzó a confundirse con la expresión jurídica de dinero, como se desprende del artículo 50 citado, lo que se tradujo en el uso de la expresión “papel moneda” (en contraposición a la moneda acuñada).

6 La creación del Banco Central de Venezuela en 1939, prevista en el *Programa de Febrero* como parte de los esfuerzos de modernización del país, se enmarcó en los cambios que, a

Por ello, la Ley de 1939 suprimió el derecho de la iniciativa económica privada a llevar a cabo una específica actividad, derecho que fue asumido, exclusivamente, por el Banco Central de Venezuela. La supresión del derecho de emitir billetes, además, resultó de inmediata aplicación, con lo cual no solo afectó a las emisiones futuras sino también al inventario, el cual fue cedido al Banco Central para asegurar que solo circularan los billetes por este emitidos⁷. La libertad de contratos solo permitía a los bancos y al Banco Central negociar los términos y condiciones de esas operaciones, pero no así la decisión sobre si se cedían o no las emisiones y su respaldo, pues se insiste, se trataba de operaciones coactivas. Empero, el Banco Venezolano de Crédito consideró que la Ley no establecía el deber de ceder las emisiones, el oro en reserva y de suscribir la línea de crédito, a resultas de lo cual se negó a participar en esos actos jurídicos. Por el contrario, todos esos actos solo podían responder al libre acuerdo de voluntades, en especial, por cuanto ellos implicaban la cesión de activos de propiedad privada, como las reservas de oro. El debate fue finalmente resuelto por la Sala de Casación en sentencia de 1947, que avaló la interpretación del Banco Venezolano de Crédito, considerando que las disposiciones legales comentadas establecían el marco jurídico para la celebración de contratos basados en el libre acuerdo de las partes, pues la interpretación contraria -la naturaleza forzosa o coactiva de los actos regulados en la Ley- implicaría una indebida intromisión en la libertad de contratos pero en especial, en la propiedad, pues la cesión equivaldría a una expropiación contraria a la Constitución⁸.

La interpretación de la Sala de Casación demostraba la contradicción entre los principios civilistas y liberales del Derecho Venezolano para ese momento, y el cambio que introdujo la Ley, al regular una forma novedosa de intervención del Estado en la economía. Bajo el prisma del Derecho Privado y la protección de la libertad de contratos y la propiedad privada, la interpretación de la Sala era, sin duda, la adecuada: la Ley debía ser interpretada en el sentido más favorable a la libertad de empresa, y por ende, debía considerarse que todos los actos regulados en la Ley eran negocios jurídicos que dependían de la voluntad de las partes, en tanto resultaba inadmisibles justificar la intervención pública para imponer

nivel mundial, comenzaron a generarse en torno a las políticas macroeconómicas, en buena medida, impulsadas por la Gran Depresión. Con lo cual, la centralización de la emisión monetaria en el Banco Central, en la Ley de 1939, respondió a estos cambios. Véase en especial a Carlos Hernández Delfino, “La creación del Banco Central de Venezuela”, *Revista Tiempo y Espacio. Dossier. Venezuela en el siglo XX desde la transdisciplinariedad*, Caracas, 2020, pp. 68 y ss.

7 Véase en general a Carlos Hernández Delfino, “La creación del Banco Central de Venezuela”, cit., pp. 101 y ss.

8 Carlos Hernández Delfino, “La creación del Banco Central de Venezuela”, cit., p. 106.

deberes en cabeza de los operadores económicos privados. Para ese momento, el concepto de orden público era negativo: la Ley puede limitar el ejercicio de la libertad económica, incluyendo la libertad de contratos, pero en modo alguno podía imponer deberes de actuación.

Estos principios civilistas estaban además aupados por el advenimiento de sociedades mercantiles cuyo capital pertenecía al Estado, o sea, las empresas públicas, que surgieron a fines del gomecismo⁹. Estos principios comenzarían a ceder en 1939, cuando el Estado decidió ampliar su intervención sobre la economía. Pero, en todo caso, para cuando la Ley del Banco Central de Venezuela fue dictada, no existía en Venezuela ningún antecedente que permitiese comprender las transformaciones en el Derecho Público a resultas de la ampliación de las funciones económicas del Estado¹⁰.

La Corte Federal y de Casación se enfrentó a importantes problemas de interpretación al resolver, en sentencia de 20 de diciembre de 1940, la nulidad de la Ley del Banco Central de Venezuela. Entonces no existía en Venezuela un sistema de Derecho Administrativo que permitiese encuadrar conceptualmente la intervención del Estado en la emisión de moneda. Se trató, por ello, de un caso de Derecho Administrativo antes del surgimiento del Derecho Administrativo como sistema.

Las cuestiones de constitucionalidad sometidas a la consideración de la Corte partían de la naturaleza del Banco Central como sociedad mercantil, ante lo cual se alegó que la República no precisaba de una Ley para crear, mediante contrato, tal sociedad. Bajo esta interpretación, la empresa pública era creada mediante un contrato mercantil, o sea, el contrato de sociedad. Empero, tal interpretación no tomaba en cuenta las transformaciones del Derecho mercantil derivadas de la ampliación del rol del Estado en la economía, no solo ante el surgimiento de sociedades de un solo socio -y no basadas por ende en contrato alguno- sino en especial, ante la creación de sociedades para ejercer potestades administrativas que, como tal, requieren de una Ley. Era preciso que el Poder Legislativo, me-

9 Allan R. Brewer-Carías, *Evolución del régimen legal de la economía 1938-1979*, Cámara de Comercio de Valencia, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 29 y ss.

10 El modelo económico venezolano, o sea, las reglas jurídicas que regulan el intercambio de bienes y servicios, los derechos derivados de la libertad de empresa y propiedad privada, y el rol del Estado en la economía, fue civilista y liberal hasta 1939. Desde ese momento el Estado comenzó a intervenir ampliamente en la economía, no solo para limitar el ejercicio de la libertad de empresa sino, además, para gestionar directamente actividades económicas, todo lo cual marcó el tránsito del orden público negativo al orden público positivo. Cfr.: José Ignacio Hernández G., *La libertad de empresas y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, FUNEDA-IESA, Caracas, 2004, pp. 56 y ss.

dian­te Ley, dispu­sie­ra de la creación de tal so­cie­dad para cum­plir las fun­cio­nes pro­pias de la ban­ca cen­tral¹¹.

La Ley de 1939 ha­bía dis­pues­to la creación de una so­cie­dad mer­can­til, para lo cual era ne­ce­sa­rio ce­le­brar los cor­res­pon­dientes ac­tos cor­po­ra­tivos, que no re­spon­dían en­ton­ces a la vo­lun­tad del Po­der Ejecuti­vo si­no a la vo­lun­tad del Le­gis­la­dor. Es com­pren­si­ble, por ello, que tal de­ci­sión ha­ya si­do cues­ti­o­na­da al con­si­de­rar que, en su­ma, la ges­tión eco­nó­mica di­rec­ta ejer­ci­da por me­dio del Ban­co Cen­tral no ha­bía re­spon­di­do a la fun­ción ad­mi­ni­stra­ti­va pro­pia del Po­der Ejecuti­vo, si­no a la de­ci­sión del Le­gis­la­dor. Tie­mpo des­pués la doc­tri­na ve­ne­zo­la­na acu­ñó la ex­pre­sión “so­cie­da­des crea­das por Ley” para des­cri­bir, pre­ci­sa­men­te, el pecu­liar caso de so­cie­da­des mer­can­tiles crea­das por dis­po­si­ción de la Ley y no por vo­lun­tad del Ejecuti­vo. Pero en 1939 esta era una si­tuación des­conoci­da¹².

Estas mis­mas ra­zo­nes lle­va­ron a cues­ti­o­nar la po­tes­tad re­gu­la­to­ria del Ban­co Cen­tral, por ejem­plo, en ma­te­ria de cir­cu­la­ción mo­ne­ta­ria. Tal re­gu­la­ción -se alegó- es com­pe­ten­cia del Po­der Le­gis­la­ti­vo y en mo­do al­gu­no pue­de ser dic­ta­da por una so­cie­dad mer­can­til. Aquí la Corte pro­nunció una de sus prin­ci­pales con­clu­sio­nes:

“Y con­viene su­bray­ar que el Ban­co Cen­tral no es de na­tu­ra­leza pri­va­da. Ad­viér­tase que, de acuer­do con la Ley, su ca­pi­tal ha de ser su­mi­nis­tra­do no sólo por el pú­bli­co si­no tam­bién por el Go­bi­er­no Na­cio­nal. Ad­viér­tase, además, que el Go­bi­er­no Na­cio­nal no pue­de ena­je­nar si­no las ac­cio­nes que tenga que sus­cri­bir por no ha­ber­lo he­cho el pú­bli­co. Bien se ve que un Ban­co pri­va­do es de una or­ga­ni­za­ción com­ple­ta­men­te di­ver­sa”.

Para ese mo­men­to, tal con­clu­sión era po­co com­pren­si­ble. El Ban­co Cen­tral era, por dis­po­si­ción de la Ley, una so­cie­dad mer­can­til, más en con­cre­to, una com­pa­ñía anóni­ma cu­yos ac­tos, por ende, de­ben re­pu­tar­se como ac­tos de co­mer­cio. Para en­ton­ces, la po­ca ex­pe­rien­cia con em­pre­sas del Es­tado acre­di­ta­ba que

- 11 Con lo cual, la creación del Banco Central no re­spon­día al con­trato de so­cie­dad, como su­cede con las so­cie­da­des mer­can­tiles, si­no a la de­ci­sión del Po­der Le­gis­la­dor, quien creó a tal Ban­co y, además, con­fió a la “Comi­sión Or­ga­ni­za­do­ra del Ban­co Cen­tral de Ve­ne­zuela” la eje­cu­ción de los ac­tos ne­ce­sa­rios para la efec­ti­va con­sti­tu­ción de tal so­cie­dad. De acuer­do con la sen­ten­cia, “si la Ad­mi­ni­stra­ción debe ce­le­brar con­tra­tos para re­a­li­zar el fin su­pre­mo de la Ley, tales con­tra­tos son se­cu­ela for­zo­sa del ac­to le­gis­la­ti­vo, cum­pli­mien­to de la Ley”. No se trató, así, de la ce­le­bra­ción de un con­trato de in­te­rés ge­ne­ral que el Po­der Ejecuti­vo so­mete al con­tro­l del Po­der Le­gis­la­ti­vo, ni mu­cho me­nos de un con­trato sus­cri­to por vo­lun­tad del Po­der Le­gis­la­ti­vo, usur­pan­do com­pe­ten­cias pro­pias del Ejecuti­vo. En re­a­li­dad, el Po­der Le­gis­la­ti­vo ac­tuó en el ám­bi­to de sus fun­cio­nes para le­gis­lar la eco­nó­mia, a cu­yo efec­to dis­puso la creación del Ban­co Cen­tral, ba­jo la for­ma de so­cie­dad mer­can­til.
- 12 Allan Brewer-Carías, *Prin­ci­pios del ré­gi­men ju­rí­di­co de la or­ga­ni­za­ción ad­mi­ni­stra­ti­va*, Edi­to­rial Ju­rí­di­ca Ve­ne­zo­la­na Ca­ra­cas, 1991, pp. 120 y ss.

las sociedades bajo control del Estado ejercían actividad comercial. Pero en este caso, una compañía anónima ejercía funciones de regulación. La justificación dada por la Corte fue que el capital social de tal compañía es suscrito por el Estado, pero ello nada dice sobre la atribución de potestades públicas a una sociedad mercantil.

Lo que no pudo decidir la Corte, pues no había para entonces el marco teórico, era que el Banco Central, ciertamente, no era de naturaleza privada, y no solo por la participación accionarial del Estado -circunstancia en la cual participan las empresas públicas- sino en especial, por la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, y que excedían del acto de comercio, al orientarse a materializar el principio de centralización de las reservas monetarias del país. Al interpretar esa centralización, la Corte contradice su propia conclusión, pues observa que tal centralización no es imperativa sino consensual, o sea, basada en la autonomía de la voluntad de las partes:

“Es evidente que el Banco para cumplir este objeto no ha de practicar sino las operaciones y negocios requeridos por el movimiento comercial e industrial y de relaciones civiles de la República, no pudiendo concebirse ninguna presión ni actuación que sea incompatible con el consentimiento básico de las respectivas convenciones y contratos. Y claro que la característica de convencional que, de consiguiente, ha de ostentar y realizar la centralización, obra esta continua y compleja, por cinco años, excluye toda idea, o mejor, toda posibilidad de expropiación, y de embargo, y, naturalmente, toda actividad que no se compadezca con el respeto constitucional del derecho de propiedad en Venezuela”

Además, la Corte consideró que, debido a su forma mercantil, las actividades a cargo del Banco Central eran resultado del derecho que permite emprender actividades económicas. Sin embargo, en tanto el Estado era accionista de al menos la mitad del capital social, el Banco Central también reflejaba la intervención pública en la economía:

“Observa, además, el Tribunal que, a pesar de que el liberalismo económico, en el orden jurídico nacional, es, fundamentalmente, el sistema que preside en la economía general, esta se resiente, sin embargo, de contraproducentes resultados, por lo cual la previsión administrativa ha tenido que abrirle paso dentro del constitucionalismo nacional, a la intervención del Estado para contrarrestar, en lo posible, la crisis económica que refleja en el país la convulsión reinante en los antiguos continentes”

Lo que la Corte denomina “liberalismo económico” era la economía de mercado, basada en el postulado conforme al cual el intercambio de bienes y servicios corresponde a la libre iniciativa económica privada, sin otras limitaciones que las

establecidas en la Ley para restringir, de manera excepcional, conductas consideradas contrarias al orden público, típicamente en relaciones contractuales. Pero la sentencia advierte que el Estado también puede intervenir en los agregados económicos, esto es, con la macroeconómica, en especial, en lo que respecta a la emisión monetaria. Esa intervención económica estaba reflejada en la Constitución de 1936, cuyas cláusulas económicas -artículo 32- reconocían incipientes títulos habilitantes para intervenir en la economía.

De Administración pública con forma de Derecho privado a Administración independiente

Desde su creación en 1939, el Banco Central fue una Administración pública descentralizada con forma de Derecho privado. Allan R. Brewer-Carías concluyó, en 1971, que el Banco Central de Venezuela era una *persona pública de carácter asociativa*, esto es, un establecimiento público asociativo de economía mixta¹³. El rasgo distintivo en esta primera forma fue la organización del Banco como una *sociedad mixta*, dado que su capital social, en igualdad de condiciones, se repartía entre el sector público y el sector privado. Con ello se intentó preservar la autonomía de acción del Instituto, objetivo que se pretendió alcanzar a través de instrumentos propios del Derecho Privado, esto es, permitiendo la participación accionarial del sector privado quien ejercería, consecuentemente, un control sobre la actuación del Ejecutivo Nacional, accionista también del mencionado Instituto. La naturaleza jurídica del Banco Central se agotaba, entonces, con lo aquí expuesto: sociedad mercantil creada por Ley, sometida al Derecho Público, en lo que atañe al ejercicio de sus potestades monetarias, y al Derecho Privado, en lo que respecta a la realización de actos de comercio.

El 26 de noviembre de 1974 fue promulgada la *Ley del Banco Central de Venezuela*, la cual –como refirió el *Informe Económico* de ese año– introdujo una modificación sustancial del régimen jurídico aplicable al Instituto emisor. El matiz de la reforma se desprende del artículo 1 de la Ley, el cual acotó que el Banco Central de Venezuela es “*una persona jurídica pública con la forma de compañía anónima*”. La composición de su capital social fue sustancialmente modificada, al preverse, en el artículo 8, que “*con excepción del Estado ninguna persona natural o jurídica podrá ser propietaria de acciones del Banco*”. La anterior disposición otorgó, al Poder Ejecutivo, el control directo sobre la gestión del Banco: siendo el Estado su único accionista, a él correspondía designar a *todos* los directores del

13 Véase la opinión de Brewer-Carías en la Comunicación N° 1165 de 19 de noviembre de 1971, suscrita en su condición de Presidente de la Comisión de Administración Pública, editada en *Informe sobre la Reforma de la Administración Pública Nacional, Tomo I*, Comisión de Administración Pública, Caracas, 1972, pp. 611 y ss.

Instituto. De allí que la reforma haya sido catalogada de *nacionalización*¹⁴. Paradójicamente, sin embargo, el artículo 67 de la Ley reconoció al Banco Central de Venezuela “*autonomía en lo concerniente a la definición de las políticas de la institución y a la ejecución de sus operaciones*”. Disposición paradójica, señalamos, pues la autonomía del Banco Central de Venezuela se predicó respecto de su único accionista.

Fue al amparo de este régimen jurídico que la jurisprudencia elaboró el criterio, más difundido, acerca de la naturaleza jurídica del Banco Central de Venezuela. Así, la Sala Político-Administrativa, en sentencia de 19 de febrero de 1981, caso *Henry Pereira Gorrín*, aceptó que el Banco Central de Venezuela “...*constituye un establecimiento público asociativo que forma parte de la Administración Descentralizada*”. En posterior sentencia de 18 de julio de 1985, caso *Leopoldo Díaz Bruzual*, la Sala afinó su anterior criterio. De tal manera, sostiene la sentencia, en su creación el Banco fue constituido como “una persona de derecho privado”, facultada para ejercer potestades de Derecho Público:

“...se trata de un ente público pero constituido por la ley respectiva con la forma de compañía anónima. Pero ni el elemento sustancial ni el formal que lo caracterizan, permite afirmar que el Banco Central de Venezuela deba ser regido exclusivamente por normas de Derecho Público, ni tampoco es cierto que está sujeto únicamente a disposiciones de Derecho Privado...”.

Partiendo de esa aseveración, la Sala concluyó que la remoción del Presidente del Banco Central de Venezuela era una decisión basada exclusivamente en el Derecho Privado y, por lo tanto, no podía ser recurrida ante el orden contencioso administrativo. Como puede observarse, dos fueron los aspectos abordados por la sentencia comentada: la naturaleza jurídica del Banco Central de Venezuela y su régimen jurídico.

En cuanto a lo primero, la sentencia, en términos bastantes contradictorios, señala que el Banco Central de Venezuela es un *ente público* pero constituido como *persona jurídica*. Más precisa es, sin duda, la afirmación que previamente había sostenido la propia Sala, en cuanto a que el Banco Central es un *ente público asociativo*, propuesta que coincide con la posición que había afirmado

14 Esa “nacionalización” produjo, consecuentemente, mayor control del Gobierno (vid. Rafael Crazut, *El Banco Central de Venezuela. Notas sobre su historia y evolución 1940-1980*, cit., p. 103). Para Carlos Rafael Silva, esa mayor injerencia no devino tanto de la comentada “nacionalización”, sino de la composición del directorio: la sistemática designación de los miembros del Gabinete Ejecutivo como directores del ente emisor, fue “la verdadera mutilación de la autonomía de acción del Instituto” (*Medio siglo del Banco Central de Venezuela*, Academia Nacional de Ciencias Económicas, Caracas, 1994, p. 53).

Brewer-Carías¹⁵. Y fue sobre la base de ese pretendido carácter privado que la Sala, en cuestionable decisión, concluyó que el Derecho Privado regía a los actos del Banco anclados en su naturaleza de sociedad mercantil, tal y como sucede con la remoción de su Presidente¹⁶.

Lo cuestionable de la decisión es, en nuestro criterio, la confusión entre la *naturaleza jurídica* del Banco Central de Venezuela y su *régimen jurídico*. Sabido es que la forma jurídica de Derecho Público o de Derecho Privado con la que se revisten ciertos entes administrativos creados por el Estado, nada dice acerca del régimen jurídico que le es propio. Lo que cabe referir, por supuesto, es a la aplicación *preponderante* de determinado ordenamiento. Y era sobre la base de esta distinción que la Sala Político-Administrativa ha debido valorar si la decisión recurrida era o no un acto derivado de las normas de Derecho Público aplicables al Banco Central de Venezuela.

En todo caso, el cambio más importante en la naturaleza jurídica del Banco Central provino de la Ley de 1992, al reconocerse sustantivamente su “autonomía”, pero –y he aquí la diferencia– con mecanismos llamados a asegurarla. Para tales efectos, y como primera medida, se abandonó la forma de sociedad mercantil, al proclamar en el artículo 1 de la Ley que el Banco Central es “*una persona jurídica pública de naturaleza única*”. La segunda medida adoptada fue la supresión de cualquier vínculo de dirección entre el Banco Central y la Administración pública central, con lo cual la autonomía del Directorio, prevista en el artículo 22, fue efectivamente garantizada, situación muy distinta a la derivada de la Ley de 1974. Y la tercera fue la disminución del número de funcionarios ministeriales como miembros del Directorio a sólo uno de rango ministerial –distinto del Ministro de Finanzas– y la eliminación de representantes sectoriales, pues este cuerpo debía quedar integrado por venezolanos que reunieran las credenciales de formación y experiencia que exigía la Ley, designados por un término y solo destituibles por causas tasadas.

15 En sentido concordante véase también a Hildegard Rondón de Sansó, *Teoría general de la actividad administrativa*, Caracas, 1995, p. 219, así como la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 30 de marzo de 1989.

16 La citada decisión ha sido catalogada de errada e incongruente. Cfr.: Allan Brewer-Carías, “La actividad administrativa y su régimen jurídico. Sentido de la interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado”, en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*, FUNEDA, Caracas, 1996, p. 58. Otra crítica puede ser vista en Claudia Nikken, “La naturaleza jurídica del Banco Central de Venezuela”, en *Revista de Derecho Público número 63-64*, Caracas, 1995, pp. 513 y ss. Asimismo, vid. Giuseppe Rosito Arbia, “Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del Banco Central de Venezuela”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello* n° 46, 1993, pp. 363 y ss.

La expresión *persona jurídica pública de naturaleza única* es ciertamente esquivia. Ella, sin embargo, tiene un directo anclaje en el explícito abandono de la forma tradicional de sociedad anónima y en la asunción de un modelo principalmente *fundacional*, que es, se observa, el propio de los institutos autónomos. Pero, y a diferencia de éstos, no existe, entre el Banco Central de Venezuela y la Administración Pública Central, la *adscripción* ni la *potestad de tutela*, signos característicos e identificadores de los institutos autónomos¹⁷. Ausencia de control de tutela que refuerza la autonomía funcional del Instituto Emisor, elemento clave para el eficaz cumplimiento de los objetivos de todo banco central¹⁸.

Aun así, la doctrina y jurisprudencia no han sido contestes en calificar la naturaleza jurídica del Banco Central de Venezuela a raíz de la reforma de 1992. José Benjamín Escobar Chirinos ha sostenido que la Ley de 1992 reconoció “la singularidad” del régimen jurídico aplicable al Banco Central, no “equiparable al de los institutos autónomos ni al de las llamadas personas públicas asociativas”¹⁹. Allan R. Brewer-Carías, por su cuenta, ha reiterado la inicial posición que había sostenido, al catalogar al Banco Central como “persona de derecho público asociativo con forma de sociedad anónima”²⁰. Por su parte, la jurisprudencia insistió en catalogar al Banco Central como establecimiento público asociativo (sentencias de la Sala Político-Administrativa de 30 de noviembre de 1995, caso *Seguros Saint Paul*; y de 28 de noviembre de 1996, caso *Transporte Manayk*).

La naturaleza única del Banco Central quiso realzar, por un lado, el abandono de la forma societaria de Derecho privado y, por el otro, la distinción con la figura del instituto autónomo, ante la ausencia de adscripción y tutela. Con lo cual, la Ley de 1992 innovó en la clasificación tradicional de la Administración

17 Al punto que la doctrina ha aceptado que la diferencia entre los institutos autónomos y el Banco Central de Venezuela estriba, precisamente, en la ausencia de adscripción y de control de tutela. Cfr.: Rafael Badell Madrid, “Consideraciones sobre el régimen jurídico del Banco Central en el Derecho Comparado”, en *Venezuela en Oxford. 25 años de la Cátedra Andrés Bello en el St. Anthony's College de la Universidad de Oxford*, Caracas, 2000, pp. 661 y ss., así como Jesús Caballero Ortiz, *Los institutos autónomos*, Editorial Jurídica Venezolana- FUNEDA, Caracas, 1995, pp. 42 y ss.

18 La autonomía reconocida en la Ley de 1992 no se reducía, por supuesto, a los aspectos que aquí se tratan. Sobre ello, vid. José Benjamín Escobar, “Intervención”, en *Economía y Derecho Constitucional. Foros. Revista Banco Central de Venezuela*, número 4, Caracas, 1999, pp. 159 y ss.

19 *Jurisprudencia del Máximo Tribunal de la República relacionada con el Banco Central de Venezuela (1940-1993)*, Tomo I, cit., p. IV.

20 “La actividad administrativa y su régimen jurídico. Sentido de la interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado”, cit., p. 29. El autor vuelve sobre su posición en “Introducción general al régimen jurídico de la Administración Pública”, en *Ley Orgánica de la Administración Pública*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, p. 63.

pública descentralizada, que hasta entonces comprendía a los entes con forma de Derecho privado y de Derecho público, y dentro de éstos, a los institutos autónomos. Acudiendo al Derecho comparado, el cambio de 1992 organizó al Banco Central como una “Administración independiente”, o sea, como un ente administrativo no adscrito a la Administración pública central, la cual tampoco ejerce potestad de tutela. La máxima autoridad de estos entes es colegiada, y su designación se basa en criterios técnicos, sujetos a control previo parlamentario. Además, los funcionarios de esta máxima autoridad se designan por un término fijo, y solo puede ser destituidos por causas tasadas²¹.

Más que autonomía, en sentido técnico, la nota distintiva del Banco Central luego de su reforma de 1992, y desde el punto de vista jurídico, fue su independencia frente al Gobierno, o sea, la Administración pública nacional central. Tal independencia, o tanto mejor, autarquía, fue una garantía institucional orientada a reducir la injerencia del Gobierno en la política monetaria, especialmente, evitando el llamado financiamiento monetario, o sea, la emisión monetaria orientada a cubrir el gasto público, en especial, en contextos de déficit fiscal. Tal financiamiento genera incentivos para desórdenes macroeconómicos como la inflación²².

El constitucionalismo abusivo para dismantelar la autonomía del Banco Central y la fragilidad estatal: entre la hiperinflación y la dolarización de facto

La independencia del Banco Central fue llevada a la Constitución de 1999, lo que fue, sin duda, una reforma acertada, en la medida en que la constitucionalización del Instituto Emisor como Administración independiente, reducía la posibilidad de revertir tal independencia vía reformas legislativas. En general, las reglas que promueven la estabilidad macroeconómica tenderán a ser más estables si están definidas en la Constitución.

Pero esta premisa presupone la estabilidad de la Constitución, lo que es consecuencia de la calidad del Estado de Derecho. Si esta calidad se resquebraja, la interpretación de la Constitución puede derivar, en la práctica, en cambios o

21 Véase lo que hemos explicado en José Ignacio Hernández G., “Hiperpresidencialismo y administración económica fallida en América Latina”, en Bernardo Carvajal Sánchezy Aníbal Zárate Pérez (ed), *Balance y desafíos del Estado regulador, supervisor, promotor y empresario. Tomo I. Acción pública económica y Estado regulador*, Universidad Externado, Bogotá, 2023, pp. 45 y ss.

22 Carlos Hernández Delfino, y José Ignacio Hernández G., “Reflexiones sobre el régimen de la autonomía del Banco Central de Venezuela”, cit.

mutaciones que dejen sin efecto las reglas fiscales, y en especial, la independencia del Banco Central. Este es, precisamente, el caso de Venezuela, debido al constitucionalismo abusivo que eliminó la independencia del Banco Central y, con ello, creó condiciones institucionales favorables para desórdenes macroeconómicos que, en suma, han resultado lesivos a los derechos humanos.

La constitucionalización de la independencia del Banco Central

La Constitución de 1999 reconoció la independencia del Banco Central. Así, el artículo 318 de la Constitución reconoce la existencia del Banco Central de Venezuela, el cual es concebido como una “...*persona jurídica de derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia...*”. Nada se dijo acerca de la *naturaleza jurídica única* del Banco Central; en todo caso, se recalco la *autonomía* de dicho ente para el ejercicio de las funciones que le son propias.

No es extraño que la Constitución se ocupe, directamente, de la existencia misma de los bancos centrales²³. Ello responde a la técnica de las garantías institucionales, formulada por Carl Schmitt: la Constitución asume la protección de determinada institución, cuyos contornos básicos son delineados directamente por el constituyente, de suerte tal que al Legislador le queda vedado modificar la regulación que, sobre la referida institución, ha llevado a cabo la propia Constitución²⁴. El artículo 318 de la Constitución garantiza, entonces, la existencia de la institución del Banco Central de Venezuela, de suerte tal que los trazos conforme a los cuales el constituyente delineó tal figura no podrían, al menos en teoría, ser luego obviados por el Legislador. En especial, la garantía institucional opera respecto de la independencia constitucionalmente declarada del Banco Central²⁵.

Esta independencia es tratada muy incompletamente, en todo caso: se proclama la autonomía del Banco Central de Venezuela, pero no se especifica *respecto*

23 Para un estudio del tratamiento constitucional dado a los bancos centrales, vid. José Benjamín Escobar, “La regulación del Banco Central con rango constitucional”, en *Venezuela en Oxford. 25 años de la Cátedra Andrés Bello en el St. Anthony’s College de la Universidad de Oxford*, cit., pp. 209 y ss.

24 En relación con la figura de la garantía institucional, vid. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad, Madrid, 1992, pp. 175 y ss., así como a Luciano Parejo Alfonso, *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid, 1981, p. 24. Entre nosotros, vid. Jacqueline Lejarza, “Las garantías institucionales y el Amparo Constitucional”, en *Revista de Derecho Administrativo número 4*, Caracas, 1998, pp. 361 y ss.

25 Para Escobar, la definición de la autonomía del Banco Central con rango constitucional “... se convertiría en barrera de la propia acción legislativa, a fin de que, a través de otras Leyes de la República, no se establezcan mecanismos cuya aplicación en la realidad obstaculicen las acciones de política del Banco en su objetivo de estabilización monetaria...” (“La regulación del Banco Central con rango constitucional”, cit., p. 237).

de qué es autónomo el Instituto Emisor. La respuesta a esa interrogante viene determinada por el artículo 320: en el ejercicio de sus funciones –proclama la norma constitucional– el Banco Central de Venezuela “...no estará subordinado a directivas del Poder Ejecutivo y no podrá convalidar o financiar políticas fiscales deficitarias...”. El Banco Central de Venezuela es, por ende, independiente frente al Poder Ejecutivo por así disponerlo el artículo 320 y, además, *independiente respecto del resto de los órganos del Poder Público*, como manifestación del principio de separación de poderes recogido en el artículo 136. Pues lo cierto es que el Banco Central de Venezuela no constituye orgánicamente un Poder: él, por definición, ha de insertarse dentro del Poder Ejecutivo, aun cuando goza de autonomía, también, respecto de los órganos y entes que integran a tal Poder²⁶.

Brewer-Carías advirtió que la autonomía del Banco Central de Venezuela “... se encuentra limitada por las regulaciones que la propia Constitución establece con la previsión de responsabilidades y de normas de control; y además, por la remisión a la Ley, a tal punto, que puede neutralizarse completamente, politizándose la gestión del Instituto (...) con este esquema constitucional, la consagrada autonomía del Banco Central de Venezuela puede ser minimizada, pudiendo abrirse campo a la politización de la Institución...”²⁷. Tal observación, como se verá, resultó más que acertada.

El nuevo régimen constitucional del Banco Central fue desarrollado en la Ley de 2001²⁸. De acuerdo con su artículo 2, la autonomía alcanzó a la formulación

26 La penta-división del Poder Público en la Constitución de 1999 contempló al Poder Ejecutivo como conjunto orgánico distinto al Poder Electoral y Ciudadano, aun cuando, funcionalmente, todos ellos ejercen la función administrativa. El Banco Central de Venezuela, por ende, no es un Poder Público, en sí mismo, y tampoco puede encuadrarse, orgánicamente, dentro del Poder Electoral y Ciudadano. Forma parte, por tanto, del complejo heterogéneo que integra al Poder Ejecutivo, aun cuando sus funciones serán ejercidas con autonomía respecto de éste. Cabe destacar que, en el pensamiento de Manuel R. Egaña, siempre estuvo presente la importancia que representaba la autonomía del Banco Central; incluso, llegó a postular que el Banco Central debía ser considerado un Poder del Estado (“Prólogo”, en *Documentos relacionados con la creación del Banco Central de Venezuela*, cit., p. 10). La Constitución de 1999 reconoció esa autonomía, pero no equiparó al Banco Central al rango de Poder Público. Sobre esta discusión, véase a Isabel Medina Ortiz, “Comentarios acerca de las normas constitucionales y legales que regulan el funcionamiento del Banco Central de Venezuela”, en *Revista del Tribunal Supremo de Justicia* número 8, Caracas, 2003, p. 358. En general, sobre la peculiar división de Poderes en la Constitución de 1999, vid. Allan Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el régimen constitucional de la organización y funcionamiento de los Poderes Públicos”, en *Revista Derecho y Sociedad* número 2, Universidad Monteávila, Caracas, 2001, pp. 135 y ss.

27 *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano, Tomo II*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 846 y ss.

28 Gaceta Oficial N° 37.296 de 3 de octubre de 2001.

y el ejercicio de las políticas de su competencia, con lo cual, “*en el ejercicio de sus funciones, el Banco Central de Venezuela no está subordinado a directrices del Poder Ejecutivo*”. Tales “funciones” aparecieron descritas en el artículo 7, cuyo numeral 1 le atribuye la formulación y ejecución de la política monetaria, que constituye, de esa manera, el núcleo duro de la autonomía constitucionalmente garantizada del Banco Central.

Interesa destacar que, en previsión de la disposición transitoria cuarta, apartado octavo de la Constitución, la Ley de 2001 reguló la composición de la máxima autoridad del Banco Central –el directorio– asegurando su estabilidad y el control de la Asamblea Nacional en la designación de directores. Asimismo, según el artículo 36, la autonomía del Banco se protegió a través de la prohibición de “*acordar la convalidación o financiamiento monetario de políticas fiscales deficitarias*”. Nótese cómo, al igual que la Constitución, el Legislador aludió a dos términos diferentes: convalidación o financiamiento, lo que realza que también corresponde al Banco Central controlar la ejecución de políticas fiscales deficitarias por parte del Ejecutivo Nacional. De allí que no pueda, conforme al numeral 2, otorgar créditos al Ejecutivo ni tampoco, en un sentido estricto, relajar la política monetaria para facilitar el financiamiento del Ejecutivo, pues con ello estaría incumpliendo con su objeto.

En resumen, en la Ley de 2001 el Banco Central quedó sometido a técnicas de control por parte de la Asamblea Nacional, quien además debía controlar el cumplimiento razonable de sus objetivos y metas, so pena de acordar la destitución de su directorio (artículo 27). Se observa que el control de la Asamblea Nacional debe interpretarse como garantía de la autonomía del Instituto Emisor respecto del Gobierno, pero sin que ello pueda derivar en una indebida injerencia del Poder Legislativo sobre el Banco, pues tal injerencia violaría no tanto su autonomía –que insistimos, se predica solo respecto del Gobierno– sino el principio de separación de poderes.

El constitucionalismo abusivo que dismanteló la independencia del Banco Central, en violación a los derechos humanos

Ahora bien, desde el 2001, a través de diversas reformas legislativas, se ha modificado el régimen del Instituto Emisor, a fin de reducir su e incrementar su dependencia al Gobierno, en violación a su estatuto constitucional. Aun cuando escapa de los límites de este artículo el análisis completo de esa evolución, sí interesa destacar sus trazos generales.

.-De tal manera, la *primera* reforma de la Ley es de 2002²⁹, orientada básicamente a un aspecto puramente formal: el ejercicio fiscal del instituto emisor. Empero, la reforma dispuso que el Banco Central entregará las *utilidades* declaradas en el período –previa deducción de las reservas de Ley– a la Tesorería Nacional, cuyo cálculo se supeditó a las normas dictadas por la entonces Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Con este régimen se abrió espacio para establecer el marco dentro del cual el Banco Central podría transferir recursos, sin contraprestación, al Ejecutivo Nacional, en violación a la Constitución, en tanto esa transferencia es una forma de financiamiento monetario contrario al mandato constitucional de “*lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria*”.

.- La *segunda* reforma, de 2005³⁰, introdujo dos modificaciones trascendentales: (i) la inclusión del concepto de *nivel adecuado de las reservas internacionales*, y (ii) la modificación del régimen de divisas aplicables a Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA). Respecto a lo primero, la disposición transitoria décima de la Ley dispuso la transferencia, por única vez, de las así llamadas “reservas excedentarias”, a favor de un Fondo especial, para “*el financiamiento de proyectos de inversión en la economía real y en la educación y la salud; el mejoramiento del perfil y saldo de la deuda pública externa; así como, la atención de situaciones especiales y estratégicas*”, esto es, el Fondo de Desarrollo Nacional (FONDEN)³¹.

En cuanto a lo segundo, se afectó el régimen legal de la administración de las reservas internacionales al modificarse, sensiblemente, la regulación aplicable a las divisas “*que se obtengan por concepto de exportaciones de hidrocarburos, gaseosos y otras*”. A pesar de que el artículo 113 reformado preservó el principio que impone la venta obligatoria de esas divisas al Banco Central, el artículo dispuso que las divisas provenientes de la actividad llevada a cabo por PDVSA serán administradas por esta directamente, salvo las divisas que sean vendidas “*por las cantidades necesarias a los fines de atender los gastos operativos y de funcionamiento en el país de dicha empresa; y las contribuciones fiscales a las que está obligada*”. Se invirtió así la regla tradicional que imperaba hasta la Ley de 2001. Antes, PDVSA debía vender *todas* las divisas, salvo aquellas indispensables para gastos operativos; ahora,

29 Gaceta Oficial número 5.606 extraordinario de 18 de octubre de 2002.

30 Gaceta Oficial N° 38.232 de 20 de julio de 2005.

31 En ejecución de esa norma se creó el FONDEN, como empresa pública mediante Decreto N° 3.854, Gaceta Oficial N° 38.261 de 30 de agosto de 2005. En general, vid. Manuel Rachadell, *Socialismo del Siglo XXI. Análisis de la Reforma Constitucional propuesta por el Presidente Chávez en agosto de 2007*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2007, pp. 56 y ss.

podrá administrar esas divisas, salvo aquellas vendidas para atender sus gastos en moneda de curso legal.

Con el remanente de divisas, PDVSA realizaría dos operaciones: (i) mantener fondos en divisas, con opinión favorable del Banco, a los efectos de cumplir con sus pagos operativos y de inversión en el exterior, y (ii) transferir “*mensualmente al Fondo que el Ejecutivo Nacional creará a los fines del financiamiento de proyectos de inversión en la economía real y en la educación y la salud; el mejoramiento del perfil y saldo de la deuda pública; así como, la atención de situaciones especiales y estratégicas*”. Es decir, la transferencia de recursos al FONDEN.

No es posible entender el colapso institucional y económico en Venezuela sin analizar la reforma de 2005. Debido a la dependencia de la economía venezolana al petróleo, de manera tradicional y para el momento en el cual la reforma legal fue aprobada, la práctica totalidad de las divisas de exportación provenían del petróleo. La Ley Orgánica de Hidrocarburos reservó a PDVSA y sus filiales la comercialización de petróleo, lo que implica que PDVSA captura la totalidad de las divisas de exportación. La autonomía de PDVSA fue limitada mediante la regla fiscal que estableció el deber de vender todas estas divisas al Banco Central, salvo aquellas que la industria petrolera requiere para realizar inversiones y sufragar gastos. El sentido económico de esta regla es concentrar los petro-dólares en el Banco Central, como administrador de las reservas, mientras que PDVSA manejaría fondos en bolívares, en especial, para el pago de las contribuciones fiscales al Ejecutivo, a través de regalías, ventajas especiales, tributos y dividendos. La autonomía del Banco Central impediría el uso político de los petro-dólares, creando condiciones adecuadas para el sostenimiento de las reservas internacionales.

Esta regla fiscal se complementó con las disposiciones que desarrollaron al Fondo de Estabilización Macroeconómica creado en la Constitución de 1999³². El Fondo es lo que se conoce como un fondo soberano de inversión, que puede cumplir varios propósitos, aun cuando hay uno preponderante: asegurar la correcta gestión de ingresos derivados de actividades de exportación que resultan determinantes en la economía, para prevenir desequilibrios macroeconómicos³³. Como el ingreso petrolero es una renta que se capta en divisas en el mercado internacional, marcado por la inestabilidad de precios, las políticas fiscales pueden

32 José Ignacio Hernández G., “Aspectos institucionales para la creación del fondo petrolero para Venezuela”, en Balza, Roland et al. (coordinadores), *Petróleo y extractivismo en Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2021, pp. 397 y ss. Véase lo que explicamos en el quinto capítulo, sección 6.

33 Ricardo Hausmann, “Implicaciones de los fondos para la estabilidad macroeconómica en Venezuela”, en Rivero, Luis (ed), *Fondos de Estabilización Macroeconómica*, Banco Central de Venezuela, Caracas, 2001, pp. 241 y ss.

tener una orientación cíclica: en épocas de auge del precio se expande el gasto y el endeudamiento, lo que da lugar a recortes fiscales cuando el precio colapsa. Para prevenir este ciclo, la Constitución desarrolló al Fondo, siguiendo al fondo creado en 1998, en la *Ley que crea el Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica*. En realidad, el Fondo de Estabilización Macroeconómica solo fue creado en 2003, extinguiéndose así el Fondo de Inversión para la Estabilización Macroeconómica. De esa manera, y, en síntesis, el Fondo es un patrimonio separado administrado por el Banco Central, basado en reglas fiscales de ahorro y gasto que propenden a aumentar reservas en casos de precios elevados, con reglas de gasto en períodos de recesión del precio.

Precisamente, en 2005 también fue modificada la Ley del Fondo de Estabilización Macroeconómica, en la cual la regla de ahorro fue sensiblemente alterada para condicionarla al superávit fiscal, de forma tal que, en tales casos, el Ejecutivo Nacional debía adquirir divisas del Banco Central de Venezuela para su transferencia al Fondo, todo ello dentro de los límites definidos en la Ley³⁴. Por su parte, la regla de gasto se condicionó -artículo 13- a la disminución de la suma de los ingresos totales, cualquiera sea su origen, respecto del promedio de dichos ingresos recaudados en los últimos tres años calendario, así como a situaciones de emergencia económica, sometido a la previa consulta al Poder Legislativo.

Las reformas legislativas del 2005 establecieron nuevas reglas fiscales que ampliaron el control político del Poder Ejecutivo sobre los petro-dólares y sobre los recursos asignados al Fondo. La distribución de esos recursos fue confiada al FONDEN, empresa del Estado dependiente de la Presidencia. Esto permitió al Gobierno de Hugo Chávez apropiarse, políticamente, de la distribución del ingreso petrolero que aumentó de manera considerable en el contexto del *boom* de precios, en especial, luego de 2006. Se estima que, bajo estas reglas fiscales, el Gobierno de Chávez administró cerca de un trillón de dólares, todo lo cual facilitó el financiamiento de políticas autoritario-populistas³⁵. Para ello, fue central abolir la independencia del Banco Central, subordinando la política monetaria a las políticas fiscales expansivas del gasto y endeudamiento público, y dismantelar en los hechos al Fondo de Estabilización Macroeconómica.

Cabe acotar que reforma de la Ley de 2005 fue cuestionada ante la Sala Constitucional. En sentencia N° 1115/2006 de 16 de noviembre, se desestimó tal de-

34 Para la República se fijó un monto equivalente al 20% y para los estados y municipios un monto equivalente al 10%, en ambos casos, del promedio de las exportaciones petroleras de los últimos tres años.

35 José Ignacio Hernández G., *La privatización de facto de PDVSA y la destrucción del Petro-Estado venezolano. Del colapso de la industria petrolera a la licencia de Chevron*, Editorial Jurídica Internacional, Panamá, 2023, pp. 69 y ss.

manda. Para ello, la Sala “interpretó” el estatuto constitucional del Banco Central, negando, en la práctica, toda relevancia a su autonomía. Así, para la Sala, la autonomía del Banco -que no puede ser considerada de “independencia”- está limitada por la necesaria coordinación con las políticas económicas del Poder Ejecutivo, todo lo cual justifica la transferencia de recursos al FONDEN:

“Además, debe tenerse en consideración que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela fija entre el Banco Central de Venezuela y el Ejecutivo una coordinación macroeconómica, que permita promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios, para asegurar el bienestar social, por lo que aquellas divisas transferidas mensualmente al Fondo de Desarrollo Nacional, S.A. (FONDEN), si bien no son parte de las reservas internacionales en los términos antes expuestos -en la medida que no se encuentran a disposición y administración del Banco Central de Venezuela-, son activos externos del país, que igualmente deben responder en su manejo al logro de los objetivos superiores del Estado y la Nación y, particularmente, la promoción y defensa de la estabilidad económica, evita la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios; mediante el financiamiento de proyectos de inversión en la economía real, en la educación, salud y a la atención de situaciones especiales y estratégicas, así como el mejoramiento del perfil y saldo de la deuda pública, para asegurar el bienestar social”

El argumento que intenta esbozar la Sala Constitucional no considera que, de acuerdo con el sentido evidente de la autonomía del Banco Central constitucionalmente garantizada, este no puede financiar al Poder Ejecutivo, siendo que la “transferencia” de recursos al FONDEN es, a no dudarlo, un mecanismo de financiamiento. Con lo cual, la sentencia N° 1115/2006 de 16 de noviembre es un ejemplo de constitucionalismo abusivo³⁶: el control judicial de la constitucionalidad fue usado para simular la violación de la independencia constitucional del Banco Central, aumentando con ello la concentración de funciones en la Presidencia.

- La *tercera* reforma es de 2009³⁷. En este caso, las modificaciones estuvieron principalmente orientadas a dos aspectos. El primer aspecto reformado fue permitir -bajo ciertas condiciones- operaciones de descuento y redescuento incluso respecto a entes del Estado, así como la adquisición de títulos valores emitidos

36 David Landau, “Abusive Constitutionalism”, en *U.C. Davis Law Review* N° 47 (1), 2013, pp. 189 y ss. y Collot, Pierre-Alain, “Propos introductifs. Constitutionnalisme abusif et régimes hybrides” en *Le constitutionnalisme abusif en Europe*, Mare & Martin, París, 2022, pp. 23 y ss.

37 Gaceta Oficial N° 39.301 de 6 de noviembre de 2009.

por PDVSA (artículos 48.8, 56 y 58), todo lo cual resultó contrario a su autonomía y al principio -inherente a esta- según el cual el Banco Central no puede financiar al Gobierno. En suma, esta norma fue la base legal que permitió al Banco Central financiar a PDVSA, que ya para ese momento era un instrumento político al servicio de las políticas autoritario-populistas.

El segundo aspecto reformado se relacionó con el concepto de “reservas excedentarias” y el régimen de disposición y ventas de divisas (artículo 113). De esa manera, PDVSA solo debía vender al Banco Central las divisas “*necesarias a los fines de atender los gastos operativos y de funcionamiento en el país de dicha empresa; y las contribuciones fiscales a las que está obligada de conformidad con las leyes, por el monto estimado en la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal de la República*”. Asimismo, se dispuso que el “*remanente de divisas*” será transferido “*mensualmente al Fondo que el Ejecutivo Nacional creará a los fines del financiamiento de proyectos de inversión en la economía real y en la educación y la salud; el mejoramiento del perfil y saldo de la deuda pública; así como, la atención de situaciones especiales y estratégicas*”, esto es, al FONDEN. Esta reforma formalizó la posibilidad del Banco de hacer “transferencias” de recursos al Ejecutivo Nacional, violando así la autonomía del Instituto Emisor.

. - La *cuarta* reforma, de 2010³⁸, avanzó en la desnaturalización de la autonomía del Banco, de acuerdo con el principio según el cual el instituto emisor debe colaborar con el Ejecutivo Nacional en los objetivos superiores de la Nación conforme al principio de solidaridad (artículos 2, 5 y 101). Esta es la justificación formal de la coordinación entre el Gobierno Nacional y el Banco que, en realidad, implicó la primacía de aquél sobre este.

. - La *quinta* reforma de la Ley se realizó en 2014 mediante Decreto-Ley³⁹. La modificación del artículo 125 enfatizó la “transferencia” de recursos del Banco Central al FONDEN, empleando a tales efectos el concepto de “reservas excedentarias”⁴⁰.

38 Gaceta Oficial N° 39.419 de 7 de mayo de 2010.

39 Decreto N° 1.419, *mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela* (Gaceta Oficial N° 6.155 extraordinario de 19 de noviembre de 2014).

40 Según la reforma, el Banco Central, “*tomando en consideración la estimación del nivel adecuado de reservas internacionales operativas*”, entre otras variables, “*transferirá al Fondo de Desarrollo Nacional (FONDEN), si fuere el caso, el excedente correspondiente*”. La transferencia de recursos “*se hará mediante la acreditación del saldo correspondiente en una cuenta especial de depósito en moneda extranjera abierta a nombre del Fondo de Desarrollo Nacional (FONDEN)*”.

.- La *sexta* reforma fue adoptada mediante Decreto-Ley N° 2.179⁴¹, el cual se dictó en ejercicio de la Ley Habilitante 2015, motivada en la necesidad de adoptar medidas “antiimperialistas”, con ocasión a la decisión del Gobierno de Estados Unidos de Norteamérica de declarar la “amenaza” respecto de ciertos funcionarios venezolanos⁴². Esta reforma puede resumirse en la eliminación de las facultades de control de la Asamblea Nacional, como parte del constitucionalismo abusivo que llevó al Gobierno de Maduro a desconocer las facultades de la cuarta legislatura electa en diciembre de 2015. Esto fue evidente en la modificación de los artículos que permitían a la Asamblea controlar, designar y remover a miembros del Directorio del Banco (artículos 9, 15, 16, 17, 26 y 27). Con la reforma, esas decisiones correspondieron exclusivamente al Poder Ejecutivo Nacional. Asimismo, en su artículo 37, se convalidó la competencia del Banco para financiar al Gobierno.

Esta reforma dio lugar a otro episodio en este conflicto político, cuando la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional, en 2016, aprobó la Ley de Reforma del Decreto-Ley N° 2.179, básicamente, reproduciendo todo el contenido de la reforma de 2014. Esto respondió a una estrategia política, no jurídica. Así, lo que ha debido hacer la Asamblea Nacional era restablecer la independencia del Banco Central, dejando sin efecto las inconstitucionales reformas legislativas introducidas, en especial, desde 2005. Pero en lugar de ello, se optó por aprobar una Ley de reforma que, en realidad, reprodujo la Ley del Banco Central adoptada mediante Decreto-Ley bajo el Gobierno de Maduro. Con ello, se quiso colocar a la Sala Constitucional en un dilema, entre tener que decidir si tolerar la reforma o, por el contrario, declararla inconstitucional, a pesar de tratarse de la misma Ley dictada por el Gobierno de Maduro.

El 17 de marzo de 2016 el Presidente de la República -a quien la Asamblea había remitido la Ley de reforma sancionada para su promulgación- solicitó a la Sala Constitucional que se pronunciara sobre la inconstitucionalidad de esa Ley, considerando -en resumen- que a través de esa Ley la Asamblea pretendía controlar políticamente al Banco Central. El argumento, además de carecer de fundamento, resulta paradójico, si recordamos que la Ley cuya inconstitucionalidad denunció el Presidente, se limitó a repetir las normas del Decreto-Ley dictado, por el propio Presidente, en 2014. Es decir, que en realidad, el Presidente solicitó

41 Publicado en la Gaceta Oficial N° 6.211 extraordinario de 30 de diciembre de 2015.

42 Vid. Gerson J. Revanales, “Comentarios sobre la Orden Ejecutiva 13.692 del Presidente de los Estados Unidos de América de fecha 8 de marzo de 2015, sobre sanciones a funcionarios venezolanos (un expediente en defensa de la democracia)”, en *Revista de Derecho Público* N° 141, Caracas, 2015.

a la Sala Constitucional que declarara la inconstitucionalidad de las normas por él dictadas en el 2014.

La Sala Constitucional estimó en su totalidad los argumentos del Presidente de la República, considerando que, en efecto, la Ley sancionada por la Asamblea sometía al Banco Central al control político de esta. Así, en sentencia N° 259/2016, de 31 de marzo, la Sala Constitucional consideró que:

“De la simple comparación entre la normativa vigente y la reforma recientemente sancionada por la Asamblea Nacional se constata que la modificación planteada supone la participación del Órgano Legislativo Nacional en el proceso de designación del Presidente del Banco Central de Venezuela, a efectos de ejercer control político sobre la misma, a través de la figura de la ratificación, situación que, como ya se señaló, resulta contraria a lo previsto en el cardinal octavo de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución”.

Para afirmar esa conclusión, la Sala reiteró el desnaturalizado concepto de autonomía, considerando que, aun cuando el Banco Central debe ser autónomo, al mismo tiempo, debe coordinar sus políticas con el Poder Ejecutivo, incluso, sometándose al Plan de Desarrollo, o “Plan de la Patria”. Para la Sala, el Banco Central debe actuar *bajo* la coordinación del Poder Ejecutivo, lo que excluye su sometimiento a la *mayoría* de la Asamblea Nacional:

“Del examen del contenido de las normas reformadas, resulta evidente que el propósito de la Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 2.179 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela, es la de asegurar, por parte de la mayoría parlamentaria de la Asamblea Nacional, el control político del Instituto Emisor, lo cual riñe con los fines constitucionalmente previstos en los artículos 318 y 319 del Texto Fundamental e implican, como ya fue establecido, una contravención al mandato que la Constitución le impone al legislador en el cardinal octavo de la Disposición Transitoria Cuarta ejusdem. Por ello, la ley objeto del presente control preventivo de constitucionalidad está incurso en el vicio de desviación de poder- y así se declara”.

Este es otra muestra de constitucionalismo abusivo, pues el lenguaje del Derecho constitucional pierde su neutralidad política para ser manipulado y así, justificar no solo el control del Poder Ejecutivo sobre el Banco Central sino, además, desconocer la función legislativa de la cuarta legislatura. La falsedad del argumento empleado por la Sala Constitucional al declarar la desviación de poder de la Ley sancionada por la Asamblea se evidencia por un hecho silenciado por la sentencia: el propósito de esa Ley fue, simplemente, reiterar la vigencia del Decreto-Ley de 2014. Tal argumento hubiese bastado no solo para negar la

inconstitucionalidad denunciada, sino, además, para considerar que no podía haber, en este caso, desviación de poder.

Esta sentencia, por ello, debe interpretarse dentro del intento iniciado por la Sala Constitucional en 2016 de desconocer, de *facto*, a la Asamblea Nacional electa el 6 de diciembre de 2015, imponiendo así -en ejercicio abusivo de sus atribuciones- decisiones que bien pueden calificarse de constitucionalismo abusivo, es decir, decisiones que no responden ni a la fundamentación democrática del sistema republicano, ni al recto ejercicio de las atribuciones asociadas al control judicial de la Constitución⁴³.

A este mismo propósito sirvió la sentencia de la Sala Constitucional, n° 618 de 20 de julio de 2016, caso *Brigitte Acosta Isis*, con el propósito de reducir el concepto de contrato de interés público. En esa oportunidad, la Sala concluyó que el Banco Central de Venezuela no está sujeto al control parlamentario sobre los contratos de interés público nacional previstos en el artículo 150, pues el instituto emisor es un ente con autonomía constitucional distinto al Poder Ejecutivo Nacional⁴⁴. Esta es otra muestra de constitucionalismo abusivo, pues para justificar la inaplicación del control parlamentario sobre los contratos de interés público nacional, la Sala reivindicó la independencia del Banco Central, a pesar de que en la sentencia N° 1115/2006 se avaló la interpretación constitucional para desconocer esa independencia.

En especial, la sentencia n° 618/2016 abusó del concepto de Poder Ejecutivo, a los fines de crear la ficción según la cual el Banco Central, en tanto ente independiente, es en sí mismo un Poder Público, o sea, que no está inserto en el Poder Ejecutivo. Tal falacia se utilizó para justificar que el control sobre los contratos de interés público nacional suscritos por el Poder Ejecutivo, no es extensible al Banco Central. Así, la independencia del Instituto Emisor se exaltó, pero para justificar su politización por el Ejecutivo, al margen del control parlamentario.

Ahora bien, la violación de la independencia del Banco Central, por medio del constitucionalismo abusivo, permitió el control del Ejecutivo sobre la política monetaria, traducándose en el financiamiento monetario que impulsó el incre-

43 Véase, en este sentido, a Allan Brewer-Carías, “La sentencia de muerte poder legislativo en Venezuela. El cinismo de la Sala Constitucional y la inconstitucional pretensión de controlar la actividad política de la Asamblea Nacional al reformar la Ley del Banco Central de Venezuela”, de 5 de abril 2016, consultado en www.allanbrewercarias.com.

44 Véase la crítica en Allan Brewer-Carías, “La mutación de la noción de contratos de interés público nacional hecha por la Sala Constitucional, para cercenarle a la Asamblea Nacional sus poderes de control político en relación con la actividad contractual de la administración pública y sus consecuencias”, en *Revista de Derecho Público* N° 151-152, Caracas, 2017, pp. 371 y ss.

mento de la inflación, la cual mutó en hiperinflación en 2017. La hiperinflación fue la consecuencia más visible de la violación de la independencia del Banco Central, lo que a su vez dio lugar al proceso de dolarización de *facto*, que evidenció la incapacidad del Estado de ejercer efectivamente la política monetaria⁴⁵. Hacia 2022 la hiperinflación cesó, como parte de una política restrictiva del gasto público que deterioró, más todavía, el ingreso en bolívares de los venezolanos. Con todo, Venezuela mantiene una de las inflaciones más elevadas del mundo. Según información del Observatorio Venezolano de Finanzas, para el mes de abril de 2025 la inflación se ubicó en 18,4% mensual, 172% interanual y 63,1% acumulada⁴⁶. La inflación es directa consecuencia del financiamiento monetario facilitado por el constitucionalismo abusivo.

Los desórdenes macroeconómicos impulsados por el constitucionalismo abusivo contribuyeron a la violación sistemática de los derechos económicos y sociales reconocidos en la Constitución y reforzados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Los derechos económicos y sociales no solo demandan, del Estado, prestaciones específicas para garantizar el acceso equitativo a bienes y servicios necesarios para asegurar una existencia digna⁴⁷. Además, el efectivo goce de estos derechos requiere estabilidad macroeconómica y, por ende, la independencia de la política monetaria a cargo del Banco Central. Siguiendo a Amartya Sen, la existencia digna requiere que la persona, con sus propias capacidades, pueda generar ingresos suficientes para la plena satisfacción de necesidades ajenas a su dignidad⁴⁸. El mandato del artículo 318 constitucional, que asigna al Banco Central el deber de preservar la estabilidad de precios y el valor interno

45 Humberto Romero-Muci, “La disfunción del bolívar y la dolarización de facto en la economía. Aspectos legales y fiscales”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N° 161*, Caracas, 2020, pp. 995 y ss. José Ignacio Hernández G., “Aspectos jurídicos de la dolarización en Venezuela”, en *Revista de Derecho Público N° 153-154*, Caracas, 2018, pp. 312 y ss.

46 Tomado de: <https://observatoriodefinanzas.com/category/inpc/#:~:text=La%20inflaci%C3%B3n%20en%20Venezuela%2C%20seg%C3%BAn,y%2063%2C1%25%20acumulada>. Venezuela ha sido considerada como el segundo país con la mayor tasa de inflación, superado solo por Zimbabue. Véase: <https://www.statista.com/statistics/268225/countries-with-the-highest-inflation-rate/>

47 Bernardo Carvajal, *La dignidad humana como norma de derecho fundamental*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020, pp. 150 y ss. En especial, vid. María Josefina García-Maestro, “La dignidad humana y los derechos sociales” en *Ars Iuris Salamanticensis, Volumen 8*, 2020, pp. 99 y ss. Manuel Atienza ha observado que la igualdad, en tanto garantía de la dignidad humana y la prohibición de la instrumentalización de la persona, conduce al orden basado en la igualdad y la cooperación, pero que el modo alguno conduce al uniformismo. Vid. Manuel Atienza, *Sobre la dignidad humana*, Trotta, Madrid, 2022, pp. 132 y ss.

48 Amartya Sen, *Development as freedom*, Anchor Books, New York, 1999, pp. 35 y ss.

y externo de la unidad monetaria, debe ser interpretado desde el prisma de los derechos humanos, en el sentido que la política monetaria debe crear condiciones favorables para asegurar que cada persona pueda generar ingresos suficientes para garantizar su existencia digna⁴⁹.

Por lo anterior, la violación de la independencia del Banco Central violó principios cardinales de la Constitución económica, y contribuyó a la violación de la separación de poderes al concentrar funciones en la Presidencia. Además, esa violación creó condiciones adversas a la estabilidad de precios, todo lo cual agravó la violación de los derechos económicos y sociales, al privarse a los venezolanos de la capacidad de mantener una existencia digna con los ingresos generados a través de su propio esfuerzo.

Conclusiones

El marco constitucional de la intervención del Estado en la economía suele enfocarse en lo que se conoce como microeconomía, esto es, la intervención que incide en la oferta de bienes y servicios. Empero, lo cierto es que la Constitución económica también se encarga de la intervención del Estado en los agregados macroeconómicos⁵⁰. La Ley del Banco Central de Venezuela, de 1939, fue precisamente uno de los primeros casos de intervención administrativa en la macroeconomía en el contexto de la transformación constitucional del rol del Estado en la economía. La inmadurez del Derecho administrativo de ese entonces, sin embargo, llevó a enmarcar a esta intervención bajo moldes de Derecho privado, como quedó en evidencia con la forma societaria del instituto emisor, primero, como sociedad de economía mixta y luego, como empresa del Estado. Inevitablemente, ello opacó no solo la naturaleza pública de las funciones del Banco sino, además, su adecuado estatuto constitucional.

La Ley de 1992 puso fin a esta precariedad institucional, al reconocer que el Banco Central no es un ente administrativo descentralizado con forma societaria, sino un ente con forma de Derecho público pero que, a diferencia del resto de los entes, no está adscrito a la Administración pública central, la cual tampoco

49 Para 2024, la Encuesta Nacional de Condiciones de Vida registró que “siete de cada 10 hogares (73,2%) se encontraban en situación de pobreza de ingresos (recursos insuficientes para satisfacer necesidades básicas), una reducción de 9,6% respecto a la medición de 2023”. Véase: *El Ucabista*, 28 de abril de 2025, tomado de: <https://elucabista.com/2025/04/28/encovi-2024-en-venezuela-persisten-la-vulnerabilidad-la-desigualdad-economica-y-las-brechas-de-genero/>

50 Jorge García-Andrade Gómez, “La regulación de la política macroeconómica: un desafío para el derecho público”, en *Revista de Derecho Público: teoría y método Volumen 2*, Madrid, 2020, pp. 125 y ss.

ejerce la potestad de tutela. Esto es, que la Ley reconoció al instituto emisor la autonomía, o tanto mejor, la autarquía en el diseño e implementación de la política monetaria. Este cambio transformó la organización tradicional de la Administración pública, al introducir una nueva categoría de ente administrativo, esto es, la Administración independiente.

Estas reglas especiales de la organización administrativa pretendieron evitar la subordinación de la política monetaria a la política fiscal, o lo que es igual, el financiamiento monetario, visto los efectos adversos que tal financiamiento tiene para la estabilidad de precios o el control de la inflación. La Constitución de 1999 adoptó estas reglas, siguiendo así la buena práctica que aconseja que reglas fiscales orientadas a procurar la estabilidad macroeconómica sean elevadas a la Constitución, para asegurar con ello su estabilidad. De esa manera, la constitucionalización del Banco Central como una persona jurídica de Derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia, fue una regla adoptada para favorecer la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria.

Pero el constitucionalismo abusivo en auge desde 1999, facilitó el gradual desmantelamiento de esa independencia, en especial, a través de las reformas legislativas de 2005, las cuales sometieron al Banco Central al control político de la Presidencia, la cual concentró sus facultades para administrar las divisas derivadas de las exportaciones petroleras, gestionadas por medio del FONDEN, una empresa del Estado que sirvió de fondo presupuestario paralelo. La Sala Constitucional avaló la violación de la independencia constitucional del Banco Central en 2006, por medio de una abusiva interpretación que, al exaltar la necesaria coordinación entre la política fiscal, monetaria y cambiaria, justificó la intervención política sobre el Banco Central, en violación a la separación de poderes. En 2016, la Sala Constitucional dictó otras dos sentencias que, abusivamente, concentraron la politización del Banco Central al eliminar el control parlamentario. En los hechos, puede concluirse que la separación legal entre el Banco Central y la República carece de contenido sustantivo real, al punto que económicamente, ambos conforman una unidad económica, bajo el control autocrático de la Presidencia. En la práctica, ello podría llevar a desconocer la separación jurídica entre la República y el Banco Central.

La violación de la independencia del Banco Central contribuyó a desórdenes económicos como la hiperinflación y la dolarización de facto, que crearon condiciones materiales adversas para asegurar a las personas los ingresos necesarios para sustentar una existencia digna. Esto quiere decir que el constitucionalismo abusivo que facilitó el desmantelamiento de la independencia del Banco Central

también generó condiciones materiales que derivaron en violaciones sistemáticas a derechos económicos y sociales, traducidas en la pobreza y la desigualdad.

El caso del Banco Central de Venezuela deja dos importantes lecciones. La primera, que la calidad del diseño constitucional de reglas fiscales sobre bancos centrales y fondos soberanos de inversión depende de la calidad del Estado de Derecho. Cuando este falla, las reglas fiscales constitucionales pueden ser manipuladas para concentrar funciones económicas en la Presidencia que faciliten desórdenes macroeconómicos. La segunda lección es que estos desórdenes generan condiciones materiales adversas a la dignidad humana, al empeorar el nivel de vida afectando el valor de los ingresos generados con el esfuerzo productivo de las personas, lo que afecta la capacidad de compra y, por ende, el acceso a bienes y servicios anejos a derechos económicos y sociales. La violación de estos derechos, en el caso de Venezuela, fue deliberada, pues respondió a mecanismos del constitucionalismo abusivo para dejar sin efecto, en la práctica, la independencia del Banco Central.

Brookline MA, mayo de 2025.

Nuevas tecnologías en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (balances y perspectivas)

Luis Queremel Franco¹

Introducción

Desde la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) en 1999, poco a poco se han venido incorporando los avances tecnológicos dentro de su ordenamiento jurídico. Gracias a ello, actualmente se pueden realizar hechos con relevancia jurídica que anteriormente no eran posibles sin esa evolución. En este breve estudio, se examinará cómo la CRBV y el marco legal venezolano han venido reconociendo, regulando e incorporando el uso de nuevas tecnologías², particularmente en el ámbito de las comunicaciones, redes sociales, informática y transmisión de información digital. También se analizará el proyecto de Ley de Inteligencia Artificial (IA) y se presentarán las perspectivas legislativas en esa materia.

La metodología utilizada consistió, primordialmente, en una revisión bibliográfica atinente a la temática planteada, al ordenamiento jurídico vigente en el

-
- 1 Magíster en Derecho de la Universidad de Salamanca (USAL), especialista en ramas del Derecho Público y Privado de las universidades de Salamanca (USAL), de Buenos Aires (UBA), Austral, (UA), Central de Venezuela (UCV) y Católica Andrés Bello (UCAB). Profesor de pre y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB).
 - 2 A los fines de este estudio, la denominación “nuevas tecnologías” está referida fundamentalmente –aunque existen muchas más– a las siguientes: (i) *Artificial Intelligence* o simplemente Inteligencia Artificial (IA); (ii) *Internet of Things* o el Internet de las cosas (IoT); (iii) *Big Data* o macrodatos, recolección, acumulación y análisis de datos; (iv) *Blockchain* o cadena de bloques; (v) *Machine Learning* o simplemente aprendizaje automático; (vi) *Quantum computing* o informática cuántica; (vii) *Robotic* o simplemente robótica; (viii) *Automated Biometric Identification Systems* o ABIS (Sistemas de Reconocimiento Biométrico); (ix) *Natural Language Processing* o NLP (Procesamiento de Lenguaje Natural); y, por último, (x) *Neuro-Linguistic Programming* o NLP (Programación Neurolingüística).

país y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela (TSJ).

La CRBV y las nuevas tecnologías: un verdadero derecho a la libertad informática

Sin equívoco alguno, podemos decir que la CRBV reconoce de forma amplia los derechos humanos, estableciendo principios que permiten adaptar su protección a nuevos ámbitos como el digital y el desarrollado por las nuevas tecnologías. En este sentido, el artículo 19 constitucional consagra el “principio de progresividad”, disponiendo que el Estado debe garantizar a toda persona el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, sin discriminación alguna y de acuerdo con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el país, así como las leyes que los desarrollen.

La amplitud de ese mandato constitucional obliga a todos los poderes públicos a respetar y garantizar los derechos humanos en toda situación, entorno o contexto, incluyendo también, a las tecnologías emergentes. En consecuencia, se sientan las bases para reconocer nuevos derechos como la “libertad informática”³. Adicionalmente, el artículo 22 de la CRBV establece que la enumeración de los derechos y garantías que tanto la Carta Fundamental como también los instrumentos internacionales puedan establecer respecto de los derechos humanos, no deben interpretarse como negación de otros que no figuren expresamente en esos textos normativos.

El referido artículo 22, además habilita —aunque no estén expresamente mencionados—, el reconocimiento de una gran variedad de derechos desarrollados a finales del siglo XX, como también los del actual siglo XXI. Es decir, no solamente garantiza los derechos denominados de tercera generación, sino que además acoge a los de cuarta generación o “derechos digitales”⁴.

3 “La llamada ‘libertad informática’, es, así, también, el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*)”, Tribunal Constitucional de España, sentencia 254/1993 del 20 de julio. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2383> Consultado en fecha: 27 de abril de 2025. El proyecto de Ley de Inteligencia Artificial, aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional venezolana, en su artículo 8 define a la “libertad informática” —a la cual llama también “autodeterminación informativa”—, como: “Es el derecho fundamental de las personas a elegir y acceder a las tecnologías de la información más apropiadas y adecuadas a sus necesidades y requerimientos, así como a controlar su uso y protección de los datos gestionados a través de estas”.

4 Respecto del “derecho digital” nos comenta lo siguiente el letrado del Consejo de Estado español, Dr. Moisés Barrio Andrés: “El <<Derecho digital>> aspira a ser una nueva disciplina jurídica que nace como consecuencia de tres circunstancias. En primer lugar, la

Bajo la óptica de la doctrina jurídica venezolana, esos preceptos sientan las bases de un verdadero “derecho fundamental a la libertad informática y digital”, (también conocido como de “autodeterminación informativa”). Autores como Álvarez de Bozo, Ávila Hernández, Peñaranda Quintero⁵ y Pellegrino Pacera⁶ sostienen que la CRBV elevó la “libertad informática” al rango de derecho fundamental, entendiéndose como la autodeterminación y, por ende, la facultad que tienen los individuos de controlar la información personal que circula en medios informáticos⁷.

En términos generales, la libertad informática garantiza a cada persona: a) el derecho a conocer y acceder a las informaciones y datos sobre sí misma que estén registrados en archivos o bases de datos; b) a controlar la calidad de esos datos (lo que implica la posibilidad de rectificar o cancelar los que sean inexactos o utilizados indebidamente); y c) a decidir sobre su transmisión o divulgación (Álvarez de Bozo *et al.*, 1999, p. 22). Podemos observar que se está equiparando el rol de

necesidad de contar con una respuesta jurídica precisa para toda actividad relacionada con los servicios de la sociedad de la información –y ahora sociedad digital– que disponga de su propia regulación, lenguaje y elementos axiológicos. En segundo lugar, del efecto transversal que las tecnologías, sobre todo Internet, está suponiendo en nuestras vidas y, por ende, en el resto de las tradicionales ramas del Derecho. Y, en tercer lugar, de promulgar algunas normas jurídicas nuevas para dar respuesta a los cambios que introduce la Cuarta Revolución Industrial (o Industria 4.0)”. Extraído de: Moisés Barrio Andrés, *Manual de Derecho Digital*. Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2020 (pp. 31-32). Dentro del ciclo de conferencias sobre el libro *Jurisprudencia sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1930-2023)* de la Dra. Mary Ramos Fernández, y organizado por UNIVERSITAS en 2025, el abogado y profesor universitario Gonzalo Pérez Salazar señala que los “derechos digitales” son “... una extensión de los derechos humanos fundamentales en el entorno digital. Se conciben como el conjunto de facultades y garantías que protegen a las personas en su interacción con las tecnologías de la información y comunicación, asegurando su participación plena y segura en la sociedad digital”. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=vwxtPp02qa8>

- 5 Miriam Álvarez de Bozo; F. M. Ávila Hernández y H. Peñaranda Quintero. *La Libertad Informática. Derecho Fundamental de la Constitución venezolana*. Publicaciones La Universidad del Zulia y Organización Mundial de Derecho e Informática. Maracaibo, 1999. p. 22.
- 6 Cosimina Pellegrino Pacera. “El Derecho a la Intimidad en la nueva era informática, el derecho a la autodeterminación informativa y el *habeas data* a la luz de la Constitución Venezolana de 1999”. *Revista de Derecho Público* n.º 85-88, enero diciembre 2001. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001.
- 7 La llamada “libertad informática” es el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquellos legítimos que justificaron su obtención. Como se dijo anteriormente, la primera sentencia que menciona “libertad informática” en España fue la que dictó la Sala Primera del Tribunal Constitucional bajo el n.º 254/1993 del 20 de julio de 1993.

la libertad informática, en el ámbito de la información, con el papel que en su momento tuvo el *habeas corpus* respecto del resguardo a la libertad física tradicional (Pérez Luño, 1996, citado por Álvarez de Bozo *et al.*, 1999). En efecto, se ha señalado que el *habeas data* –recurso consagrado en nuestra actual Constitución–, funciona como la vía procesal para proteger la libertad de la persona en la esfera informática, de forma análoga a como el *habeas corpus* tutela la libertad personal en lo físico.

La CRBV consagra expresamente herramientas normativas para hacer efectivo este nascente derecho a la libertad informática. Por ejemplo, su artículo 28 establece el derecho de toda persona a acceder a la información y a los datos sobre sí misma o sus bienes en registros públicos o privados, conocer las finalidades y usos de los mismos, y solicitar ante un tribunal competente su actualización, rectificación o destrucción cuando sean erróneos o afecten ilegítimamente sus derechos. Ese precepto constitucional consagra el *habeas data* como garantía jurídica para la protección de datos personales.

Por su parte, el artículo 60 de la CRBV protege el derecho a la vida privada, intimidad, honor, imagen, confidencialidad y reputación, y agrega que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor e intimidad personal y familiar de los ciudadanos, así como el pleno ejercicio de sus derechos. Esta disposición reconoce explícitamente que las tecnologías de información pueden amenazar derechos personalísimos, por lo que ordena al legislador establecer límites a su uso indebido –por ejemplo, regulando la recolección y tratamiento de datos personales– a fin de salvaguardar la privacidad y demás derechos asociados.

Vale la pena acotar que las citadas disposiciones constitucionales están perfectamente alineadas con estándares internacionales como los del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que consagra el derecho a la honra y privacidad, libre de injerencias abusivas⁸.

Por otra parte, podemos observar que, en conjunto, los mencionados artículos 28 y 60 de la CRBV constituyen la base nuclear y constitucional de la protección de los datos personales y, por ende, del derecho a la libertad informática.

En síntesis, podemos afirmar que la CRBV sienta las bases para que podamos hablar de un verdadero derecho a la libertad informática en el país, al reconocer explícitamente derechos y garantías aplicables al ámbito digital (*habeas data*, privacidad informática) y al consagrar principios amplios que permiten la

8 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Gaceta Oficial No. 9460 del 11 de febrero de 1978. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf Consultado en fecha: 13 de mayo de 2025.

incorporación progresiva de nuevos derechos derivados de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)⁹.

Antes de concluir este apartado, especial mención merece el artículo 110 de la CRBV, el cual reconoce el valor estratégico de la ciencia, la tecnología y la innovación, obligando al Estado a apoyar su desarrollo, acceso y democratización, lo que proporciona un fundamento constitucional claro para políticas públicas y leyes orientadas a las TIC¹⁰. Al respecto, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia ha expresado:

“(…) el Estado venezolano reconoce el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y los servicios de información, por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional; siendo un deber del Poder Público, y concretamente de los órganos jurisdiccionales, valerse de los avances tecnológicos para su optimización”¹¹.

Las TIC y los derechos humanos: ¿nuevas formas de protección o extensión de la tradición?

El desarrollo vertiginoso de las TIC ha dado lugar a novedosas formas de ejercer derechos clásicos, planteando la cuestión de si surgen nuevos derechos o si basta con reinterpretar los derechos constitucionales tradicionales. En el caso venezolano, como ya se vio, la CRBV previó varios derechos cuya dimensión tecnológica es evidente, lo que sugiere que las nuevas formas de ejercer esas liber-

9 A los fines de este estudio llamaremos TIC o Tecnologías de la Información y la Comunicación, a los recursos, herramientas, equipos y programas informáticos y de comunicación que permiten la creación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de información. Lo anterior incluye, entre otros, dispositivos como computadoras, teléfonos móviles, Internet, redes de comunicación y software.

10 Al ser los derechos humanos un conjunto de libertades y derechos fundamentales que son inherentes a todas las personas, y que permiten la convivencia social como fuente de paz, libertad, progreso y bienestar general, cobra especial relevancia saber cómo se entrelazan esos derechos con las TIC, en la búsqueda de la supremacía constitucional de estos dentro del “contrato social” de Thomas Hobbes. Por consiguiente, en una sociedad constituida y activada con base en el Derecho que proclama como valores fundamentales la igualdad y la justicia, las TIC pueden ser una válida herramienta integradora, pero a la vez, mal llevadas y ejecutadas, pueden traer consigo efectos no deseados y totalmente contrarios: su disgregación y el caos.

11 Sala Plena del TSJ. Resolución n.º 2021-0011 del 9 de junio de 2021. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/informacion/resoluciones/sp/resolucionSP_0003811.html Consultado en fecha: 15 de abril de 2025.

tades individuales y colectivas encajan en gran medida dentro del marco constitucional preexistente.

Varios derechos consagrados en la CRBV son lo suficientemente amplios como para abarcar supuestos propios de la era tecnológica y digital sin necesidad de reformulación alguna. Muestra de ello, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 20) que garantiza que cada individuo pueda desarrollarse y auto determinarse libremente, con las únicas limitaciones del orden público y los derechos de los demás. Este derecho al desenvolvimiento de la personalidad es un “derecho de protección y cobijo” que podría comprender la libertad de utilizar las TIC en la realización personal, la educación en línea, la participación en redes sociales y otros aspectos de la identidad digital, siempre que no se vulneren derechos ajenos. Del mismo modo, la libertad de expresión consagrada en el artículo 57 constitucional, abarca expresamente todas las formas y medios de expresión, sin censura previa (salvo excepciones específicas como propaganda de guerra, mensajes discriminatorios y los que promuevan la intolerancia religiosa).

Obviamente, el artículo 57 de la CRBV incluye de manera implícita a cualquier tecnología o medios de información, tales como publicaciones en Internet, redes sociales, *blogs*, correos electrónicos, etc. Por tanto, la libertad de expresión naturalmente se extiende al ámbito de Internet sin requerir un nuevo derecho autónomo. Por su parte, las opiniones vertidas *online* gozan de la misma protección constitucional que las expresadas por escrito o de viva voz.

Sucede exactamente igual con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas (art. 48), quedando protegido el secreto y la privacidad de las comunicaciones en todas sus formas, permitiendo solo su interceptación por orden judicial en aquellos casos expresamente previstos en la ley. Ese derecho abarca también las comunicaciones electrónicas modernas (correos electrónicos, mensajería instantánea y las llamadas o comunicaciones tipo VoIP, siglas de Voz sobre Protocolo de Internet, *Voice over Internet Protocol* en inglés, también conocidas como telefonía IP); equiparándolas todas ellas a la correspondencia tradicional. En resumen, el correo electrónico y demás comunicaciones digitales gozan de la misma inviolabilidad que una carta física bajo el amparo del artículo 48 constitucional. Igualmente, la protección de la vida privada e intimidad personal y familiar (art. 60), se aplica tanto al mundo *offline* (fuera de Internet) como *online* (dentro de Internet). La difusión no autorizada de datos personales, imágenes o comunicaciones privadas en Internet lesiona el derecho a la intimidad, de la misma manera que lo haría fuera de línea, y encuentra tutela en los mismos preceptos constitucionales tradicionales ya mencionados.

En cuanto a la comentada institución del *habeas data* (art. 28), esta representa un mecanismo específico para la era de las TIC en el marco tradicional de derechos. Si bien puede considerarse una nueva acción constitucional propia de las sociedades informatizadas, en esencia opera como garantía de derechos tradicionalmente conocidos (privacidad, honor, propiedad sobre datos personales), adaptándolos a las bases de datos y archivos digitales¹².

Por su parte, el artículo 108 de la CRBV eleva expresamente a categoría de “servicio público”¹³ a la “informática”, junto con los servicios tradicionales como lo son la radio, televisión y las redes de bibliotecas públicas; con el objeto de que el Estado esté en el deber de permitir el acceso universal a la información. Adicionalmente, el citado artículo dispone que los centros educativos deben incorporar el conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías y de sus innovaciones.

12 Al respecto, la Sala Constitucional del TSJ ha expresado: “(...) la acción de *habeas data* no procede contra cualquier tipo de información almacenada en la variedad de archivos y registros con los que cuenta nuestro país; de la lectura del citado artículo 28, se deduce que el derecho a conocer, y el llamado *habeas data* en general, no funciona en relación a expedientes personales de orden laboral que reposan en un archivo, a datos sueltos que alguien tenga sobre otro, anotaciones en diarios o papeles domésticos o comerciales, sino que funciona con sistemas —no solo informáticos— de cualquier clase de ordenación de información y datos sobre las personas o sus bienes, con fines de utilizarlos en beneficio propio o de otros, y que real o potencialmente pueden serlo en forma perjudicial contra aquellos a que se refiere la recopilación, se trata, por lo tanto, de bancos de datos, no referidos a alguien en particular, con independencia de que estén destinados a producir informaciones al público”. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia n.º 1281 del 26 de junio de 2006. Caso: Pedro Reinaldo Carbone Martínez. Exp: 05-1964. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1281-260606-05-1964.HTM> Consultado en fecha: 15 de abril de 2025.

13 Según el jurista y académico Allan R. Brewer-Carías, en el derecho venezolano “servicio público” son “... las actividades prestacionales que debe asumir el Estado, tendientes a satisfacer necesidades generales o colectivas, en cumplimiento de una obligación constitucional o legal y en relación con las cuales, los particulares se encuentran limitados en cuanto a que no pueden desarrollarlas libremente, sea porque el Estado en algunos casos se las ha reservado, o sea porque el Estado las regula y ordena”. Extraído de su exposición “Sobre la ‘*publicatio*’ en el régimen de la contratación administrativa: las nociones de “actividades reservadas al estado”, “utilidad pública”, “interés social”, “servicio público”, “dominio público” y “orden público”, para la exposición en el XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Bases y Retos de la Contratación Pública en el Escenario Global. Santo Domingo, 3 de octubre de 2017, p. 9 Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/10/1200-conf.-doc.Brewer.-Sobre-SOBRE-LA-%E2%80%9CPUBLICATIO%E2%80%9D-EN-EL-DERECHO-P%C3%9ABLICO-utilidad-p%C3%BAblica-reserva-al-Estado-servicio-p%C3%BAblico-dominio-p%C3%BAblico-2017.docx>. Consultado en fecha: 15 de abril de 2025.

El principio y la jerarquía que a la autonomía universitaria reconoce expresamente el artículo 109 de la CRBV, es el que permitirá a los profesores, estudiantes y egresados universitarios poder dedicarse a la búsqueda del conocimiento a través de la investigación científica, humanística y “tecnológica”, para el beneficio espiritual y material de la Nación.

Para finalizar, el artículo 110 constitucional reconoce el interés público¹⁴ del Estado en la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios, por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional.

En resumen, todos esos derechos ofrecen un soporte constitucional válido para el uso, regulación y aplicación de las TIC, y pueden ser interpretados como un reconocimiento de su importancia y relevancia.

ONU y Venezuela: Derechos humanos y libertades en la era digital

El Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó el 4 de julio de 2018 la Resolución 38/7 que aborda la “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet”¹⁵. La resolución refuerza la trascendencia de la protección y garantías para el ejercicio de los derechos humanos en línea.

El documento oficial reconoció los derechos de las personas a estar protegidos en Internet, en particular el derecho a la libertad de opinión y expresión establecido en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y del

14 Según el jurista argentino Héctor Jorge Escola, podemos definir al “interés público”, como “... el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual, potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”. Héctor Jorge Escola. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 240 y 250.

15 Asamblea General de las Naciones Unidas. “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet”.

Disponible en: https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_38_L10.pdf#:~:text=1,de%20cualquier%20medio%20de%20su Consultado en fecha: 21 de abril de 2025.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹⁶. De allí que, entre otras cosas, las personas tengan libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de cualquier tipo, sin consideración de frontera alguna.

En ese contexto, el Consejo de Derechos Humanos exhortó a todos los estados a zanjar las desigualdades, diferencias o exclusiones digitales, especialmente la existente entre los géneros, y a aumentar el uso de las TIC para promover entre todos el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular:

“a) Fomentando un entorno en línea propicio, seguro y favorable a la participación de todos, sin discriminación y teniendo en consideración a las personas que enfrentan desigualdades sistémicas;

b) Prosiguiendo e intensificando los esfuerzos realizados para promover el acceso a la información en Internet como medio para facilitar una educación asequible e inclusiva a nivel global, subrayando la necesidad de abordar el alfabetismo digital y hacer frente a las brechas digitales;

c) Promoviendo la igualdad de oportunidades, en particular la igualdad de género, en la concepción e implementación de la tecnología de la información y las comunicaciones, y en la incorporación de una perspectiva de género en las políticas decididas y los marcos que las guían; y

d) Aplicando un enfoque integral basado en los derechos humanos, en el suministro y la ampliación del acceso a la tecnología de la información y las comunicaciones, y promoviendo en consulta con todos los sectores de la sociedad, especialmente las empresas comerciales y los actores de la sociedad civil, políticas y directrices en materia de tecnología de la información y las comunicaciones, que otorguen una atención específica a las consideraciones de género”.

La Resolución 38/7 del Consejo de Derecho Humanos de la ONU –consensuada por la comunidad internacional– deja claro que el hecho de utilizar un medio digital no reduce ni altera la titularidad de los derechos humanos fundamentales: el estatus de “derecho humano” trasciende el soporte o espacio donde se ejerce.

16 Instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP-ONU, 1966) o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969), consagran derechos a la libertad de expresión, privacidad, asociación, debido proceso, entre otros, que son igualmente válidos “en línea”. Por ejemplo, el artículo 13 de la Convención Americana y el ya citado artículo 19 del PIDCP, garantizan la libertad de expresión e información “por cualquier medio”, frase que ha sido interpretada en el sistema interamericano como comprensiva de Internet (CIDH, 2013). Así, todos los habitantes en el país tienen reconocido internacionalmente y *ex constitutione* el derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas a través de Internet, sin censura ni interferencias ilegítimas, al igual que fuera de línea.

Al ser la Resolución 38/7 un documento que tiene una evidente fuerza política, debido a que refleja la determinación y la voluntad de toda la comunidad internacional en promover y proteger el disfrute de los derechos humanos en Internet, cabe preguntarnos si los habitantes de la República Bolivariana de Venezuela igualmente gozan de “derechos digitales” (o como también se les conoce, “derechos humanos en línea”), teniendo en cuenta la CRBV y el articulado abordado y analizado anteriormente. La respuesta jurídica es sencilla y afirmativa: normativamente hablando, en el país se reconoce que los derechos humanos y las libertades fundamentales sean también ejercidos y disfrutados en el entorno digital. Como ya se mencionó, el artículo 19 de la CRBV impone al Estado la obligación de garantizar progresivamente todos los derechos humanos a todas las personas sin discriminación, lo cual incluye, evidentemente, su goce en nuevas plataformas tecnológicas y medios telemáticos.

Sería contrario al espíritu del artículo 19 constitucional entender que existan “zonas grises”, de incertidumbre o ambigüedad en las TIC (como Internet) donde los derechos no estén garantizados; por el contrario, el principio de progresividad exige ampliar la protección de derechos a los nuevos contextos o escenarios que surjan con la evolución, desarrollo y progreso social. Adicionalmente, el artículo 22 de la CRBV –con su cláusula de no exclusión de otros derechos inherentes– permite sostener válidamente que cuando emergen derechos humanos, como la “libertad informática”, –reconocidos por la comunidad internacional–, podrán ser plenamente exigibles en el país, aunque no estén expresamente previstos en nuestro Texto Fundamental, por ser inherentes a la dignidad humana en la era de las TIC.

Todo lo anterior queda reforzado cuando, según el artículo 23 de la CRBV, los tratados, pactos y convenciones de derechos humanos ratificados por la República Bolivariana de Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen –con aplicación inmediata y directa– en el orden interno, cuando contengan normas más favorables que las previstas en el propio Texto Constitucional y en las leyes.

En resumen, desde una **óptica estrictamente constitucional**, puede afirmarse que todos los habitantes en el territorio venezolano poseen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales tanto en Internet como fuera de esa red. El desafío radica en hacer efectiva la libertad informática y todos los derechos digitales, conforme a los estándares internacionales que el Estado venezolano está obligado a respetar, en virtud de la CRBV y de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos ratificados por el país.

Iniciativas globales: Las TIC y los derechos ciudadanos

En el contexto de las nuevas tecnologías y los derechos ciudadanos, una influyente iniciativa proviene de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Esta organización, compuesta por 38 países, en su mayoría con economías de mercado y sistemas democráticos, se dedica a impulsar políticas que mejoren la igualdad y el bienestar económico y social. Con este propósito, la OCDE adoptó en 2019 los “Principios de IA”, actualizándolos en 2024, los cuales representan el primer estándar intergubernamental sobre la inteligencia artificial.

Los “Principios de IA” de la OCDE son fundamentales, ya que proporcionan una base para la cooperación internacional y la interoperabilidad en el desarrollo y uso de la inteligencia artificial. Su objetivo primordial es fomentar una IA que sea tanto innovadora como fiable, garantizando en todo momento el respeto por los derechos humanos y los valores democráticos.

Estos cinco principios a los cuales se suman cinco recomendaciones para su implementación, constituyen una guía práctica y flexible que permite adaptarse a la rápida evolución tecnológica de la IA, asegurando su aplicabilidad a largo plazo.

Los principios:

- Crecimiento inclusivo, desarrollo sostenible y bienestar fomentados por la IA
- Derechos humanos y valores democráticos, incluida la equidad y la privacidad en el diseño y utilización de la IA
- Transparencia y explicabilidad sobre el funcionamiento, limitaciones y riesgos de la IA
- Robustez, seguridad y protección en el ciclo de vida de la IA
- Responsabilidad y rendición de cuentas por quienes desarrollen u operen sistemas de IA.

Las recomendaciones:

- Invertir en investigación y desarrollo para la innovación y progreso tecnológico de una IA confiable
- Fomentar un ecosistema apropiado de IA en un marco político y regulatorio favorable a la innovación

- Configurar un entorno de gobernanza interoperable que promueva estándares y mejores prácticas
- Desarrollar la capacidad humana y preparar a la sociedad para la transformación del mercado laboral
- Promover la cooperación internacional para el desarrollo y administración de una IA confiable¹⁷

Es evidente, entonces, que la adhesión a estos principios y la adopción de sus recomendaciones tienen como objetivo principal guiar a los políticos de los países de la OCDE, así como a todos los actores de la IA, incluyendo empresas, investigadores y sociedad civil en general, en el desarrollo y la implementación de la IA. Al hacerlo, se busca maximizar los beneficios que esta tecnología ofrece para la sociedad y la economía, al tiempo que se minimicen sus riesgos para un futuro digital más seguro, equitativo, ético y responsable.

Otra iniciativa que es importante mencionar, es aquella surgida de la celebración de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI). Este evento, gestionado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a través de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), en dos fases (Ginebra 2003 y Túnez 2005), propició el debate acerca del enfoque multisectorial para la gobernanza de Internet¹⁸ y para la sociedad de la información¹⁹. A raíz de la

17 OECD. “AI principles”. Disponible en: <https://www.oecd.org/en/topics/ai-principles.html>. Al anterior documento se le suma un informe elaborado por la OCDE y la Corporación Andina de Fomento (CAF) denominado “Uso estratégico y responsable de la inteligencia artificial en el sector público de América Latina y el Caribe”. Disponible en: <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/1941>. Ambos documentos consultados en fecha: 19 de mayo de 2025.

18 “La gobernanza de Internet es el desarrollo y la aplicación complementarios de los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil y la comunidad técnica, en sus respectivas funciones, de los principios, normas, reglas, procedimientos de toma de decisiones y actividades compartidos que dan forma a la evolución y uso de Internet”. Definición de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Disponible en: <https://www.unesco.org/es/internet-governance#:~:text=La%20gobernanza%20de%20Internet%20es,la%20evoluci%C3%B3n%20y%20uso%20de> Consultado en fecha: 15 de abril de 2025

19 Pese a que la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) ha señalado que el concepto de “sociedad de la información” hace referencia a “... un paradigma que está produciendo profundos cambios en nuestro mundo, impulsados principalmente por los nuevos medios disponibles para crear y divulgar información mediante tecnologías digitales” (“Los caminos hacia una sociedad de la información en América Latina y el Caribe” en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/2354-caminos-sociedad-la-informacion-america-latina-caribe#:~:text=El%20concepto%20de%20%22sociedad%20de,divulgar%20>

CMSI han surgido en los últimos años otras propuestas internacionales con el objeto de adaptar y proteger los derechos fundamentales en el entorno digital.

Un ejemplo pionero es el de Europa, que ha establecido un marco explícito de principios digitales. En enero de 2023, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión de la Unión Europea (UE) proclamaron la “Declaración Europea de Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01)”. Este documento refleja la visión europea respecto de la transformación tecnológica teniendo a la persona como su centro, estableciendo un marco común para proteger y salvaguardar la libertad, la seguridad y la privacidad de los ciudadanos en la era de las TIC.

En efecto, y en sus propias palabras: “La EU quiere capacitar a las personas para que disfruten plenamente de las oportunidades que brinda la transición digital. Ha adoptado un conjunto de derechos y principios digitales que reflejan los valores de la UE y promueven una visión de la transformación digital centrada en el ser humano, segura y sostenible. La Declaración también incluye compromisos para que la UE y los Estados miembros actúen en una serie de asuntos digitales”²⁰.

Por estar asentada en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, esta Declaración recuerda e incorpora los derechos más relevantes en la transformación digital, como lo son la libertad de expresión e información, la protección de datos y la privacidad. Los derechos y principios digitales también se basan en la legislación y las políticas establecidas por la UE.

En suma, la Declaración Europea sobre Derechos y Principios Digitales constituye una guía clara para las leyes y políticas digitales de la UE y sus países miembros, orientando su proceso de transformación digital²¹.

informaci%C3%B3n%20mediante%20tecnolog%C3%ADas%20digitales), nos atrevemos a definirla como aquella sociedad en la cual las tecnologías que facilitan la creación, distribución, uso y manipulación de la información, son esenciales y juegan un rol preponderante en las actividades sociales, culturales y económicas. Debe estar centrada en las personas, las comunidades y los pueblos en general, para que puedan emplearlas plenamente en la promoción de un desarrollo sostenible y en la mejora de su calidad de vida.

20 Comisión Europea. “Derechos y principios digitales europeos”. Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/digital-principles> Consultado en fecha: 15 de abril de 2025.

21 Aunque la Declaración Europea sobre Derechos y Principios Digitales no crea leyes por sí misma, sí establece un compromiso político para los países miembros de la UE y una hoja de ruta de valores. Además, deja claro que la UE aspira a promover sus principios como estándar mundial.

Al margen de la UE, varias naciones también han redactado sus propias “cartas de derechos digitales”²², como por ejemplo la “Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en Entornos Digitales”, aprobada durante la XXVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno el 25 de marzo de 2023, siendo Venezuela uno de los países signatarios²³. Se trata de un documento de primer orden debido a que establece las bases para la protección y promoción de los derechos humanos en el ámbito digital en la región iberoamericana.

Es así, que esta Carta se basa en la premisa de que los derechos humanos y las libertades fundamentales deben ser promovidos y salvaguardados tanto en entornos digitales como en entornos no digitales. Consta de diez principios y derechos que incluyen aspectos tales como:

- Centralidad de la persona. Derechos y deberes en entornos digitales
- Integración, inclusión digital y conectividad
- Privacidad, confianza, seguridad de datos y ciberseguridad
- Acceso a la educación, la cultura y la salud en entornos digitales inclusivos y seguros
- Atención especial a niñas, niños y adolescentes
- Participación social, económica y política en entornos digitales justos y sostenibles
- Administración pública digital
- Economía digital justa, inclusiva y segura
- Abordaje de las tecnologías emergentes que no renuncie a la centralidad de las personas

22 Por “carta de derechos digitales” debemos entender al documento en donde se plasman, identifican y defienden todos los derechos de las personas en el entorno de las TIC. Esos instrumentos, que no tienen carácter normativo, se constituyen en guías de acción para los Estados y sus gobiernos en el ámbito digital, buscando garantizar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en el espacio virtual y de las TIC.

23 La República Bolivariana de Venezuela es miembro de la Conferencia Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, junto a los restantes 18 países de América Latina de lenguas castellana y portuguesa, más los países de Andorra, España y Portugal. Secretaría General Iberoamericana. “Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en Entornos Digitales”. Disponible en: <https://www.segib.org/?document=carta-iberoamericana-de-principios-y-derechos-en-entornos-digitales>. _Consultado en fecha: 15 de abril de 2023.

Asistencia y cooperación iberoamericana para la transformación digital

En definitiva, la Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en los Entornos Digitales es un marco base y de derechos esenciales que busca garantizar en el ámbito digital y de las TIC, que los derechos humanos y las libertades fundamentales sean promovidos y protegidos. Los países miembros de la Conferencia Iberoamericana, al suscribir y adoptar este documento, se están comprometiendo a trabajar en conjunto para enfrentar los desafíos y aprovechar las oportunidades que la era digital ofrece, asegurando al mismo tiempo la inclusión, la igualdad y el respeto de los derechos de todos los ciudadanos de Iberoamérica en el ciberespacio.

A todo lo expuesto con anterioridad, se le suma otra tribuna y escenario internacional como lo es el “Foro de Gobernanza de Internet (FGI)”. El FGI, convocado cada año por el Secretario General de la ONU, reúne en igualdad de condiciones a personas pertenecientes a diversos grupos de interés o de presión (“*stakeholders*”), para debatir cuestiones de políticas públicas relacionadas con Internet. Si bien es cierto que el FGI no es un espacio para alcanzar resultados negociados, sí sirve para informar e inspirar a quienes tienen poder decisorio en sus respectivos países, tanto en el sector público como en el privado. La XX reunión del FGI 2025, que se realizará en el venidero mes de junio en la ciudad de Oslo, Noruega, tendrá como tema general “Construyendo Gobernanza Digital Juntos”²⁴.

Pero no lo relacionado con el ámbito digital y las TIC termina aquí, el pasado 5 de diciembre de 2024 en Panamá, la XXXVIII Asamblea Ordinaria del PARLATINO aprobó la Ley Modelo de Inteligencia Artificial que tiene, entre otras finalidades, crear las condiciones mínimas o básicas de orden legal e institucional para que los países de los parlamentos miembros dispongan de elementos de juicio para legislar sobre la IA, sea en la creación de leyes, en la actualización de las existentes o en su reglamentación. Más adelante, haremos referencia nuevamente a esta ley.

En resumen, queda claro que iniciativas internacionales en el ámbito de las TIC, en donde se debate regularmente cómo proteger y salvaguardar en el ciberespacio los derechos humanos y las libertades fundamentales de los ciudadanos,

24 El FGI 2025 se centrará en la necesidad de una gobernanza digital colaborativa y participativa, donde se puedan abordar los desafíos y oportunidades que plantea el desarrollo de las TIC. Los organizadores esperan que el evento sea una plataforma útil para el diálogo y la colaboración entre gobiernos, sector privado, sociedad civil y otros actores relevantes. Internet Governance Forum. Disponible en: <https://www.intgovforum.org/en>. Consultado en fecha: 15 de abril de 2025

pone de relieve la tendencia global de armonizar esos derechos y libertades con los desafíos y las nuevas y cambiantes oportunidades que permite el entorno digital.

Desarrollo normativo de las TIC en Venezuela

Volviendo a nuestro país, tras la aprobación del Texto Fundamental en el año 1999, la República Bolivariana de Venezuela ha desarrollado un conjunto legislativo relacionado con las TIC, el cual enumeramos a continuación en estricto orden cronológico según esas actuales y vigentes leyes fueron promulgadas y publicadas en la Gaceta Oficial:

- Decreto n.º 1.204 con Rango y Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (G.O. n.º 37.148 del 28/02/2001)
- Ley Especial contra los Delitos Informáticos (G.O. n.º 37.313 del 30/10/2001)
- Ley Orgánica de Educación (G.O. Extra. n.º 5.929 del 15/09/2009)
- Ley Para el Poder Popular de la Juventud (G.O. Extra. n.º 5.933 del 21/10/2009)
- Ley Orgánica de Telecomunicaciones (G.O. n.º 39.610 del 7/02/2011)
- Decreto n.º 9.051 con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado (G.O. n.º 39.945 del 15/06/2012) (La Ley de Infogobierno derogó su Capítulo I del Título III y el Título V).
- Ley de Infogobierno (G.O. n.º 40.274 del 17/10/2013)
- Decreto con Rango y Fuerza de Ley Sobre Simplificación de Trámites Administrativo, (G.O. n.º 40.549 del 26/11/2014)
- Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (G.O. Extra. n.º 6.684 del 19/01/2022)
- Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación (G.O. Extra. n.º 6.693 del 1/03/2022)

Teniendo de andamiaje a varias de las leyes mencionadas, a partir del año 2007, el Poder Ejecutivo Nacional ha venido impulsando y ejecutando varios planes sociales, educativos, e-gobierno, comercio y contratos electrónicos e incluso, políticos que, con mayor o menor intensidad, han estado relacionados con las TIC, a saber, entre otros:

- Primer Plan de la Patria Socialista Simón Bolívar 2007-2013
- Segundo Plan de la Patria Socialista Simón Bolívar 2013-2019²⁵
- Ley Constituyente del Plan de la Patria, Proyecto Nacional Simón Bolívar, Tercer Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2019-2025 (G.O. Extra. n.º 6.442 del 3/04/2019)
- Plan Nacional de Telecomunicaciones, Informática y Servicios Postales 2012-2019
- Plan de la Patria, Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico de la Nación 2013-2019
- Plan Nacional de Gobierno Electrónico (PNGE) 2014-2019
- Plan Nacional de Innovación Tecnológica (PNIT) 2019
- Ley Orgánica del Plan de la Patria de las 7 Grandes Transformaciones 2025 - 2031²⁶

25 El Plan de la Patria 2013-2019, buscaba fomentar la consolidación de los espacios de participación ciudadana en la gestión pública de las áreas temáticas relacionadas con la ciencia, tecnología y la innovación, suprimiendo los requerimientos y las formalidades innecesarias exigidas a los ciudadanos para la realización de trámites administrativos. Entre sus fines contemplaba garantizar en las instituciones a la orden de la población el uso de los equipos electrónicos, aplicaciones informáticas en tecnologías libres, masificando el uso de la tecnología y los medios electrónicos para desarrollar las capacidades científicas-tecnológicas vinculadas a la necesidad del pueblo y así lograr la irrupción definitiva del nuevo Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. A través del Plan de la Patria 2019-2025, se intenta impulsar los procesos de alfabetización tecnológica, el acceso, uso, goce, disfrute y desarrollo de las tecnologías de comunicación puestas al servicio del pueblo, a través del aseguramiento de la infraestructura que sea necesaria para que la población pueda acceder a los espacios de participación en las áreas temáticas y territoriales relacionadas con la ciencia, la tecnología y la innovación. Pretende estimular la participación colectiva en la formación para la ciencia y la tecnología, para así garantizar el desarrollo de equipos electrónicos y aplicaciones informáticas basados en tecnologías libres y estándares abiertos al servicio de la Gestión Pública y en especial de la Gestión Judicial.

26 De igual manera, en el Plan de la Patria de las 7T, –en referencia a la Ley Orgánica del Plan de la Patria de las 7 Grandes Transformaciones 2025 – 2031- que contempla 7 Grandes Transformaciones– se persigue la modernización del Estado, buscando con ello la independencia plena, cultural, educativa, científica y tecnológica, democratizando el acceso integral a las tecnologías de la información y comunicación. El Plan de la Patria de las 7T o “Ley Orgánica del Plan de la Patria de las 7 Grandes Transformaciones 2025 - 2031” fue publicada en la Gaceta Oficial n° 6.907 Extraordinario del 24/05/2025.

- Plan Nacional sobre Inteligencia Artificial²⁷.

Todas esas iniciativas, plasmadas en las normas y los planes que se han mencionado, persiguen el uso de las TIC en las relaciones del ciudadano con el Poder Público, como un mecanismo para mejorar la gestión pública y los servicios que se prestan a las personas naturales y jurídicas. También han servido para institucionalizar y regularizar, por ejemplo, el gobierno digital, la innovación científica en la educación, el comercio electrónico²⁸, otras áreas del saber y, por último, el acceso a las redes sociales. Sin embargo, su desarrollo ha sido heteróclito, desigual y no equitativo, dado que ha estado más focalizado en la realización de actividades y procesos burocráticos administrativos²⁹ e incluso judiciales, tendentes a lograr cometidos u objetivos específicos; en vez de desarrollar áreas claves y relevantes como la protección de datos personales, las cuales siguen sin contar con un marco legal específico, robusto y sólido que lo regule, a pesar del mandato constitucional³⁰.

27 En palabras del Presidente de la República, Nicolás Maduro Moros: “Estamos desarrollando el Plan Nacional sobre Inteligencia Artificial; estamos sobre pasos firmes que hay que dar de manera reservada. Estamos avanzando en un plan muy serio para que Venezuela, la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América-Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA-TCP), y en su momento, los países de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), tengan una inteligencia artificial latinoamericana, caribeña, soberana, segura y de nivel mundial”. Este Plan fue activado el pasado 25 de febrero de 2025 y supuestamente está orientado a impulsar el desarrollo integral del país, alineándose para ello con la agenda científico-tecnológica que se estará impulsando desde el ALBA-TCP. Según el Ejecutivo Nacional este plan incluirá la creación de un Centro de Ciencia y Tecnología dedicado al desarrollo de la IA y las Tecnologías Libres. Al respecto, se puede consultar “Inicia la ruta hacia el desarrollo del Plan de Inteligencia Artificial”. Disponible en *patria.noticias.org.ve*: <https://noticias.patria.org.ve/inicia-la-ruta-hacia-el-desarrollo-del-plan-de-inteligencia-artificial/>. Consultado en fecha: 19 de mayo de 2025.

28 Al respecto, se puede consultar: CAVECOM-e., “La Cámara Venezolana de Comercio Electrónico participó en el inicio de las Mesas Técnicas para impulsar el comercio electrónico en el país”. Marzo 15 de 2024. Disponible en: <https://cavecom-e.org.ve/la-camara-venezolana-de-comercio-electronico-cavecom-e-participo-en-el-inicio-de-las-mesas-tecnicas-para-impulsar-el-comercio-electronico-en-el-pais/>. Consultado en fecha: 19 de mayo de 2025.

29 Por ejemplo, tributarios. Al respecto, vale la pena mencionar la Providencia Administrativa del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) n.º SNAT/2024/000102, mediante la cual se dictan las normas que regulan la utilización de medios digitales para la emisión de facturas y otros documentos, publicada en la Gaceta Oficial n.º 43.032 del 19/12/2024.

30 Efectivamente, al día de hoy en Venezuela no existe una ley que regule de manera integral y completa la protección de datos personales. Sin embargo, la CRBV la consagra en su artículo 60 y además las leyes Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y de Infogobierno reconocen este derecho. Por su parte, dentro de una controversia que puso de relieve este

Enfoque de la legislación y jurisprudencia en el ámbito de las TIC: ¿restrictivo y no garantista?

Además de la Ley Especial contra los Delitos Informáticos, el resto de la legislación vigente ha tendido a enfocarse en el control, criminalización y pena-

tema, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo del Justicia a través de su sentencia n.º 1318 del 4/09/2011, estableció con carácter vinculante que toda normativa o sistema sobre datos personales que contenga información de cualquier tipo referida a personas físicas o jurídicas, debe garantizar los principios siguientes: (1) El “principio de la autonomía de la voluntad”, lo cual comporta la necesaria existencia de un consentimiento previo, libre, informado, inequívoco y revocable para el uso o recopilación de datos personales; (2) El “principio de legalidad”. La recopilación de datos personales comporta que la limitación a la autodeterminación informativa, sea el resultado de normas de rango legal; (3) El “principio de finalidad y calidad”. La recopilación de datos personales debe responder a finalidades, motivos o causas predeterminadas que no sean contrarias al ordenamiento jurídico constitucional y sectorial; (4) El “principio de la temporalidad o conservación”. La conservación de los datos se extiende hasta el logro de los objetivos para los cuales han sido elaborados, vale decir, que justificaron su obtención y tratamiento; (5) El “principio de exactitud y de autodeterminación”. Los datos deben mantenerse exactos, completos y actualizados, respondiendo a la verdadera situación de la persona a la que se refieren, ya que toda actividad que comporte la recopilación de datos personales puede ser objeto de control, el cual posee cada ciudadano frente a la información que le concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo la propia identidad, dignidad y su libertad ante injerencias; (6) El “principio de previsión e integralidad”. La tutela de los derechos fundamentales vinculados con la recopilación de datos personales, debe plantearse inicialmente en relación con la protección del individuo contra la recopilación, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos concernientes a la persona en los términos antes expuestos, pero el análisis de la posible afectación de sus intereses o derechos, no puede hacerse en todos los casos aisladamente –vinculado a registros de información determinados–, sino necesariamente debe tomar en consideración los datos que integran otros registros y su posible vinculación, ya que si bien estos pueden carecer en sí mismo de interés, alcanzan un nuevo valor o significado de referencia en relación con otros sistemas de registro de datos; (7) El “principio de seguridad y confidencialidad”. Corolario de los anteriores principios, es la necesaria garantía –según los casos– de confidencialidad, de no alteración de datos por terceros y del acceso a tales datos por parte de las autoridades competentes de conformidad con la ley; (8) El “principio de tutela”. Al respecto, cabe reiterar que “en sentido amplio el derecho a acceder a la información y al conocimiento del fin (...) se trata de derechos que han de ser ejercidos previamente (incluso extrajudicialmente y tal vez hasta por vía administrativa en algunos casos) ante el recopilador real o supuesto, por lo que la lesión al titular de los derechos nace de ese ejercicio extrajudicial fallido. Si se le niega extrajudicialmente el ejercicio porque no se le da acceso a la información, se le da errónea, o no se explica legalmente para qué se registra, se le infringe su situación jurídica que nace directamente de la Constitución”. (Cfr. Sentencia de esta Sala n.º 332/01); y, por último, (9) el “principio de responsabilidad”. La violación del derecho a la protección de datos personales debe generar de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable, sanciones de tipo civil, penal y administrativas, según sea el caso.

lización, más que en la promoción y protección de los derechos digitales y las libertades informáticas. Ejemplos de ello son:

- Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos. (G.O. n.º 39.610 del 7/11/2011)
- Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia. (G.O. n.º 41.276 del 10/11/2017)
- Ley Orgánica Libertador Simón Bolívar contra el Bloqueo Imperialista y en Defensa de la República Bolivariana de Venezuela (G. O. Extra. n.º 6.859 del 29/11/2024).

Por otra parte, han sido varias las ocasiones en que los poderes Ejecutivo y Legislativo, habiendo olvidado el mandato constitucional contenido en el citado artículo 60, han manifestado su deseo de continuar regulando y controlando el acceso y uso de las redes sociales, bien a través de la reforma de la Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia, o a través de la promulgación de nuevas leyes³¹.

En cuanto al Poder Judicial, aunque existen numerosas sentencias, acuerdos y resoluciones del TSJ y de sus Salas, que continuamente siguen abrazando a las TIC, reconociéndoles su valor y utilidad en los procedimientos judiciales, –particularmente los medios telemáticos como la aplicación de mensajería WhatsApp–, ³² ha habido también, lamentablemente, un abordaje improvisado, un enfoque

31 Swissinfo.ch, “Diputados preparan ley para regular redes sociales en Venezuela tras denuncias de Maduro”. Agosto 8 de 2024. Disponible en: <https://www.swissinfo.ch/spa/diputados-preparan-ley-para-regular-redes-sociales-en-venezuela-tras-denuncias-de-maduro/86437885> Consultado en fecha: 19 de abril de 2025; Voz de América, “Venezuela: Maduro apoya regulación de redes sociales y más mano dura”. Agosto 12 de 2024. Disponible en: <https://www.vozdeamerica.com/a/venezuela-maduro-pide-regular-redes-sociales-acelerar-leyes-contr-el-fascismo-y-mano-de-hierro-contr-actos-violentos/7739601.html> Consultado en fecha: 19 de abril de 2025; y Ministerio del Poder Popular para Ciencia y Tecnología. “Asamblea Nacional (AN), creará comisión especial para iniciar legislación sobre las redes sociales”. (s.f). Disponible en: <https://mincyt.gob.ve/an-creara-comision-especial-para-iniciar-legislacion-sobre-las-redes-sociales/> Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.

32 Tribunal Supremo de Justicia. Resolución n.º 2018-0014 del 21 de noviembre de 2018. “El uso de las tecnologías de información y comunicación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia”. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/informacion/resoluciones/sp/resolucionSP_0003709.html Consultado en fecha: 19 de abril de 2025; Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia. Resolución n.º 2020-0008 del 1º de octubre de 2020. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/informacion/resoluciones/sp/resolucionSP_0003770.html Consultado en fecha: 19 de abril de 2025; Sala Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. Resolución n.º 05-2020 del 5 de octubre de 2020. Disponible en: <http://his->

reactivo y, muchas de las veces, peligrosamente contradictorio por ser en la práctica más restrictivo que garantista³³.

Perspectivas legislativas en materia de las TIC

En el año 2024, además de la primera discusión y aprobación por parte de la Asamblea Nacional del proyecto de Ley sobre Inteligencia Artificial (IA)³⁴ y la elaboración de un proyecto de Ley de Comercio Electrónico³⁵, el Legislativo anunció para su agenda del año 2025 el fortalecimiento de la institucionalidad

[torico.tsj.gob.ve/informacion/resoluciones/scc/resolucionSCC_0003772.html](http://historico.tsj.gob.ve/informacion/resoluciones/scc/resolucionSCC_0003772.html) Consultado en fecha: 19 de abril de 2025; Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia. Resolución n.º 2020-0029 del 9 de diciembre de 2020. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/informacion/resoluciones/sp/resolucionSP_0003709.html Consultado en fecha: 19 de abril de 2025; Sala Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. Resolución n.º 03-2020 del 28 de julio del 2020. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/informacion/resoluciones/sp/resolucionSP_0003790.html Consultado en fecha: 19 de abril de 2025; Gaceta Oficial n.º 42.243 del 28/10/2021. Normas generales sobre actuaciones por medios electrónicos ante la Sala Político Administrativa del TSJ. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/normas-actuaciones-medios-electronicos-sala-politico-administrativa>. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025; Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia. Resolución n.º 2021-0011 del 9 junio de 2021, *ob. cit.*

- 33 Rafael Medina Villalonga. “Crítica de las Decisiones Judiciales n.º 14 Bloqueo de la Página del Tribunal Supremo de Justicia”. VERITAS LEX Grupo Jurídico. Febrero 5 de 2025. Disponible en: <https://www.abogadosveritaslex.com.ve/blog/critica-de-las-decisiones-judiciales-n-14-bloqueo-de-la-pagina-del-tribunal-supremo-de-justicia-1867>. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025; Acceso a la Justicia, “El TSJ respalda al Gobierno y multa a TikTok con 10 millones de dólares”. Enero 15 de 2025. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/tsj-respalda-gobierno-multa-tiktok-10-millones-dolares/>. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025; Fiorella Tagliafico, “¿Cuáles son las páginas y redes sociales que han sido bloqueadas en Venezuela?”. Eldiario., Enero 17 de 2025. Disponible en: <https://eldiario.com/2025/01/17/cuales-son-paginas-redes-sociales-bloqueadas-venezuela/>. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025; Ramón Escovar León, “Comentarios a la sentencia n.º 182 del 25.4.25 dictada por la Sala de Casación Civil que reguló la notificación digital y que fue cambiada el pasado 30.4.25”, Disponible en: <https://www.instagram.com/reel/DJK0wYnCAH/?igsh=Ymk2YnphM2Riemxr>. Consultado en fecha: 15 de mayo de 2025. Por último, la propia Resolución de la ONU 38/7 que lleva por nombre “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet”, también “... condena las medidas de censura y los apagones de la Internet, así como las restricciones indebidas a la libertad de expresión en línea”. Disponible en: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/38/7 Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.
- 34 Asamblea Nacional. “AN aprueba en primer discusión Proyecto de Ley de Inteligencia Artificial”. Noviembre 19 de 2024. Disponible en <https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/an-aprueba-en-primer-discusion-proyecto-de-ley-de-inteligencia-artificial> Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.
- 35 Asamblea Nacional. “Comisión de Ciencia impulsará la Ley de Comercio Electrónico. Octubre 9 de 2024. Disponible en: <https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/comi->

democrática sobre la base de la pluralidad política y la participación ciudadana en los asuntos públicos, que incluiría no solamente la segunda discusión de ese proyecto³⁶, sino también la de los proyectos de ley siguientes³⁷:

- Ley de Redes Sociales
- Ley de Identidad y Ciudadanía Digital
- Reforma de la Ley de Infogobierno
- Ley de Ciudades Inteligentes
- Reforma de la Ley de Propiedad Industrial
- Reforma de la Ley sobre Derecho de Autor
- Ley de Marcas y Calidad Comunal
- Ley de Marcas Colectivas
- Proyecto de Ley de Actividades Espaciales
- Ley de Aplicaciones Digitales y Unificación de Alto Rendimiento

Estas iniciativas parecieran reflejar una intención de modernizar el marco normativo venezolano en materia de las TIC y de algunos derechos humanos y libertades fundamentales, pero aún persiste la omisión legislativa respecto del mandato constitucional del artículo 60 de la CRBV, de una ley que limite “... el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos”. Sin embargo, la participación ciudadana, la transparencia y la independencia institucional serán claves para evitar que estas leyes, de ser sancionadas y promulgadas, se desvíen de sus verdaderos objetivos y finalidades para, una vez más, ser utilizadas con fines de ejercer mayor regulación y control sobre la población e incluso, una censura encubierta mucho más amplia y completa a la que existe en la actualidad.

sion-de-ciencia-impulsara-ley-de-comercio-electronico Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.

36 Ministerio del Poder Popular para Ciencia y Tecnología. “Segunda discusión de Ley de Inteligencia Artificial continuará en 2025”. (s.f) Disponible en: <https://mincyt.gob.ve/segunda-discusion-ley-inteligencia-artificial-continuar-2025/> Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.

37 Asamblea Nacional. “Subcomisión de Innovación afina proyecto de Ley de Identidad y Ciudadanía Digital”. (s.f). Disponible en: <https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/subcomision-de-innovacion-afina-proyecto-de-ley-de-identidad-y-ciudadania-digital> Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.

El proyecto de Ley de Inteligencia Artificial (IA)³⁸

Aprobado en primera discusión en el año 2024 en la Asamblea Nacional para ser debatido en segunda y última discusión en el primer trimestre de 2025—según originalmente se había informado³⁹—, este proyecto de ley representa un avance en términos de alineación con las actuales tendencias internacionales. Según sus redactores, es un instrumento que en 57 artículos, dos disposiciones transitorias y una sola disposición final, busca promover, proteger, evaluar e impulsar el desarrollo, uso y aplicación de la IA, así como también garantizar el cumplimiento de los principios y derechos constitucionales y legales, el uso sustentable de los recursos naturales de la nación, la innovación y la educación en esta tecnología, el ejercicio de la soberanía nacional y el desarrollo del país⁴⁰.

Según el proyecto de ley, la IA es el “...conjunto de sistemas informáticos diseñados para tener capacidad de aprendizaje de manera automática, asistida o híbrida, que permite aplicar algoritmos para generar información de salida, en entornos reales o virtuales, que se asemejan a lo que el ser humano entiende como razonamiento o inteligencia”⁴¹.

38 El proyecto de ley aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional no aparece publicado en su sitio web: <https://www.asambleanacional.gob.ve/leyes/proyectos>. Una versión de ese anteproyecto puede encontrarse en sitios especializados y reputados como: <https://ruabogado.net/proyecto-de-ley-de-inteligencia-artificial-en-venezuela-pdf/>, de donde hemos consultado el “Anteproyecto de Ley de Inteligencia Artificial del 13 de noviembre de 2024”.

39 PRIMICIA, “Ley de Inteligencia Artificial será discutida en la AN en primer trimestre del 2025. Diciembre 22 de 2024. Disponible en: <https://primicia.com.ve/nacion/ley-de-inteligencia-artificial-sera-discutida-en-la-an-en-primer-trimestre-2025/> Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.

40 Caleidoscopio Humano, “Lo que se sabe del proyecto de ley para regular la IA en Venezuela”. Noviembre 22 de 2024. Disponible en: <https://caleidohumano.org/lo-que-se-sabe-del-proyecto-de-ley-para-regular-la-ia-en-venezuela/>. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.

41 Si esa definición la contrastamos con la que aparece en el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de junio de 2024, que establece normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, fácilmente se puede apreciar que para la UE la IA es un “...un sistema basado en máquinas que está diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras su despliegue y, que, para objetivos explícitos o implícitos infiere, a partir de la entrada que recibe, cómo generar salidas tales como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales”. UE Artificial Intelligence Act. “Artículo 3: Definiciones”. Disponible en: <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/3/> Consultado en fecha: 20 de mayo de 2025. Por su parte, para la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la IA está “construida a partir de data, hardware y conectividad, lo que permite que máquinas simulen aspectos de la inteligencia humana tales como la percepción, la solución de problemas, la interacción lingüística y hasta la creatividad”. UNESCO. “Inteligencia Artificial”. Disponible en: <https://www.unesco.org/>

Entre sus aspectos positivos podemos destacar:

1. Se declara de utilidad pública e interés general el desarrollo, acceso, uso y aplicación de la IA.
2. El Estado venezolano asume la responsabilidad de velar por el cumplimiento de la ley, estableciendo para ello las garantías, estrategias y medidas necesarias para proteger la vida, el honor, la privacidad, la intimidad, la libertad, la propia imagen de las personas, la igualdad, la propiedad intelectual, sin menoscabo de otros derechos.
3. Creación del ente regulador denominado Agencia Nacional de Inteligencia Artificial (ANIA).
4. Enfoque y abordaje general en los principios, derechos fundamentales, soberanía tecnológica y defensa integral de la nación.
5. Establecimiento de principios rectores como la privacidad, la protección de datos, la confidencialidad, la no discriminación, entre otros, así como también, la ética en los servicios de aplicaciones de sistemas de IA.
6. Reconocimiento de derechos del usuario frente a sistemas de IA, como el de interactuar libremente en los sistemas o servicios de IA, el consentimiento de uso informado, seguridad, entre otros.
7. Categorización de los niveles de riesgo en los sistemas de IA, similares a los de la UE⁴².

Sin embargo, el proyecto de Ley presenta aspectos que pudiéramos catalogar como abiertamente contraproducentes y que pueden ser sustancialmente mejorados mediante la aplicación rigurosa de la normativa citada y comentada en este estudio, así como por su comparación con la Ley Modelo de Inteligencia Artificial para América Latina y el Caribe⁴³, aprobada en diciembre de 2024 por el Parlamento Latinoamericano y Caribeño (PARLATINO). Así tenemos:

[org/es/artificial-intelligence](https://artificial-intelligence.org/es/artificial-intelligence). Consultado en fecha: 20 de mayo de 2025. Como puede observarse, tanto la UE como la UNESCO hacen un abordaje y definición de la IA desde una perspectiva mucho más amplia y teórica que el proyecto de ley venezolana.

42 El proyecto de ley categoriza los niveles de riesgo en inaceptable, alto, medio y bajo. La UE lo hace en cambio en: inaceptable, alto, limitado y mínimo (o nulo).

43 Parlamento Latinoamericano y Caribeño. “Leyes modelo aprobadas”. Disponible en: <https://parlatino.org/leyes-modelo-aprobadas-por-el-parlatino/>. Consultado en fecha: 20 de mayo de 2025.

- Debido a que entre sus objetivos está la protección de los recursos naturales de la nación requeridos por los sistemas de IA, no queda claro si también quedarían sujetos a la aplicación del proyecto de ley las entidades jurídicas públicas, privadas o mixtas que fabriquen y manufacturen equipos y aparatos de informática, computación, afines y sus componentes, y que utilicen materia prima como coltán, litio, aluminio, derivados de la industria petroquímica, etc.
- Según el proyecto, en circunstancias excepcionales cuando la seguridad de la nación lo amerite, o por situaciones de fuerza mayor que demanden el empleo de IA para la seguridad, defensa o el mantenimiento de la paz y el orden constitucional, el Estado venezolano podría desarrollar, desplegar y utilizar soluciones de IA de riesgo alto o inaceptable. Esta potestad, sin embargo, implicaría una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas.
- El proyecto no proporciona claridad y certeza en cuanto a cómo abordará temas como los sesgos algorítmicos y la discriminación indirecta.
 - No aparecen en el proyecto las regulaciones, los requisitos y las obligaciones que deberán cumplir las organizaciones o proveedores de soluciones o sistemas de IA de alto riesgo.
 - El proyecto no impone la obligación a las organizaciones o proveedores de soluciones o sistemas de IA de realizar evaluaciones periódicas de impacto para identificar posibles riesgos en áreas como protección de datos, propiedad intelectual, discriminación y acceso equitativo.
 - Ausencia de requisitos técnicos obligatorios y de ciberseguridad.
 - Cuestionable invasión de la reserva legal en aquellos casos en donde se delega en la ANIA la facultad de determinar las sanciones administrativas aplicables a quienes infrinjan la ley.
 - Gran discrecionalidad en las medidas que podrá adoptar e imponer la ANIA a los sujetos que cometan alguna ilegalidad.
 - Ausencia absoluta de disposiciones que regulen expresamente cuál será el procedimiento administrativo sancionador aplicable a los infractores de la ley. El proyecto se limita a indicar que será aquel procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico vigente.

Resumiendo, el proyecto es vanguardista permitiendo avanzar en el pleno reconocimiento y el debido respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. Debido a ello, constituye un progreso significativo en cuanto a la protección de los derechos digitales de las personas, al consagrar expresamente normas como el derecho al consentimiento informado, la privacidad de datos, la protección de la voz y la imagen. Sin embargo, es fundamental que el proceso legislativo se rija con inquebrantable apego por la CRBV, así como por los tratados, pactos y convenciones internacionales. La innovación, en este sentido, debe ser responsable y estar siempre acorde con los principios y valores supremos de un Estado democrático y social de Derecho y Justicia, cualidad que, según el artículo 2° constitucional, define a la República Bolivariana de Venezuela.

Conclusiones: El desafío de implementar los derechos digitales en Venezuela

Venezuela cuenta con una base constitucional sólida para el desarrollo de un marco normativo moderno en materia de las TIC. Sin embargo, en la práctica, la mayor parte de la actividad legislativa ha estado volcada al control más que en la promoción de derechos digitales. Recordemos lo expuesto previamente: la falta de una ley de protección de datos como lo exige el artículo 60 constitucional, el uso político de leyes restrictivas y una jurisprudencia limitada en materia de garantías digitales, marcan una brecha entre la Carta Fundamental y su verdadera aplicación.

En un entorno digital como el actual, donde la información circula rápidamente y las tecnologías evolucionan de forma constante, se crean y establecen nuevas formas de ejercicio de la libertad informática y de los derechos digitales. Lejos de erigirse como un obstáculo insalvable, ese dinamismo permite que dicha libertad y derechos tengan cabida y, por ende, perfecta aplicación y vigencia dentro de los derechos constitucionales clásicos. La CRBV fue visionaria al incorporar disposiciones como el *habeas data*, anticipando la protección de derechos en entornos informáticos. Los derechos de libre personalidad, privacidad, inviolabilidad de comunicaciones y libre expresión ofrecen un marco suficientemente robusto para cobijar las expresiones digitales de la libertad.

No obstante, la evolución de las TIC sigue siendo un desafío constante para el intérprete y al legislador al momento de precisar alcances y, en caso necesario, reconocer dimensiones específicas o garantías adicionales que aseguren que los derechos tradicionales conserven aún su efectividad plena en el entorno virtual.

Según declaraba Antonio de Oliveira Guterres, Secretario General de ONU, durante el *Internet Governance Forum* en el año 2018: “La humanidad debe estar

en el centro de la evolución tecnológica. La tecnología no debe usar a las personas; nosotros debemos usar la tecnología para el beneficio de todos”⁴⁴.

Si de por sí es importante que el Secretario General de la ONU hiciera una reflexión como la citada, resulta más significativo y trascendental la explicación que da el Rvdmo. P. Robert Francis Prevost, –nombre secular del actual Papa León XIV–, acerca de la elección de su nombre pontificio. Ante los miembros del Sacro Colegio Cardenalicio, Su Santidad explicó que “es una referencia a León XIII, quien con la *Rerum Novarum* afrontó la cuestión social en la primera revolución industrial. Hoy la Iglesia debe responder a otra revolución industrial –en obvia alusión a las TIC– y al desarrollo de la inteligencia artificial”⁴⁵. Este paralelismo subraya la relevancia de los desafíos digitales actuales.

Las TIC deben ser una herramienta para elevar la calidad de vida de toda la población, y no un medio para dominarla. Para alcanzar este propósito, y tal como ha sucedido históricamente con otras innovaciones transformadoras, es imprescindible el establecimiento de políticas claras y visionarias. Estas deben anticipar y mitigar la aparición de efectos indeseados o aborrecibles, así como prevenir usos malintencionados, deshonestos e inmorales que puedan surgir de su desarrollo y aplicación.

Por consiguiente, la libertad informática y los derechos digitales no solo son necesarios, sino que deben liderar una transformación digital profundamente humanista. En este nuevo paradigma, la constante y permanente innovación tecnológica debe ir inexorablemente de la mano con una verdadera y efectiva protección de las personas. Esto se logrará a través de la consolidación de un conjunto de libertades, derechos y garantías que les permitan experimentar y sentirse plenamente confiadas, seguras y resguardadas en el dinámico y creciente entorno digital.

Referencias bibliográficas

Acceso a la Justicia, “El TSJ respalda al Gobierno y multa a TikTok con 10 millones de dólares”. Enero 15 de 2025. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/tsj-respalda-gobierno-multa-tiktok-10-millones-dolares/>. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.

44 *datos.gob.es*, “Derechos digitales: principios, iniciativas y desafíos en la era digital”. Marzo 20 de 2025. Disponible en: <https://datos.gob.es/es/blog/derechos-digitales-principios-iniciativas-y-desafios-en-la-era-digital>. Consultado en fecha: 20 de mayo de 2025.

45 *vaticannews.es*, “Leon XIV explica...” Mayo 15 de 2005. Disponible en <https://www.ins-gram.com/reel/DJdTb5Nsoh-/?igsh=MXdtZnR2cWWh1Nnc0dQ%3D%3D>. Consultado en fecha: 20 de mayo de 2025.

ÁLVAREZ DE BOZO, Miriam; ÁVILA HERNÁNDEZ, F. M. y PEÑARANDA QUINTERO, H. *La Libertad Informática. Derecho Fundamental de la Constitución venezolana*. Publicaciones La Universidad del Zulia y Organización Mundial de Derecho e Informática. Maracaibo, 1999, p. 22.

Asamblea General de las Naciones Unidas. “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet”. Disponible en: https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_38_L10.pdf#:~:text=1,de%20cualquier%20medio%20de%20suu. Consultado en fecha: 21 de abril de 2025.

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos* (Resolución 217 A III). (Diciembre 10 de 1948). Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.

Asamblea Nacional. “Subcomisión de Innovación afina proyecto de Ley de Identidad y Ciudadanía Digital”, (s.f). Disponible en: <https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/subcomision-de-innovacion-afina-proyecto-de-ley-de-identidad-y-ciudadania-digital>. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025. Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial Extraordinaria n.º 5.453. (1999) Disponible en: https://www.gacetaoficialdevenezuela.com/gaceta-oficial-de-venezuela-5453-del-viernes-24-marzo-2000#google_vignette. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.

BARRIO ANDRÉS, Moisés. *Manual de Derecho Digital*. Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2020 (pp. 31-32).

BREWER-CARÍAS, Allan R. “Sobre la ‘*publicatio*’ en el régimen de la contratación administrativa: las nociones de “actividades reservadas al estado”, “utilidad pública”, “interés social”, “servicio público”, “dominio público” y “orden público””. XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Bases y Retos de la Contratación Pública en el Escenario Global. Santo Domingo, 3 de octubre de 2017, p. 9. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/10/1200.-conf.-doc.Brewer.-Sobre-SOBRE-LA-%E2%80%9CPUBLICATIO%E2%80%9D-EN-EL-DERECHO-P%C3%9ABLICO-utilidad-p%C3%BAblica-reserva-al-Estado-servicio-p%C3%BAblico-dominio-p%C3%BAblico-2017.docx>. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.

Caleidoscopio Humano, “Lo que se sabe del proyecto de ley para regular la IA en Venezuela”. Noviembre 22 de 2024. Disponible en: <https://caleidohumano.org/lo-que-se-sabe-del-proyecto-de-ley-para-regular-la-ia-en-venezuela/>. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.

- CAVECOM-e., “La Cámara Venezolana de Comercio Electrónico participó en el inicio de las Mesas Técnicas para impulsar el comercio electrónico en el país”. Marzo 15 de 2024. Disponible en: <https://cavecom-e.org.ve/la-camara-venezolana-de-comercio-electronico-cavecom-e-participo-en-el-inicio-de-las-mesas-tecnicas-para-impulsar-el-comercio-electronico-en-el-pais/>. Consultado en fecha: 19 de mayo de 2025.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe, (CEPAL). “Los caminos hacia una sociedad de la información en América Latina y el Caribe”. Julio 1° de 2003 Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/2354-caminos-sociedad-la-informacion-america-latina-caribe#:~:text=El%20concepto%20de%20%22sociedad%20de,divulgar%20informaci%C3%B3n%20mediante%20tecnolog%C3%ADas%20digitales>. Consultado en: 12 de mayo de 2025.
- Comisión Europea (UE). “Derechos y principios digitales europeos”. Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/digital-principles>. Consultado en fecha: 15 de abril de 2025
- Corporación Andina de Fomento (CAF). “Uso estratégico y responsable de la inteligencia artificial en el sector público de América Latina y el Caribe”. Disponible en: <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/1941>. Consultado en fecha: 19 de mayo de 2025. *datos.gob.es*, “Derechos digitales: principios, iniciativas y desafíos en la era digital”. Marzo 20 de 2025. Disponible en: <https://datos.gob.es/es/blog/derechos-digitales-principios-iniciativas-y-desafios-en-la-era-digital>. Consultado en fecha: 20 de mayo de 2025.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1989, pp. 240 y 250.
- ESCOVAR LEÓN, Ramón “Comentarios a la sentencia n.º 182 del 25.4.25 dictada por la Sala de Casación Civil que reguló la notificación digital y que fue cambiada el pasado 30.4.25”. Disponible en: <https://www.instagram.com/reel/DJK0wYuNcAH/?igsh=Ymk2YnphM2Riemxr>. Consultado en fecha: 15 de mayo de 2025.
- Gaceta Oficial n.º 42.243 del 28/10/2021. “Normas generales sobre actuaciones por medios electrónicos ante la Sala Político Administrativa del TSJ”. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/normas-actuaciones-medios-electronicos-sala-politico-administrativa/>. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.
- MEDINA VILLALONGA, Rafael. “Crítica de las Decisiones Judiciales n.º 14. Bloqueo de la Página del Tribunal Supremo de Justicia”. VERITAS LEX Grupo Jurídico. Febrero 5 de 2025. Disponible en: <https://www.abogadosveritaslex.com.ve/blog/critica-de-las-decisiones-judiciales-n-14-bloqueo-de-la-pagina-del-tribunal-supremo-de-justicia-1867>. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.

- Ministerio del Poder Popular para Ciencia y Tecnología. “Asamblea Nacional (AN), creará comisión especial para iniciar legislación sobre las redes sociales” (s.f). Disponible en: <https://mincyt.gob.ve/an-creara-comision-especial-para-iniciar-legislacion-sobre-las-redes-sociales/>. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.
- Ministerio del Poder Popular para Ciencia y Tecnología. “Segunda discusión de Ley de Inteligencia Artificial continuará en 2025” (s.f) Disponible en: <https://mincyt.gob.ve/segunda-discusion-ley-inteligencia-artificial-continuara-2025/>. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.
- Noticias Venevisión, “Asamblea Nacional aprueba Ley Orgánica del Plan Nacional de Desarrollo de las 7T 2025-2031”. Mayo 19 de 2025. Disponible en <https://noticiasvenevision.com/noticias/politica/asamblea-nacional-aprueba-ley-organica-del-plan-nacional-de-desarrollo-de-las-7t-2025-2031>. Consultado en fecha: 20 de mayo de 2025.
- Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD. “AI principles”. Disponible en: <https://www.oecd.org/en/topics/ai-principles.html>. Consultado en fecha: 19 de mayo de 2025
- Organización de los Estados Americanos, (OEA). “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica”. Noviembre 22 de 1969. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.
- Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.
- Organización de las Naciones Unidas, (ONU). “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)”. (Aprobación: 16 de diciembre de 1996; en vigor: 23 de marzo de 1979) Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf. Consultado en fecha: 18 de mayo de 2025
- Organización de las Naciones Unidas, (ONU). Resolución 38/7: “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet”. Disponible en: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/38/7. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, (UNESCO). “La gobernanza de Internet”. Disponible en: <https://www.unesco.org/es/internet-governance#:~:text=La%20gobernanza%20de%20Internet%20es,la%20evoluci%C3%B3n%20y%20uso%20de>. Consultado en fecha: 15 de abril de 2025
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, (UNESCO). “Inteligencia Artificial”. Disponible en: <https://www.unesco.org/es/artificial-intelligence>. Consultado en fecha: 20 de mayo de 2025.

- Parlamento Latinoamericano y Caribeño (PARLATINO). “Leyes modelo aprobadas”. Disponible en: <https://parlatino.org/leyes-modelo-aprobadas-por-el-parlatino/>. Consultado en fecha: 20 de mayo de 2025
- patria.*noticias.org.ve*: “Inicia la ruta hacia el desarrollo del Plan de Inteligencia Artificial”. Disponible en <https://noticias.patria.org.ve/inicia-la-ruta-hacia-el-desarrollo-del-plan-de-inteligencia-artificial/>. Consultado en fecha: 19 de mayo de 2025.
- PELLEGRINO PACERA, Cosimina. “El Derecho a la Intimidad en la nueva era informática, el derecho a la autodeterminación informativa y el *habeas data* a la luz de la Constitución Venezolana de 1999”. *Revista de Derecho Público* n.º 85-88, enero-diciembre de 2001. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001.
- PÉREZ SALAZAR, Gonzalo. “Ciclo de conferencias sobre el libro Jurisprudencia sobre derechos y garantías constitucionales”. UNIVERSITAS. Febrero 25 de 2025. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=vwxtPp02qa8>. Consultado en fecha: 13 de mayo de 2025.
- PRIMICIA, “Ley de Inteligencia Artificial será discutida en la AN en primer trimestre del 2025”. Diciembre 22 de 2024. Disponible en: <https://primicia.com.ve/nacion/ley-de-inteligencia-artificial-sera-discutida-en-la-an-en-primer-trimestre-2025/>. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia n.º 1281 del 26 de junio de 2006. Caso: Pedro Reinaldo Carbone Martínez. Exp: 05-1964. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1281-260606-05-1964.HTM>. Consultado en fecha: 15 de abril de 2025.
- Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. Resolución n.º 05-2020 del 5 de octubre de 2020. “Apertura y funcionamiento del despacho virtual para todos los tribunales que integran la jurisdicción civil a nivel nacional”. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/informacion/resoluciones/scc/resolucionSCC_0003772.html. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.
- Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. Resolución n.º 03-2020 del 28 de julio del 2020. “Directrices para el trámite de nuevos procedimientos judiciales a través de un sistema digital”. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/informacion/resoluciones/sp/resolucionSP_0003790.html. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.
- Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia. Resolución n.º 2020-0008 del 1º de octubre de 2020. “Permanecerán suspendidas las causas y no correrán los lapsos durante la semana de restricción decretada por el Ejecutivo Nacional, salvo para aquellas que puedan decidirse a través de los medios telemáticos, informáticos y de comunicación (TIC)”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/informa->

cion/resoluciones/sp/resolucionSP_0003770.html. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.

Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia. Resolución n.º 2020-0029 del 9 de diciembre de 2020. “Lineamientos para la práctica de la notificación electrónica, a través de correo electrónico por los circuitos judiciales y tribunales de protección de niños, niñas y adolescentes a nivel nacional”. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/informacion/resoluciones/sp/resolucionSP_0003709.html. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.

Sala Plena del TSJ. Resolución n.º 2021-0011 del 9 de junio de 2021. “Lineamientos que regularán la suscripción y publicación de decisiones con firma digital, práctica de citaciones y notificaciones electrónicas y la emisión de copias simples o certificadas por vía electrónica”. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/informacion/resoluciones/sp/resolucionSP_0003811.html. Consultado en fecha: 15 de abril de 2025.

Sala Plena del TSJ. Resolución n.º 2021-0011 del 9 de junio de 2021. “Normas Generales que regularán la suscripción y publicación de decisiones con firma digital, práctica de citaciones y notificaciones electrónicas y la emisión de copias simples o certificadas por vía electrónica”. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/informacion/resoluciones/sp/resolucionSP_0003811.html. Consultado en fecha: 15 de abril de 2025.

Secretaría General Iberoamericana. “Carta Iberoamericana de Principios y Derechos en Entornos Digitales”. Disponible en: <https://www.segib.org/?document=carta-iberoamericana-de-principios-y-derechos-en-entornos-digitales>. Consultado en fecha: 15 de abril de 2025.

Swissinfo.ch, “Diputados preparan ley para regular redes sociales en Venezuela tras denuncias de Maduro”. Agosto 8 de 2024. Disponible en: <https://www.swissinfo.ch/spa/diputados-preparan-ley-para-regular-redes-sociales-en-venezuela-tras-denuncias-de-maduro/86437885>. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.

TAGLIAFICO, Fiorella. **“¿Cuáles son las páginas y redes sociales que han sido bloqueadas en Venezuela?”**. Eldiario. Abril 25 de 2025. Disponible en: <https://eldiario.com/2025/01/17/cuales-son-paginas-redes-sociales-bloqueadas-venezuela/>. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.

Tribunal Constitucional de España. Sentencia 254/1993 del 20 de julio. Caso Francisco J. Olaverri Z. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2383>. Consultado en fecha: 27 de abril de 2025.

Tribunal Supremo de Justicia. Resolución n.º 2018-0014 del 21 de noviembre de 2018. “El uso de las tecnologías de información y comunicación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia”. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve>.

ve/informacion/resoluciones/sp/resolucionSP_0003709.html. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025. [tuabogado.net](https://tuabogado.net/proyecto-de-ley-de-inteligencia-artificial-en-venezuela-pdf/), “Anteproyecto de Ley de Inteligencia Artificial del 13 de noviembre de 2024”. Abril 16 de 2025. <https://tuabogado.net/proyecto-de-ley-de-inteligencia-artificial-en-venezuela-pdf/>. Consultado en fecha: 22 de abril de 2025.

Unión Europea (UE), Artificial Intelligence Act, “Artículo 3: Definiciones”. Disponible en: <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/3/>. Consultado en fecha: 20 de mayo de 2025. [vaticannews.es](https://www.vaticannews.es/), “Leon XIV explica...”. Mayo 15 de 2005. Disponible en <https://www.instagram.com/reel/DJeTb5Nsoh-/?igsh=MXdtZnR2cWh1Nnc0dQ%3D%3D> Consultado en fecha: 20 de mayo de 2025.

Voz de América, “Venezuela: Maduro apoya regulación de redes sociales y más mano dura”. (Agosto 12 de 2024) Disponible en: <https://www.vozdeamerica.com/a/venezuela-maduro-pide-regular-redes-sociales-acelerar-leyes-contra-el-fascismo-y-mano-de-hierro-contra-actos-violentos/7739601.html>. Consultado en fecha: 19 de abril de 2025.

EXORDIO

Es un inmenso honor como profesor de esta Universidad, celebrar los 50 años del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, centro de pensamiento cada vez más importante y necesario en Venezuela, en particular por las continuas confusiones jurídicas a la que estamos sometidos, que provienen de quien no conoce el derecho que nos rige o simplemente lo usa para sus propios intereses políticos/personales, forme parte del gobierno o no.

Hace muchos años tuve la dicha de dirigir lo que fue la semilla del hoy Instituto de Investigaciones Jurídicas dirigido con acierto por el Profesor César Augusto Carballo Mena; me refiero al órgano que le dio origen, como fue el Centro de Investigaciones Jurídicas, y recuerdo de aquella época un proyecto de investigación que se elaboró para el Ministerio de Relaciones Interiores sobre las Constituciones de los Estados, trabajo publicado en dos tomos, y seguro pueden consultar en la Biblioteca.

Siempre me quedó el interés en comprender la esencia de la estructura político territorial de Venezuela y tratar de ubicar donde está el poder político que debe mover esa trilogía: República, Estados y Municipios, concebidos para aquella época por la Constitución de 1961 de una manera jerárquica descendente, y analizar el devenir de los hechos que esconden nuestro verdadero sistema político.

Por ello decidí presentar a este Congreso el tema titulado:

El federalismo descentralizado de la constitución de 1999 algunas reflexiones para avanzar

Cecilia Sosa Gómez¹

Inicio estas reflexiones con un breve recorrido histórico/constitucional, para comprobar lo que Venezuela ha pretendido ser como estructura político territorial, y luego como se consagró en el texto de la Constitución de 1999, bajo una forma distinta de organización como es declarar en su artículo 2 que somos una “**República federal descentralizada**”.

Si revisamos los nombres de las tantas Constituciones de Venezuela, concluimos que el federalismo está presente en casi todas ellas, y a tal efecto las enunciamos así:

1. **1811. Constitución Federal**, suscrita por los representantes de las regiones reunidos en Congreso General.
2. **1864. Constitución de los Estados Unidos de Venezuela.**
3. **1874. Constitución de los Estados Unidos** para formar la Federación.
4. **1881. Constitución de los Estados Unidos de Venezuela.**
5. **1891. Constitución de los Estados Unidos de Venezuela, se declaró Independientes y unidos** para formar la Federación Venezolana.
6. **1893. Constitución de los Estados independientes y unidos** para formar la Federación Venezolana.
7. **1901. Constitución. Los Estados que declarados independientes**, forman la Nación con el nombre de **Estados Unidos de Venezuela.**
8. **1904. Constitución. Estados Unidos de Venezuela.**

1 Abogado, graduada en la UCV. Doctor en Derecho Universidad Paris 1, La Sorbona. Investigador adscrito al Instituto de Derecho Público, UCV. Director del Centro de Investigaciones Jurídicas, UCAB. Profesor visitante Cátedra Andrés Bello, Oxford, Inglaterra. Profesor de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de pre y post grado de la UCV, UCAB y UAM. Director Académico de la organización Bloque Constitucional de Venezuela. Desde 2015 Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Coordinadora de la Especialización en Derecho Constitucional UCV.

9. 1909. Constitución. Estados Unidos de Venezuela.
10. 1922. Constitución. Estados Unidos de Venezuela.
11. 1925. Constitución. Estados Unidos de Venezuela.
12. 1928. Constitución. Estados Unidos de Venezuela.
13. 1929 Constitución. Estados Unidos de Venezuela.
14. 1931. Constitución. Estados Unidos de Venezuela.
15. 1936. Constitución. Estados Unidos de Venezuela.
16. 1945. Constitución. Estados Unidos de Venezuela.
17. 1947. Constitución. Estados Unidos de Venezuela.
18. 1953. Constitución. Estados Unidos de Venezuela.

Constituciones sin la calificación de federales:

1. 1819. **Constitución Política del Estado de Venezuela.** La decretaron las provincias liberadas del despotismo español, formada por nuestros representantes, diputados al efecto por las provincias del territorio.
2. 1961. **Constitución de la República de Venezuela.**

Constituciones con otra calificación:

1. 1830. **Constitución del Estado de Venezuela** formada por los diputados de las provincias.
2. 1857. **Constitución. (deroga expresamente la de 1830).**
3. 1858. **Constitución de la República de Venezuela.**

Esta información de los nombres de nuestras constituciones nos da una idea de lo que ha sido nuestra realidad política/constitucional. Nos hemos calificado nominalmente como un país que de acuerdo a las Constituciones dictadas hemos asumido en la mayoría de los casos en calificarlas como Federales, diría que lo hemos sido casi siempre; es decir el peso de las tareas para con los ciudadanos han teóricamente estado en los Estados que forman la Nación, pero en la práctica los dictadores y presidentes han asumido todo el poder, y lo han hecho precisamente bajo constituciones calificadas de federales, las que reconocían que la unión de los estados conformaba el Estado venezolano.

Tenemos una historia política, en lo que a organización territorial se refiere, siempre separada de la realidad, aún al día de hoy produce incertidumbre en la ciudadanía y nos hace preguntarnos en este encuentro de juristas, profesores, alumnos de distintas disciplinas y aún más los que estudian derecho, que ha pasado en nuestro país con estos contenidos normativos de rango constitucional y cuán lejos están en la práctica.

No hay duda que los letrados de la época copiaron la tendencia de la época para 1810, la influencia inglesa y francesa de estructuras de estados con un centro que los agrupara para y así formar la unidad de la Nación. Se tomaron esas ideas y las aplicamos sobre las establecidas por el Reino de España quien durante cientos de años ya estaban instalados bajo otra estructura en lo que hoy llamamos Latinoamérica.

Se fueron formando pueblos y ciudades que se manejaban con autonomía para resolver los problemas de las personas que se establecían cuando entraban en conflicto con otras, y el orden empezó a generar diversidad de actividades que se complementaban lo cual requirió de una autoridad; por ello la estructura de Estados Unidos para crear un solo país, luego de Estados ya formados, se trasladó considerándolo la estructura más conveniente para la naciente Venezuela, dado precisamente que los representantes de las provincias de Venezuela, además de que tenían grandes distancias que recorrer, las representaban, a tal punto que la Constitución fundadora de Venezuela está suscrita por ellos.

De allí que las unidades de población eran en sí mismas una organización local, que requerían subsistencia y que no dependían del centro, y aun así se fue concentrándose en la designada como la capital, centralizando todo el poder, y poco a poco la organización territorial fue quedando atrás, y dependiendo del poder central en casi todas las Constituciones.

Sólo tenemos que leer la novela de Doña Bárbara de Rómulo Gallegos para comprender el abandono persistente del interior del país, y la soledad de sus habitantes en la lucha por sobrevivir y convivir con la naturaleza.

Una copla llanera de ese gran libro lo dice todo:

“Sobre la tierra la palma

Sobre la palma los cielos

Sobre mi caballo yo,

y sobre yo mi sombrero”

De allí que la tarea de conocer cuál es nuestra organización territorial, resulta tan compleja de explicar, y de aceptar en la práctica como válida, desarrollar

un país desde su capital, contrastaba con sus diferentes tierras y costumbres, aislamiento, distancias gigantescas, ríos caudalosos, selvas intrincadas, lo que dificultó no solo asentarse para el colonizador español, y llegar de un lugar a otro. Aun cuando parece que esas limitaciones quedaron atrás, es hoy la norma constitucional la que debe guiar la ordenación del cauce institucional, para que el río fluya, y aplicar de manera precisa el texto constitucional que debe regir en el país.

El cambio sustancial de la estructura política en la constitución de 1999

El Constituyente venezolano estableció el **federalismo descentralizado** como la forma de organización fundacional del Sistema Político del país (art. 4 CRBV) y declara que esa es y no otra la estructura de los centros de poder público territoriales el cual no puede ser modificado.

El artículo 4 de la Constitución ordena:

“La República Bolivariana de Venezuela **es un Estado federal descentralizado** en los términos consagrados en esta Constitución, **y se rige por los principios** de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.” (destacado nuestro)

Modelo de gobierno

La organización político territorial divide a la República y el territorio nacional en los Estados, el Distrito Capital, las Dependencias Federales y los Municipios.

Sobre esta estructura territorial descansa nuestro modelo de Gobierno y además consagra los principios igualmente inmodificables: democrático, alternativo, participativo, electivo, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.

Constitucionalmente el principio de Gobierno en que se sostiene la estructura política territorial propugnada por el constituyente de 1999 es un sistema federal, en el que el poder se distribuye entre diferentes niveles de gobierno, y al mismo tiempo es descentralizado, dado que las competencias y servicios transferidos a las instancias de los estados y municipios pasan a ser asumidas por ellos, para lo cual requieren que la Asamblea Nacional apruebe esa transferencia de competencias en los términos de la Constitución.

El orden no jerárquico

Todo lo anterior nos permite afirmar que, como República, somos un Estado federal descentralizado, y tal definición política la resolvió el Constituyente mediante el diseño de una estructura territorial sustentada en **tres órdenes no**

jerárquicos, interdependientes, coordinados, cooperativos, corresponsables y subsidiarios: el Municipal, el Estatal y el Nacional.

Para viabilizar las políticas de Gobierno, y organizar la descentralización, creó la estructura de contacto federal, como es el Consejo Federal de Gobierno (artículo 185 CRBV).

Ese órgano constitucional es la fuente pública de rango constitucional de las políticas y acciones de descentralización, desarrolladas por los tres Poderes en que se desagrega la estructura territorial del país.

La diferencia en la vertebración del Poder Público contenida en la Constitución de 1961 con la realizada por el Constituyente de 1999, es que la primera ordenó que la organización territorial desde la óptica del Poder Público Nacional hacia el Poder Público Municipal, mientras que la segunda, se hizo en sentido inverso, se creó desde el Poder Público Municipal hacia el Poder Público Nacional.

El nivel estatal intermedio

El poder estatal emerge estratégicamente por encima de los otros dos poderes como el único que garantiza el sostenimiento del Orden Federal. Al ser un nivel territorialmente intermedio, conjuga como ningún otro a la función de base, macro de planificación y coordinación (que en principio es propia del orden nacional)

El poder público de los estados emerge estratégicamente por encima de los otros dos poderes como el único que garantiza el sostenimiento del Orden Federal.

Es el orden estatal quien tiene la cercanía con las poblaciones y permite el seguimiento directo al desarrollo de las políticas de descentralización implementadas (función esta a su vez mas local que corresponde a los Municipios)

El nivel intermedio, integrado por cada una de las entidades político territoriales ESTADOS, está llamado a velar y preservar el justo límite del ejercicio y cumplimiento de las funciones propias que cada poder público desde lo: Municipal, Estatal y Nacional, y así garantizar la permanencia del principio de lealtad federal que debe profesar cada orden entre sí.

Nulidad de actos que alteren funciones

De acuerdo a la estructura Constitucional descrita, todo acto emanado de cualquier orden territorial, que afecte las funciones propias que caracterizan a cada uno de los poderes (Municipal, Estatal o Nacional) son nulos de nulidad absoluta, por violentar la organización política territorial del Sistema Político

venezolano, los principios que de manera fundacional lo informan, y la estructuración sobre la que descansa el modelo constitucional de Gobierno.

Es así que el Título IV Del Poder Público de la CRBV referido al Poder Público es de obligatoria aplicación en las instancias territoriales al distribuirlo entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Municipal, y por tanto toda autoridad usurpada será ineficaz y sus actos son nulos (Artículo 138). De allí que se ordene que todas las actividades que realicen estos poderes públicos deban ejercerse de acuerdo a las atribuciones que la Constitución y la ley definen (Artículo 137).

No hay otros niveles territoriales que los constitucionales

La estructura territorial de nuestro sistema político constitucional, no admite la creación (legal ni administrativa) de otros niveles, órdenes o estructuras que tengan desempeños paralelos o superiores a las estructuras político territoriales creadas por el constituyente, así como tampoco, la designación de funcionarios para que se desempeñen en ellas.

Responsabilidades

El presidente de la República es responsable al incurrir en desviación de poder, por dictar, ordenar o causar hechos o actos (normativos, administrativos o de gobierno) que establezcan “otros niveles y estructuras territoriales que tengan desempeños paralelos o por encima de las creadas por el Constituyente”, así como para la “designación de funcionarios que se desempeñen en ellas”. Igualmente es responsable al provocar o motivar para que otros poderes públicos lo hagan.

Para conocer cuando una estructura o nivel creado sobrevenido viola espacios reservados por el Constituyente a las estructuras públicas que integran el orden federal, es necesario precisar las funciones propias y competencias exclusivas de cada orden.

Distinciones entre el orden estatal y el municipal

La función del Poder Estatal además de administrar, tiene la función de legislar y gobernar (art. 160 y 162 CRBV) lo que le da un sentido político constitucional a su desempeño. El estado para gobernar administra; ¿luego qué administra? Un interés general estatal que es distinto al interés general nacional o municipal. Ese interés general estatal está conformado por un conjunto de valores, principios y bienes jurídicos y materiales de carácter estatal.

El Estado tiene ingresos, gastos y bienes. Es competencia exclusiva administrar sus bienes y recursos (164.3 CRBV).

El Constituyente igualmente estableció la seguridad de la permanencia para los estados de unos bienes y recursos que conforman la hacienda pública estatal, y forman parte del patrimonio originario del poder estatal (artículo 167 CRBV).

Igualmente consagró competencias exclusivas de gestión: policía, vías terrestres estatales (ejecución, conservación, aprovechamiento), carreteras, autopistas, aeropuertos.

Además, precisó la Constitución cuáles eran las competencias concurrentes: salud, educación, vivienda popular (urbana y rural), defensa y protección civil, cultura, deporte, recreación, ordenación del territorio, planificación y desarrollo de cada estado federal.

La función del municipio. Poder municipal

Dado que cada Poder Público Municipal es independiente de otro, se le consagró un poder público para legislar y gobernar en el interés general municipal que le concierne a la vida local. De allí que los detalles de los ingresos municipales están consagrados en el artículo 179 constitucional, que las competencias que son propias del municipio en el Artículo 56 de la Ley Orgánica del Poder Municipal y las concurrentes en el artículo 57 de la misma Ley.

La potestad y competencia municipal es distinta y autónoma de los otros entes territoriales, orden estatal y nacional y por consecuencia lógica de tal proclama constitucional, de estos entre sí tal como lo consagra el artículo 180 de la CRBV.

Es competencia de cada municipio atender lo previsto en el artículo 184 constitucional, en el cual se establece la descentralización de los Estados y Municipios hacia las comunidades y grupos organizados los servicios que estos gestionen, e igualmente el 165 de la CRBV en el cual se regula la descentralización y transferencia a los Municipios por parte de los Estados de los servicios y competencias concurrentes con sus respectivos recursos entre ambos niveles del Poder Público.

¿Cómo introduzco la descentralización en un estado calificado de federal?

La Descentralización que consagra la Carta Magna, como forma organizativa del Estado Venezolano, está justificada en la exposición de motivos y en el preámbulo de la Constitución.

Artículo 157. “**La Asamblea Nacional**, por mayoría de sus integrantes, podrá atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de **promover la descentralización.**”

Artículo 158. “**La descentralización como política nacional**, debe profundizar la democracia, acercando 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.”

(Los dos artículos tienen su origen en la Constitución de 1961)

Ahora bien, la Constitución determinó luego de enumerar las competencias del Poder Público Nacional en el artículo 156 constitucional, la voluntad de que fuera la Asamblea Nacional quien, por mayoría de sus integrantes, pueda atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de **promover la descentralización**.

No consideró suficiente la ley suprema descentralizar competencias nacionales a los poderes Estadales y Municipales, sino que agregó en el artículo siguiente la razón descentralizadora de transferirles competencias nacionales.

El artículo 156 de la Constitución consagra 32 competencias al Poder Nacional, y el numeral 33 del referido artículo consagra una competencia “indeterminada”, como es que corresponde al Poder Nacional toda otra materia que le corresponda por su índole o naturaleza.

Por su parte el artículo 164 de la CRBV consagra 10 competencias al Poder Estatal, estableciendo que dichas competencias son exclusivas y el numeral 11 establece como exclusivas las competencias residuales de los Estados (Todo lo que no corresponda a la competencia del Poder nacional o del Poder municipal).

Asimismo, el artículo 178 de la CRBV establece las competencias que corresponden a los Municipios, y enumera 7 áreas temáticas que le corresponde asumir, más el numeral 8 del referido artículo que indica “Las demás que le atribuyan esta Constitución y la ley”.

Por su parte, como ya se señaló el artículo 157 de la Constitución, regula el modelo emblemático de la transferencia de competencias del Poder Nacional al Poder de los Estados o al de los Municipios, es decir, es la norma que realmente refleja en estricta pureza jurídica, el concepto de descentralización territorial.

El artículo 165, atendiendo a la naturaleza concurrente de varias competencias constitucionales, es decir, que las mismas son atribuidas de manera simultánea y no excluyente al Poder Estatal, al Poder Nacional y al Poder Municipal, la Constitución incorporó el mecanismo de las leyes de base (dictadas por el Poder Nacional) y de desarrollo (aprobadas por los estados) para ordenar dichas competencias. Además, como ya se indicó, ese artículo constitucional estableció la transferencia no sólo de competencias sino también de servicios de los Poderes Estadales y Municipales, mediante mecanismos regulados por el ordenamiento jurídico de los Estados.

En resumen, el federalismo descentralizado, que está consagrado en la Constitución de la República por un sistema dual:

1. **El sistema de descentralización *strictu sensu* en el marco conceptual y normativo venezolano, equivale a transferencias de competencias del Poder Nacional, o mejor de la persona jurídica territorial denominada República, al Poder Estatal o Poder Municipal.**
2. **La transferencia de servicios entre las personas territoriales;** se consagra en el artículo 165 constitucional como una obligación al ordenar “Los Estados descentralizarán y transferirán a los Municipios los servicios y competencias que gestionen, siempre que estén en capacidad de prestar, (...)” en las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles del Poder Público. En este caso como se señaló, estará regulado por el ordenamiento jurídico estatal.

Igualmente, la Constitución establece el régimen de las materias de competencia exclusiva, las competencias exclusivas del Poder Nacional que pueden ser transferidas por la Asamblea Nacional a los Poderes Estadales y Municipales, las materias de competencia concurrente, y la delegación de competencias.

Órgano de rango constitucional: el consejo federal de gobierno

1. Antecedentes

La institución del Consejo Federal de Gobierno existía a nivel sublegal como Consejo Territorial de Gobierno, que tenía por objeto coordinar la política descentralizadora que se habría ejecutado con la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (LODDTCPP) de fecha 28 de diciembre de 1989, dictada en base al artículo 137 de la Constitución de 1961.

Dicho Consejo Territorial de Gobierno fue creado como una necesidad que impuso la práctica en el proceso de ejecución de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (LODDTCPP), dado que se evidenció la necesidad de una instancia de coordinación y dirección de las políticas descentralizadoras, bien de competencias, bien de servicios. Dicho Consejo tenía como objeto la colaboración, coordinación y cooperación entre el Ejecutivo Nacional y los Ejecutivos de los Estados en el desarrollo del proceso de descentralización y desconcentración, y en el diseño de políticas y armonización de decisiones concernientes a los distintos niveles de gobierno².

2 Graü, María Amparo. *Comentarios acerca de la figura del Consejo Federal de Gobierno en la Nueva Constitución*. Documento on line disponible en: <http://www.badellgrau.com/?pag=37&ct=1163>, en fecha 21 de mayo de 2012.

2. Naturaleza

De una lectura de la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, así como del contenido del artículo 185 de dicho texto normativo, se observa que el Consejo Federal de Gobierno es un órgano constitucional que integra el Poder Público, junto al Poder Público Nacional, el Poder Público Estatal y el Poder Público Municipal. Su carácter es interterritorial lo que explica la esencia de su misión: es el encargado de la coordinación de políticas públicas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios.

Igualmente le corresponde planificar y ordenar horizontalmente las políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y la administración del Fondo de Compensación Interterritorial. Obsérvese que la orden constitucional de descentralización es de lo Nacional a lo Estatal y Municipal.

3. Estructura

El mencionado artículo 185 establece que el Consejo Federal de Gobierno es un órgano colegiado integrado por: i) el Vicepresidente Ejecutivo, quien lo presidirá³; ii) los ministros; iii) los gobernadores; iv) un alcalde por cada Estado y v) representantes de la sociedad organizada según la ley.

Adicional a ello, el Consejo Federal de Gobierno, tendrá una Secretaría integrada por el Vicepresidente Ejecutivo, dos ministros, tres Gobernadores y tres Alcaldes.

4. Competencia

La Constitución de la República otorga al Consejo Federal de Gobierno la competencia para la planificación y coordinación de políticas públicas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los Estados y Municipios.

De lo anterior, puede afirmarse que será de la competencia del Consejo Federal de Gobierno elaborar los proyectos y planes en base a los cuales deberá realizarse la transferencia de competencias y servicios del Poder Nacional a favor de los Estados y Municipios, dentro de la política de descentralización que se haya diseñado.

Sobre este punto, la profesora María Amparo Grau señala que la causa legitimadora de tal coordinación será la de asegurar la coherencia de la actuación de los entes político-territoriales en el respeto al ejercicio de las competencias trans-

3 La competencia se encuentra prevista en el artículo 239.6 constitucional y en el numeral 8 del artículo 48 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

feridas y las que le sean propias, el suministro de información a los mismos y la cooperación y asistencia activa que estos pudieran necesitar⁴.

Adicional a lo expuesto, la profesora Grau señala que el Consejo Federal de Gobierno desarrolla a su vez una actividad consultiva y de asesoría al Gobierno en el marco de las políticas a ser adoptadas en pro de la efectividad y mejoramiento del proceso de descentralización, la cual, si bien no se encuentra atribuida de forma expresa en el texto constitucional, con dicha actividad, se podrá realizar apreciaciones técnicas; emitir dictámenes, opiniones y consejos a los órganos del Gobierno que lo consulten obligatoria o facultativamente según lo disponga la ley.

5. Fondo de Compensación Interterritorial

El Fondo de Compensación Interterritorial, depende del Consejo Federal de Gobierno, el cual estará destinado al financiamiento de inversiones públicas con el objeto de promover el desarrollo equilibrado de las regiones, la cooperación y complementación de las políticas e iniciativas de desarrollo de las distintas entidades públicas territoriales, y a **apoyar especialmente la dotación de obras y servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo**.

La Constitución no establece el origen de los recursos asignados a dicho Fondo⁵, sin embargo, sí establece que el Consejo Federal de Gobierno, con base a los desequilibrios regionales, discutirá y aprobará anualmente los recursos que se destinarán al Fondo de Compensación Interterritorial y las áreas de inversión prioritarias a las cuales aplicarán dichos recursos. No obstante, el Fondo tendrá, conforme al Texto Constitucional, los siguientes objetivos:

1. El financiamiento de inversiones públicas dirigidas a promover el desarrollo equilibrado de las regiones.
2. La cooperación y complementación de las políticas e iniciativas de desarrollo de las distintas entidades público territoriales.
3. El apoyo a la dotación de obras y servicios esenciales en las regiones y comunidades de menor desarrollo relativo.

4 Grau, María Amparo. *Comentarios acerca de la figura del Consejo Federal de Gobierno en la Nueva Constitución*. Ob. cit.

5 Se debe destacar que el artículo 27 de la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno reguló dicho asunto señalando como ingresos del Fondo de Compensación Interterritorial los siguientes: i) los aportes que le suministre el Ejecutivo Nacional; ii) los recursos que le asignen las entidades político territoriales; iii) los ingresos que obtenga de su propia gestión o administración, o que reciba de las donaciones que de cualquier naturaleza le sean efectuadas y iv) los demás ingresos que le sean asignados por otras leyes.

6. La Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno

En el año 2012 fue publicada en Gaceta Oficial N° 5.963 de fecha 22 de febrero de 2010, la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno, texto que contradice la norma constitucional que le dio origen.

En primer lugar se debe acotar que el artículo 1 del texto legal al referirse al objeto de la Ley consagra que la misma tiene entre sus objetivos el “*establecimiento del régimen para la transferencia de las competencias entre entes territoriales, y a las organizaciones detentadoras de la soberanía originaria del Estado*”; sin embargo, tal como se mencionó, el artículo 185 de la Constitución solo hace referencia a la transferencia de competencias del Poder Nacional al Poder de los Estados y al Poder Municipal, sin permitir la posibilidad de transferir las competencias a otras organizaciones que no sean las previstas en el mencionado artículo 185.

Pareciera que el aludido artículo 1 al referirse “*organizaciones detentadoras de la soberanía originaria del Estado*”, deja a un lado los entes políticos territoriales que integran el Consejo Federal de Gobierno y la transferencia ordenada del Poder Nacional hacia los Estados y Municipios y de los Estados y Municipios a las organizaciones a las que hace referencia el artículo 184 constitucional (organizaciones vecinales, barrios, parroquias) quienes pueden recibir la descentralización, materia (competencia) que no corresponde al Consejo Federal de Gobierno.

Por su parte en el artículo 2 -al referirse a la finalidad de la Ley- le otorga carácter vinculante a los lineamientos que establezca el Consejo Federal de Gobierno sobre el proceso de transferencia de las competencias y atribuciones de las entidades territoriales hacia las organizaciones de base del Poder Popular, lo cual suprime la autonomía a los Estados y Municipios, quienes ya cuentan con una norma expresa - artículo 184 del texto constitucional- que establece los lineamientos para dicha transferencia.

Con relación a la sociedad organizada, el artículo 4 señala que, a los efectos de dicha ley, se entiende como tal a los consejos comunales, comunas, y otras organizaciones de base del Poder Popular. Sobre este punto se debe acotar que la figura del Poder Popular no está consagrada en la Constitución, razón por la que dicha norma resulta discriminatoria y excluyente de otras formas de organización que tienen su fundamento en el texto constitucional y que no fueron mencionadas en dicha norma.

El artículo 14 por su parte regula las competencias de la plenaria del Consejo Federal de Gobierno, sin embargo, de su contenido se aprecia que se deja al presidente de la República una multiplicidad de decisiones que suprimen la

autonomía del Consejo Federal de Gobierno, como órgano integrante del Poder Público.

Lo anterior denota una sumisión del Consejo Federal de Gobierno al presidente de la República, lo que desnaturaliza dicha figura, tal como se encuentra prevista en el artículo 185 constitucional.

Sobre el Fondo de Compensación Interterritorial, el artículo 21 establece que dicho Fondo depende del Consejo Federal de Gobierno, pero sólo es administrado por su presidente, vale decir, el vicepresidente de la República, restándole así participación a los demás miembros del Consejo sobre la forma como se manejan o destinan los recursos del Fondo.

Hemos tratado un área esencial de la naturaleza jurídica del Estado venezolano como federal descentralizado, donde comprobamos que el comportamiento del Poder Ejecutivo, el legislativo y el judicial han ignorado el funcionamiento del sistema federal descentralizado, política normativa esencial de la Constitución, a quien no podemos culparla de la anarquía que vivimos y el daño que esto produce a los ciudadanos.

En la constitución el estado descentralizado acompaña al estado federal

La combinación de federal y descentralizado parte de la organización que establece el artículo 16 constitucional:

“Con el fin de **organizar políticamente la República**, el territorio nacional se divide en el de los **Estados**, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales y el de los territorios federales. El territorio se organiza en **Municipios**.

Luego de esa identificación de órganos agrega que esa “...división político territorial será regulada **por ley orgánica** que garantice la autonomía municipal **y la descentralización político administrativa...**”

Queda establecido en la Constitución que a quien corresponde la promoción de la descentralización es a la Asamblea Nacional como lo establece el artículo 157 constitucional. Esta afirmación deviene de que las competencias nacionales son materia de ley nacional y no competencias del poder Ejecutivo Nacional, por tanto, la descentralización es una Política Nacional que se establece para profundizar la democracia y acercar el Poder político a la población y la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales que consagra el artículo 3º de la CRBV.

Es pues la descentralización una carga de todos los poderes públicos, y que corresponde activarla, en particular, a la Asamblea Nacional mediante Ley, no obstante, el Poder Ejecutivo Nacional debe impulsar igualmente la descentrali-

zación y el Consejo Federal de Gobierno es el órgano establecido para organizar la transferencia de competencias a otros Poderes Públicos de estados o municipios.

En este punto debe tenerse presente que la Constitución de 1999 estableció la posibilidad de que por Ley se creen mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y Municipios descentralicen y transfieran servicios a las comunidades y grupos vecinales organizados, para que éstos los gestionen, previa demostración de su capacidad para prestarlos y se enumeran particularmente la transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales y conservación de áreas urbanas, entre otros y otros mecanismos de participación (Artículo 184 CRBV).

Por último, es necesario atender que hasta en materia de Justicia la Constitución prevé la organización de circuitos judiciales por ley, y se establece la creación de competencias de tribunales y cortes regionales, a fin de **promover la descentralización administrativa jurisdiccional del poder Judicial** (Art. 269 CRBV).

Conclusión

Las Constituciones venezolanas han establecido, como lo han hecho desde hace más de un Siglo, que la estructura política de la República es federal, y los estados estén unidos en un solo país que conforma la Nación, ello indica que somos una federación de Estados con las características que marca la propia Constitución.

Los Estados, los Municipios y el Poder Nacional están unidos en una República que se llama Venezuela, regidos por el mismo cuerpo normativo superior⁶ a todos y cada uno de los 5 poderes nacionales, los 23/24 Poderes Estadales y por todos los 336 Poderes Municipales; obligados todos a ser siempre democráticos, participativos, electivos, descentralizados, alternativos, responsables, pluralistas y de mandatos revocables (Art. 6 CRBV).

La unión de todos estos poderes la armoniza esa estructura político territorial. De manera que cumplamos con la Constitución, federal descentralizada, en los términos consagrados en ella y la vida individual y social de todos en el territorio encontrará la satisfacción de lo que significa la identidad nacional.

6 “Artículo 7. ° de la CRBV. La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.”

DERECHO ADMINISTRATIVO

Funcionarios públicos culturistas y funcionarios públicos cultos: ¿de tareas automáticas a automatizar las tareas?

María Lidia Álvarez Chamosa¹

1.- Introducción

La celebración de los cincuenta años del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, tiene un mérito innegable en entornos estructuralmente cambiantes, caracterizados por instituciones efímeras, proyectos generalmente de corto plazo y una realidad que pone en evidencia que el trabajo de investigación en ocasiones es escasamente apreciado e inclusive incómodo por las verdades que revela.

Contribuir con el libro homenaje a tal logro, realizando aportes al Derecho Funcionario y su vinculación a la Constitución de Venezuela de 1999 (balances y perspectivas), es un gran honor, agradeciendo la invitación de la Universidad Católica Andrés Bello, de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela y del Instituto de Investigaciones Jurídicas, que con mucha devoción y visión llevan a cabo la tarea de investigar en tiempos difíciles.

Para ello se propone un tema que forma parte de las relaciones laborales en el sector público y que evidencia la necesidad de que, sin desmeritar algunas competencias analógicas de los funcionarios “culturistas”, se instaure la carrera fun-

1 Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), especialista en Derecho Administrativo UCAB, Magister en Derecho Constitucional UCAB, Doctora en Derecho *Summa Cum Laude* UCAB. Profesor asociado UCAB. Profesora de Teoría General del Derecho (UCAB) y de Derecho Administrativo en la Universidad Monteávila. Auditora Interna en la Administración Pública por concurso hasta el año 2021. Directora de la Escuela de Derecho UCAB-Caracas desde 2021.

cionarial en manos de funcionarios “cultos”, es decir con competencia digital². Esto es un tema relativamente sencillo cuando de lo que se trata es del ingreso de nuevos funcionarios mediante un proceso de selección en el que fueron evaluados en tales habilidades a fin de cumplir con la descripción del manual de cargos. Sin embargo, tiene sus complicaciones cuando se exigen a quienes ya forman parte de la función pública sin necesidad de tenerlas porque la descripción de su cargo no las contemplaba como requisito de ingreso o porque no le han sido exigidas con posterioridad. Es la situación de estos funcionarios la que principalmente aborda el presente trabajo.

Los términos utilizados en el título de esta investigación fueron tomados de la obra “El empleo público a mediados del siglo XXI: problemas y soluciones. Una propuesta integradora”³, que trata de conjugar el pasado, presente y futuro de la función pública, entendiendo que, asuntos como la inteligencia artificial, especialmente la autogenerativa, requieren analizar el tema con una óptica urgentemente renovadora o al menos con la convicción de que requiere ser implementada. Esto se vincula con la necesidad de automatizar las tareas automáticas, es decir, las asignaciones rutinarias en las que el funcionario “culturista” transcorre parte o todo su tiempo de trabajo y designar a los funcionarios “cultos”

2

Los términos analógico y digital empleados en este trabajo, comparan dos situaciones diferentes aunque no necesariamente contradictorias, por ejemplo, un teléfono y un celular, el correo tradicional y el correo electrónico, funcionarios culturistas y funcionarios cultos. En cuanto a las competencias digitales son las que van más allá de usar dispositivos tecnológicos, aunque a veces la denominación competencia tecnológica sea utilizada para referirse a lo mismo. Las competencias digitales, alfabetización digital o habilidades digitales (*e-skills*) se relacionan con la capacidad de una persona para usar tanto los medios digitales como la tecnología de forma efectiva y segura. Valentina Giménez. “Habilidades digitales: guía para adquirir y enseñar alfabetización digital”, Enfoque Educación. Blog de la División de Educación del Banco Interamericano de Desarrollo, octubre 10, 2023. Disponible en: <https://blogs.iadb.org/educacion/es/habilidades-digitales/> consultado el 12 de abril de 2025.

- 3 Víctor Almonacid Lamelas y Jordi Mena i Ivars. “El empleo público a mediados del siglo XXI: problemas y soluciones. Una propuesta integradora”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social.*, no. 441.CEF, Madrid. 2019, 183-222. Disponible en: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss/article/view/1176/806>, consultado el 4 de marzo de 2025. Indican los autores que «la realidad de las entidades públicas muestra organizaciones «culturistas» que, sin embargo, deben evolucionar a «cultas». En otras palabras: los empleados públicos deben dejar de ser tanto el músculo y deben empezar a ser la cabeza. De la fuerza, de las tareas pesadas, aburridas y automáticas, se pueden (se deben) encargar las máquinas. De la inteligencia, una inteligencia humana, empática, relacional, que marque una diferencia en cuanto a ética y sentido común con la inteligencia artificial, se deben encargar los nuevos empleados públicos. Y conste que «nuevo» no quiere decir necesariamente «nueva persona», sino más bien «persona nueva» (que podrían ser los mismos después de pasar por un proceso de aprendizaje y desarrollo de una serie de nuevas aptitudes): p. 188.

las actividades y decisiones que las máquinas no puedan hacer, con lo cual les corresponderá las que tienen un componente humano porque este no puede ser digitalizado. Importante acotar que el trabajo fue publicado antes de la pandemia Covid-19, con lo cual para la fecha ya había conciencia sobre los cambios que el desarrollo tecnológico iba a producir en el desempeño de diversas áreas, entre ellas la funcionarial.

De allí que por una parte el Estado debe crear los mecanismos y ofrecer alternativas de capacitación a los funcionarios que actualmente ocupan puestos de trabajo para estar a la par de lo que la ciudadanía espera y disminuir las brechas con aquellos de nuevo ingreso que hayan sido sometidos a un escrutinio a través de concursos u otros mecanismos sobre su capacitación digital. Por la otra, como ya se señaló, ha de entenderse que la digitalización de tareas no lo es todo puesto que asuntos como valores, principios, buenas prácticas y la experiencia que los funcionarios han acumulado en el tiempo de su servicio deben formar parte de las decisiones de la Administración Pública y son garantía de los diversos principios que integran una buena administración digital.

En consecuencia y para entrar en materia, hablar de funcionarios “culturistas o cultos” no busca colocar en una balanza la labor de alguno de ellos. Realmente resume un planteamiento sobre la necesaria complementación de conocimientos tradicionales con conocimientos y habilidades en constante cambio, constituyendo un reto que debe encararse con premura y adaptabilidad suficiente para evitar la rápida obsolescencia de la plantilla existente e inclusive de los funcionarios recientemente ingresados dada la constante irrupción de nuevas tecnologías.

2.- La buena administración digital y gobernanza digital

Se habla de buena administración y de gobernanza como características del siglo XXI. La primera vinculada a una actuar “bueno” que acorde indica Hernández, en el caso de Venezuela no es una noción novedosa por cuanto fue reflejada en la Constitución de 1811 al establecer que <<El mejor de todos los Gobiernos será el que fuere más propio para producir la mayor suma de bien y de felicidad y estuviere más a cubierto del peligro de una mala administración>>, con lo cual, no era suficiente la existencia de un gobierno sino que debía ser el mejor.⁴

4 José Ignacio Hernández. “La buena Administración en Venezuela: a propósito de los treinta y cinco años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV)*, no. 17. CIDEP, Caracas. 2017, 221-250. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/articulo/texto/REDAV/11/REDAV_2017_11_221-260.pdf, consultado el 30 de marzo de 2025. El autor menciona el artículo 191 de la Constitución: p. 225.

Actualmente el artículo 141 de la Constitución⁵ reconoce una serie de principios que según la doctrina forman parte de la buena administración⁶, como son la eficacia, transparencia, eficiencia, responsabilidad, celeridad, rendición de cuentas y sometimiento a la ley y al derecho y cuyo centro de acción es el ciudadano y sus derechos fundamentales. El baremo para determinar si la actuación del Estado se ajusta o no a tales principios, está básicamente vinculado con el modelo tradicional de funcionamiento y actuación de la administración pública, a temas éticos y de integridad, <<dando por supuesta la garantía reforzada en modo constitucional de los derechos y libertades fundamentales>>⁷ a través de una triple perspectiva, como principio general, como obligación o deber de la Administración Pública y desde la óptica de la persona como un genuino derecho fundamental conformado por una serie de elementos que <<definen el estatuto del ciudadano en su relación con las administraciones>>.⁸

Ahora bien, desde los inicios de este siglo a la par de los avances tecnológicos, la sociedad ha ido experimentando un cambio que <<...rápidamente se convirtió en exponencial sin que los medios de relación con la administración en orden a mantener dicha protección en la esfera digital hayan sido objeto del adecuado dimensionamiento para preservar adecuadamente los derechos y libertades de la ciudadanía>> lo que constituye un derecho a la buena administración pero ahora digital⁹. Denominada por algunos como buena e-administración, se enfoca en principios como el derecho a internet, acceso libre y sin vigilancia, sin sesgos, el debido proceso electrónico que permita a los ciudadanos conocer, participar y

5 República de Bolivariana de Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela, no. 36.680 de 30 de diciembre de 1999. Reimpresa por error del ente emisor y publicada en la Gaceta Oficial no. 5.453 (Extraordinario), de 24 de marzo de 2000. Enmienda publicada en la Gaceta Oficial no.5.908 (Extraordinario), de 2 de febrero de 2009.

6 José Ignacio Hernández. Ob. cit.

7 Concepción Campos Acuña. Una necesidad post-pandémica: la imprescindible construcción del “derecho a una buena administración digital”, XXXIV Concurso del CLAD sobre Reforma del Estado y Modernización de la Administración Pública “Avances y propuestas ante la crisis del coronavirus y sus repercusiones institucionales y sociales”, Caracas, 2021. <https://clad.org/wp-content/uploads/2022/07/xxxiv-1erpremio.pdf> consultado el 30 de marzo de 2025: p.1.

8 Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública. Caracas, 10 de octubre de 2013. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/10/4-Carta-Iberoamericana-de-los-Derechos-y-Deberes-CLAD.pdf> : Preámbulo.

9 Concepción Campos Acuña. Ob. cit.: p.1.

decidir sobre las actuaciones de la administración¹⁰, además de aquellos que están contenidos en el artículo 141 constitucional.

En cuanto a la gobernanza usualmente pensada para una Administración “tradicional” consiste en:

la realización de relaciones políticas entre diversos actores involucrados en el proceso de decidir, ejecutar y evaluar decisiones sobre asuntos de interés público, proceso que puede ser caracterizado como un juego de poder, en el cual competencia y cooperación coexisten como reglas posibles; y que incluye instituciones tanto formales como informales. La forma e interacción entre los diversos actores refleja la calidad del sistema y afecta a cada uno de sus componentes; así como al sistema como totalidad.¹¹

Y ahora debe extenderse a la buena administración digital y la gobernanza digital, es decir, la que a través del uso de las tecnologías digitales articule y concrete <<políticas de interés público con los diversos actores involucrados (Estado, sociedad civil y sector privado), con la finalidad de alcanzar competencias y cooperación para crear valor público y la optimización de los recursos de los involucrados...>>.¹²

La gobernanza digital relacionada con la buena e-administración o buena administración digital, está interesada en temas transversales como las políticas públicas, marco regulatorio, liderazgo, infraestructura y otros y se diferencia de la institucionalidad, porque esta es la que se encargará del gobierno digital, es decir, de la articulación organizacional que se encarga de dar las soluciones y brindar los servicios digitales al Estado conformada por funciones, competencias y perfiles así como de la institucionalidad constituida por las normas atributivas

10 Íbidem, citando a Sánchez Acevedo.

11 María Victoria Whittingham Munévar. “¿Qué es la gobernanza y para qué sirve?” *Revista Análisis Internacional*, no. 2. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, UTADEO, Bogotá. 2010, 219-235. Disponible en <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/24/26>, consultado el 30 de marzo de 2025. Este concepto es compartido por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). “Desde el gobierno digital hacia un gobierno inteligente”. Naciones Unidas. Biblioguías. Biblioteca de la CEPAL. 2025. <https://biblioguias.cepal.org/c.php?g=1241017&p=9081903> , consultado el 30 de marzo de 2025.

12 Alejandra Naser (coord.). “Gobernanza digital e interoperabilidad gubernamental: una guía para su implementación”, Documentos de Proyectos (LC/TS.2021/80), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2021. Disponible en <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/6a12e389-3dcb-4cba-830a-99f038835423/content> consultado el 30 de marzo de 2025.

de competencia de los llamados a cumplir las diversas funciones que sean requeridas¹³.

Como punto adicional hay quien se refiere a la era de gobernanza inteligente como otro nivel, <<entendida como la existencia de una generación de tecnologías disruptivas con características intrínsecas capaces de generar innovaciones disruptivas en sectores económicos, nuevos modelos organizativos y la gestión pública>>¹⁴.

Finalmente y para referirse a la transformación digital de los gobiernos, instancias internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) indican que la prestación de servicios públicos digitales en un principio centrada en los gobiernos, progresivamente está cambiando el enfoque hacia las personas y más allá, como siguiente paso para alcanzar un modelo impulsado por la ciudadanía o usuario. Mientras en el primero se busca la reducción de costos e incrementar la eficiencia y la productividad en el suministro de servicios, el segundo busca anticiparse a las necesidades de las personas y el tercero está orientado a fomentar la transformación digital que permita a los gobiernos crear un mayor valor¹⁵.

3.- Funciones, competencias y perfiles de los funcionarios públicos

La buena administración digital y gobernanza digital necesitan funcionarios públicos con habilidades y competencias digitales a la par de ciudadanos que también puedan y sepan utilizar servicios de esa naturaleza, porque es su derecho.

De forma general la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela garantiza redes de informática con el fin de permitir el acceso universal a la información y reconoce como de interés público la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones¹⁶.

13 Ídem. Pueden presentarse varios modelos de institucionalización de la gobernanza digital: modelos de coordinación centralizada (Colombia, México) o modelos de coordinación descentralizada (Chile) o una nueva instancia que supervise y coordine el uso de la tecnología a fin de lograr la transformación en la prestación de servicios y en el funcionamiento de la Administración (Reino Unido, Australia).

14 Concepción Campos Acuña, ob. cit., citando a Criado (2021). Sobre el tema en Venezuela a la fecha, fue aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional un proyecto de ley sobre inteligencia artificial. Telesur, “Asamblea Nacional de Venezuela aprueba proyecto de Inteligencia Artificial” (20-11-2024). [Asamblea Nacional de Venezuela aprueba proyecto de Inteligencia Artificial - teleSUR](#), consultado el 9 de marzo de 2025.

15 Alejandra Naser (coord.). Ob. cit.

16 República de Bolivariana de Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, supra citada: artículos 108 y 110. Se entiende por interés público aquella materia que por decisión política del Estado, a través de cualquiera de sus poderes satisface los intereses de la comunidad. En ese sentido se señala que <<se concibe y ejecuta mediante

De manera más precisa, la Ley de Infogobierno, establece que se debe asegurar que los funcionarios públicos y los empleados al servicio del Poder Público, adquieran las competencias y habilidades necesarias para cumplir sus roles de forma efectiva, a través de programas de educación, entrenamiento y formación en tecnologías de información y seguridad informática¹⁷.

Por su parte, como *soft law*, existen una serie de instrumentos que regulan la materia, aprobados por los países integrantes del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), entre ellos Venezuela.

La Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico indica que las Administraciones Públicas deben prever que el derecho de los ciudadanos para emplear medios electrónicos exige un tiempo de preparación de las administraciones públicas, las que deben planificarse, programar los plazos e incluir de forma permanente el componente formativo para ir acompañando las iniciativas de cambio a fin de garantizar la necesaria transformación de las culturas organizacionales y la correcta reformulación de las prácticas a ser implementadas. A su vez la evidente transformación de la Administración Pública por la instauración de un gobierno digital recomienda que los Estados implementen programas de adaptación de los empleados públicos a los nuevos sistemas de Gobierno Electrónico, promoviendo la profesionalización de los mismos acorde con la Carta Iberoamericana de la Función Pública, a los fines de conservar y desarrollar las nuevas competencias garantizando de esta manera que la ejecución de los procesos electrónicos sea sostenible en el tiempo¹⁸.

Para llevar a cabo sus objetivos, la función pública debe ser un sistema integrado cuyos resultados dependerán en una buena parte de la capacitación de sus integrantes. Unos funcionarios adecuados a las necesidades ciudadanas y con

procedimientos jurídicos preestablecidos, con participación de los gobernados, y que tiene por finalidad última evitar conflictos políticos, religiosos, económicos, sociales y culturales y perfeccionar el bienestar de la población o de segmentos de esta última>>. Jorge Correa Fontecilla. "Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho". *Revista Española de Control Externo*, no. 24, vol. VII, Tribunal de Cuentas, Madrid. Septiembre 2006. Disponible en <https://recex.tcu.es/export/sites/nuevo-recex/galleries/pdf/Revista-24.pdf> consultado el 15 de abril de 2025: p.140.

17 República de Bolivariana de Venezuela. Ley de Infogobierno. Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela, no. 40.274 del 17 de octubre de 2013: artículo 41.15.

18 Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico. Santiago de Chile, 10 de noviembre de 2007. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-Gobierno-Electronico.pdf> : Capítulo Tercero. Condiciones generales para el establecimiento y desarrollo del gobierno electrónico.

un conjunto de cualidades, habilidades y competencias, redundan en la eficacia, eficiencia y demás principios fundamentales que debe cumplir el Estado¹⁹.

En consecuencia deben describirse los cargos precisando las actividades o funciones digitales que los funcionarios deben cumplir, las competencias o capacidades que en esa materia se espera que tengan y el perfil o descripción de los cargos como condiciones para ocuparlos. En este sentido se indica que las descripciones no pueden ser rígidas dado que entre otras cosas, <<la rápida evolución de las necesidades sociales, las tecnologías y los procesos de trabajo aconseja una revisión frecuente y flexible de las descripciones de tareas>>²⁰.

4.- De funcionarios “culturistas” a funcionarios “cultos”

No todos los funcionarios deben contar con las mismas habilidades y conocimientos digitales, pero sí deben tener aquellos que el cargo amerite y que exceden del simple uso de una computadora o del manejo básico de un celular.

La idoneidad de un aspirante a ocupar un cargo o para permanecer en el mismo se vincula con el cumplimiento de una serie de condiciones contenidas en los manuales que deben ser instrumentos fiables elaborados de forma técnica.

El asunto que se presenta con quienes aspiran a ingresar a la Administración Pública, implica un cambio importante respecto a quienes ya son funcionarios y que deben capacitarse para realizar su trabajo o simplemente mantenerse en su cargo.

Estos últimos, debieron haber ingresado a la función pública a través de alguna de las distintas modalidades que existen para ello y para ese momento debían contar con una capacitación o características que se ajustaban a la descripción de cargos correspondiente, sin embargo, es factible que el desarrollo actual de la tecnología genere la automatización de una importante cantidad de tareas y con ello la adaptación de los manuales, la desaparición o mutación de funciones, la necesidad para la Administración de nuevos perfiles, la creación de cargos y la supresión de otros, con el consecuencial impacto en las estructuras organizativas y en quienes prestan los servicios.

19 Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). Carta Iberoamericana de la Función Pública. Bolivia, 14 y 15 de noviembre de 2003. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-la-Funcion-Publica-06-2003.pdf>

20 Ibíd. Capítulo Cuarto. Requerimientos funcionales de la función pública, punto 17. En Venezuela, la Ley del Estatuto de la Función Pública al referirse a los funcionarios públicos indica que para ejercer alguno de los cargos establecidos en esta ley se requiere cumplir con los requisitos correspondientes al cargo. República de Bolivariana de Venezuela. Ley del Estatuto de la Función Pública. Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela, no. 37.522 del 6 de septiembre de 2002.

¿Qué sucede si gran parte de sus actividades y decisiones de naturaleza rutinaria son automatizadas?, qué parte de los motivos que originariamente justificaron su designación como funcionario público cambiaron y ahora que no las realiza probablemente deberá revisar, controlar y garantizar que dicha automatización cumpla con los parámetros de la buena e-administración.

Entonces su permanencia dependerá de la evolución que demuestre y no le es permitido alegar una estabilidad cuando se requieren nuevos conocimientos y habilidades. Conforme a la normativa estatutaria venezolana, podría pasar que el funcionario que no se haya ocupado en desarrollarlos sería objeto de varias evaluaciones negativas por sus superiores y a la postre de una decisión de destitución²¹. También pudiera ser trasladado o enviado en comisión de servicios si su actual capacitación no es suficiente, pero en una administración pública digital e interconectada, tarde o temprano todos los cargos requerirán de cierto nivel de habilidades.

Abundando en este punto, uno de los aspectos importantes es la interoperabilidad, por la cual se busca crear un mercado digital único en el que confluyan Estado, empresas, organismos no gubernamentales y particulares. Para ello se requiere de las organizaciones la capacidad de interactuar <<con vistas a alcanzar objetivos comunes que sean mutuamente beneficiosos y que hayan sido acordados de manera previa y conjunta>>, debiendo los respectivos sistemas de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) compartir información y conocimientos a través del intercambio de datos, servicios o documentos²². Importante destacar que, para la gobernanza digital y la interoperabilidad gubernamental <<si bien es cierto ... el factor tecnológico es el sustento de ambos componentes ..., se considera que es un facilitador para el logro de objetivos y no un objetivo en sí mismo>>²³,

Visto lo anterior, en Venezuela sería interesante conocer la cantidad de actividades que se estima deben automatizarse, las que son transversales y por tanto se vinculan con varias instancias, los manuales de cargos que ameritan modificarse,

21 Ibid.: artículos 58 y 86.14. Esta ley contempla que los funcionarios tienen el deber de cumplir las actividades de capacitación y perfeccionamiento dirigidos a mejorar su desempeño, artículo 33.8.

22 Alejandra Naser (coord.). Ob. cit., citando en parte a la Comisión Europea, 2010: p. 25. Indica la autora que acorde al BID <<la interoperabilidad cumple varias funciones: como factor de progreso, como herramienta para gestionar y compartir información, y como soporte para la formulación de políticas públicas. La interoperabilidad se da cuando varios sistemas y dispositivos pueden intercambiar datos, interpretarlos y mostrarlos en forma sencilla para el usuario>>: p.27.

23 Ibid. p.9.

los años de servicio promedio que tienen actualmente los funcionarios, a cuáles se les han exigido y evaluado las competencias y habilidades digitales y si han sido capacitados efectivamente en ellas para ajustarlos a los nuevos requerimientos, la opinión o grado de conocimiento que tienen los funcionarios sobre las transformaciones en esta materia que son necesarias, entre otros, ya que estos datos son importantes a los fines de implementar una administración digital, en el entendido que usualmente el cambio de paradigmas genera resistencia, pero que a su vez negar lo evidente sería un despropósito.

En este sentido se han detectado diversos grados o jerarquías de resistencia al cambio por parte de los funcionarios, sin que esto sea necesariamente negativo, ya que a veces se relaciona con reacciones naturales ante nuevas situaciones. Un estudio sobre la gobernanza digital y la interoperabilidad gubernamental, determinó tres situaciones que deben tomarse en cuenta para lograr la transformación digital de la Administración Pública: funcionarios que no quieren cambios; quienes no pueden hacer los cambios y quienes no saben que se van a implementar cambios, situaciones respecto a las cuales ese estudio plantea una serie de propuestas²⁴.

En relación a quienes no quieren cambiar se debe a diversas razones, ya sea personales, profesionales, culturales, políticas u otras, manifiestan su disconformidad y no apoyarán la transformación. En este caso se recomienda un plan de contención de los funcionarios descontentos, mediante el cual se precisen los factores que obstaculizan y facilitan el cambio, las amenazas y las oportunidades, al igual de determinar los efectos que tendrá la implementación de las iniciativas de interoperabilidad en la organización y las personas y recompensar y reconocer a quienes faciliten el proceso.

Los que no pueden hacer los cambios, básicamente es debido a falta de competencia, conocimiento y habilidades. Para estas situaciones es necesario un plan de formación y entrenamiento, respecto al cual consideramos que las Universidades y equipos multidisciplinarios enfocados en el tema tendrían mucho que aportar. Las personas como el principal agente del cambio deben adquirir nuevas competencias y habilidades y para que actúen, piensen y sientan de forma diferente es necesario

...hacerse cargo del sentimiento de temor, escepticismo, inseguridad, desconfianza, resistencia, ambición y desconcierto que puede surgir en los funcionarios de las instituciones participantes y en los usuarios o beneficiarios de los servicios de dichas instituciones ante lo desconocido. En este sentido, el ámbito de transferencia de conocimiento se debe hacer cargo no solo del conocimiento técnico

24 Ibid. Elaboración de Naser, sobre la base del modelo Nieder-Zimmerman.

asociado a las nuevas herramientas y procesos, sino también de los componentes adaptativos que implica el cambio. Este ámbito da cuenta, a partir del diagnóstico anterior, de las necesidades de adquisición de nuevos conocimientos, habilidades y destrezas por parte de las personas que se ven afectadas por el proyecto. El enfoque metodológico impulsado debe estar centrado en el “saber hacer” y en el “aprender haciendo”. Los procesos de adquisición de conocimiento, que afectan a procesos completos de la institución o la forma en que se llevan a cabo las funciones principales, deben afrontarse como “proyectos de transformación institucional”, por lo que necesariamente deben estar integrados en una estrategia que no solo permita el aprendizaje por parte de los afectados, sino que además propicie que los nuevos aprendizajes se integren de manera eficiente en el trabajo diario de la institución.²⁵

El tercer grado de resistencia involucra a los funcionarios desconocedores del cambio inminente y en qué consiste, para lo cual es menester definir y ejecutar planes de comunicación y difusión del proyecto de transformación que cuente con la participación de todos los interesados.

5.-Consideraciones finales

Ciertos cargos y funciones públicas van a desaparecer o serán modificados al evidenciarse obsoletos y quienes actualmente son funcionarios deberán ajustarse a los nuevos requerimientos para usar de manera efectiva y segura tanto los medios digitales como la tecnología. Serán necesarios conocimientos en programación, ciberseguridad, capacidades para navegar, investigar, evaluar y controlar las informaciones que arrojan las redes, la Inteligencia Artificial, entre otras.

Se señala que este no es el momento para ser conservador, que <<constituye un lamentable error (...) pretender la estabilidad y la seguridad en una nueva situación en la que nada es estable ni seguro>>²⁶ y si bien no se trata de la sustitución de personas por robots o máquinas,²⁷ es probable que todo lo que se pueda y no involucre componentes humanos sea automatizado.

25 Ibid.: p.32.

26 Víctor Almonacid Lamelas y Jordi Mena i Ivars .Ob. cit., citando a Mercader Uguina y a Jiménez. p. 190.

27 Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública. Cuba, 20 de noviembre de 2023. <https://clad.org/wp-content/uploads/2023/10/Borrador-CIIA-V1-ES-08-2023.pdf> Entre los desafíos de la Inteligencia Artificial en la Administración Pública, establece mitigar los impactos de la transición de funciones y tareas hacia robots y drones, mediante el desarrollo de capacidades laborales adecuadas para las personas, logrando una convivencia armoniosa entre estas y las máquinas: 2.4.c.

Sin embargo, una administración digital requiere de personas con habilidades digitales y con capacidad de adaptación a los cambios pero sin menospreciar la experiencia acumulada, los conocimientos y las buenas prácticas generadas en el ejercicio de la función pública “tradicional”, ya que deben ser valorados y aprovechados para el diseño de programas o de nuevas tecnologías y serán de utilidad para cumplir otras funciones, entre ellas, garantizar que cualquier decisión o actuación automatizada cumpla con los principios de la buena e-administración.

La transformación digital requiere de esfuerzos por parte del funcionario que debe capacitarse, de los ciudadanos que deben aprender a utilizar las tecnologías y conocer sus derechos y deberes, y de los Gobiernos que deben abordar varios desafíos en relación a los cuales ciertos estudios recomiendan: 1.- invertir en la capacitación digital diferenciando lo que se requiere de los distintos funcionarios y tomar en cuenta los casos de modificación de funciones o eliminación de cargos; 2.- fortalecer los mecanismos para atraer y retener al talento humano especializado; 3.- diseñar mecanismos que permitan manejar las disrupciones de la transformación digital en el trabajo de los funcionarios existentes; y <<4.- asegurar el trabajo conjunto de los responsables de la transformación digital, la gestión del talento humano y la gestión presupuestaria en la planificación e implementación de la transformación digital>>.²⁸

En el caso de Venezuela, sería deseable adoptar medidas puntuales como es el caso de contar políticas públicas que aborden el tema, destinar el presupuesto que sea requerido, modificar los manuales descriptivos de cargos para incluir habilidades digitales, planificar la capacitación correspondiente adaptada a las necesidades y situación específica de cada funcionario a través de equipos multidisciplinarios que puedan abordar incluso los temores, reservas o desconfianza en la transformación que se solicita, reforzar las evaluaciones de desempeño en el desenvolvimiento digital, tomar en consideración para reconocimientos o ascensos la evolución e interés del funcionario en superar barreras y aprender, y cualquier otra medida que permita con la necesaria celeridad, la adaptación a los constantes cambios en esta materia.

Referencias

ALMONACID LAMELAS, Víctor y MENA I IVARS, Jordi. “El empleo público a mediados del siglo XXI: problemas y soluciones. Una propuesta integradora”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social.*, no. 441. CEF, Madrid. 2019. <https://revistas.cef.es/>

28 Banco Interamericano de Desarrollo. *Transformación digital y empleo público: el futuro del trabajo del gobierno*. Banco Interamericano de Desarrollo. Miguel Porrúa, Mariano Lafuente, Edgardo Mosqueira, Benjamin Roseth, Angela María Reyes, editores. 2021: p. 221 Disponible en <https://doi.org/10.18235/0003245>, consultado el 9 de marzo de 2025.

cef.udima.es/index.php/rtss/article/view/1176/806. consultado el 4 de marzo de 2025.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Transformación digital y empleo público: el futuro del trabajo del gobierno*. Banco Interamericano de Desarrollo. PORRÚA, Miguel, LAFUENTE, Mariano, MOSQUEIRA, Edgardo, ROSETH, Benjamin y REYES, Angela María, editores. 2021. Disponible en <https://doi.org/10.18235/0003245>, consultado el 9 de marzo de 2025.

CAMPOS ACUÑA, Concepción. “Una necesidad post-pandémica: la imprescindible construcción del “derecho a una buena administración digital”, XXXIV Concurso del CLAD sobre Reforma del Estado y Modernización de la Administración Pública “Avances y propuestas ante la crisis del coronavirus y sus repercusiones institucionales y sociales”, Caracas, 2021 <https://clad.org/wp-content/uploads/2022/07/xxxiv-1erpremio.pdf> consultado el 30 de marzo de 2025.

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO (CLAD). Carta Iberoamericana de la Función Pública. Bolivia, 14 y 15 de noviembre de 2003. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-la-Funcion-Publica-06-2003.pdf>

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO (CLAD). Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico. Santiago de Chile, 10 de noviembre de 2007. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-Gobierno-Electronico.pdf>

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO (CLAD). Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública. Caracas, 10 de octubre de 2013. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/10/4-Carta-Iberoamericana-de-los-Derechos-y-Deberes-CLAD.pdf>

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO (CLAD). Carta Iberoamericana de Inteligencia Artificial en la Administración Pública. Cuba, 20 de noviembre de 2023. <https://clad.org/wp-content/uploads/2023/10/Borrador-CIIA-V1-ES-08-2023.pdf>

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). “Desde el gobierno digital hacia un gobierno inteligente”. Naciones Unidas. Biblioguías. Biblioteca de la CEPAL. <https://biblioguias.cepal.org/c.php?g=1241017&p=9081903>, consultado el 30 de marzo de 2025.

CORREA FONTECILLA, Jorge. “Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho”. *Revista Española de Control Externo*, no. 24, vol. VII, Tribunal de Cuentas, Madrid. Septiembre 2006. Disponible en <https://recex.tcu>.

es/export/sites/nuevo-recex/.galleries/pdf/Revista-24.pdf consultado el 15 de abril de 2025

GIMÉNEZ, Valentina. “Habilidades digitales: guía para adquirir y enseñar alfabetización digital”. Enfoque Educación. Blog de la División de Educación del Banco Interamericano de Desarrollo, octubre 10, 2023. <https://blogs.iadb.org/educacion/es/habilidades-digitales/> consultado el 12 de abril de 2025.

HERNÁNDEZ, José Ignacio. “La buena Administración en Venezuela: a propósito de los treinta y cinco años de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV)*, no. 17. CIDER, Caracas. 2017, 221-250. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/REDAV/11/REDAV_2017_11_221-260.pdf, consultado el 30 de marzo de 2025.

NASER, Alejandra (coord). “Gobernanza digital e interoperabilidad gubernamental: una guía para su implementación”, Documentos de Proyectos (LC/TS.2021/80), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2021. Disponible en <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/6a12e389-3dcb-4cba-830a-99f038835423/content> consultado el 30 de marzo de 2025.

REPÚBLICA DE BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela, no. 36.680 de 30 de diciembre de 1999. Reimpresa por error del ente emisor y publicada en la Gaceta Oficial no. 5.453 (Extraordinario), de 24 de marzo de 2000. Enmienda publicada en la Gaceta Oficial no.5.908 (Extraordinario), de 2 de febrero de 2009.

REPÚBLICA DE BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley de Infogobierno. Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela, no. 40.274 del 17 de octubre de 2013.

REPÚBLICA DE BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley del Estatuto de la Función Pública. Gaceta Oficial de la República de Bolivariana de Venezuela, no. 37.522 del 6 de septiembre de 2002.

TELESUR. “Asamblea Nacional de Venezuela aprueba proyecto de Inteligencia Artificial” (20-11-2024). Asamblea Nacional de Venezuela aprueba proyecto de Inteligencia Artificial - teleSUR, consultado el 9 de marzo de 2025.

WHITTINGHAM MUNÉVAR, María Victoria. “¿Qué es la gobernanza y para qué sirve?” *Revista Análisis Internacional*, no. 2. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, UTADEO, Bogotá. 2010, 219-235. Disponible en <https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/24/26>, consultado el 30 de marzo de 2025.

El derecho administrativo y la constitución administrativa

José Araujo-Juárez¹

Introducción

§1. Planteamiento del tema — Es para mí un honor, la oportunidad que se me brinda de reflexionar una vez más —con motivo de la honrosa invitación que se me ha extendido para participar en el Libro Homenaje 50º aniversario del *Instituto de Investigaciones Jurídicas* de la Universidad Católica Andrés Bello—, sobre las relaciones entre el Derecho administrativo y la Constitución. Pero ¿cuáles son esas relaciones?, ¿dónde hay que poner el acento?, ¿cuáles son las respuestas del Derecho positivo en la actualidad?, y por último ¿resultan satisfactorias? Son, pues, interrogantes a los que hay que dar cumplida respuesta, por lo que creemos que el tema sugerido mantiene plenamente su interés y actualidad para la finalidad principal perseguida: pretender ofrecer una imagen lo más correcta posible del estado actual de la cuestión.

Y así paso, sin más dilación, comenzando por señalar que el Derecho administrativo —como lo ha afirmado Prosper Weil—², tiene sus raíces en problemas fundamentales de la Ciencia política y del Derecho constitucional, como son las

-
- 1 Profesor de Postgrado de Derecho Administrativo de la UCAB. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA) y del Foro Iberoamericano del Derecho Administrativo (FIDA); y Miembro de Honor de la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo (ADDA), de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo (AMDA) y Honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA). Para la elaboración de este artículo he utilizado reflexiones contenidas en dos publicaciones mías, revisadas, ampliadas y actualizadas, relacionadas por orden cronológico así: José Araujo-Juárez (2020). *Derecho administrativo constitucional*. Prólogo del Dr. Allan Brewer-Carías. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, Biblioteca de Derecho Administrativo, Colección Dr. Allan Brewer-Carías; y José Araujo-Juárez (2017). *Derecho administrativo constitucional*. Caracas, Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)-EJV; y José Araujo-Juárez (2021). *Constitución administrativa*, Prólogo del Dr. Jorge Sarmiento García. Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, Biblioteca de Derecho Administrativo, Colección Dr. Allan Brewer-Carías.
 - 2 Prosper Weil. *El derecho administrativo*. Ediciones Olejnik, Argentina, 2020, p. 11.

relaciones del Estado con el ciudadano, la autoridad con la libertad, la sociedad con el individuo; y es que, sea cual sea el enfoque que se adopte, señala también Luis Martín Rebollo³, el Derecho administrativo está condicionado, enmarcado, inmerso en planteamientos políticos y constitucionales. Y este rasgo fundamental, tan ligado a sus orígenes, no debe pasarse por alto, si es que se pretende comprender el Derecho administrativo contemporáneo.

El Derecho constitucional, sabemos, es un Derecho particular, cuyo objeto de estudio es la Constitución actual, individual y concreta, del país que sea en cada caso. En el nuestro, el objeto será la Constitución aprobada en el proceso constituyente de 1999⁴.

De ahí que el análisis que se emprende aquí es, en primer lugar, eminentemente jurídico y lo hago impulsado por las razones siguientes. La explicación más simple, es la estricta necesidad técnica del manejo del Derecho administrativo. No es posible en el plano técnico, manejar el Ordenamiento jurídico-administrativo sin considerar al Ordenamiento jurídico como una unidad y, por tanto, sin la referencia constante a la Constitución, pues estimo que se haría con mayor profundidad y mayores posibilidades de éxito hoy día, si se manejan la Teoría de la Constitución y el Derecho constitucional, para configurar los núcleos institucionales básicos del Derecho administrativo contemporáneo.

En segundo lugar, hay que entender, como lo ha notado Eduardo García de Enterría⁵, que las relaciones entre la Constitución y el Derecho administrativo son capitales, pues “la Constitución es el contexto necesario de todas las leyes y de todas las normas y, que, por consiguiente, sin considerarla expresamente no puede siquiera interpretarse el precepto más simple”, pero ello es particularmente cierto en el campo del Derecho administrativo, donde han de articularse siempre el ejercicio del Poder público con la dignidad de la persona y los demás derechos fundamentales, articulación que es el tema primario de la Constitución.

Ahora bien, la verdadera tesis de las presentes reflexiones es —como nos recordaba José Luis Meilán Gil—⁶ cuando en sus orígenes se lleva a cabo la verda-

3 Luis Martín Rebollo. *40 Años de Derecho Administrativo postconstitucional y otros ensayos resaltados*. Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2017, p. 119.

4 La Constitución de 1999 fue el fruto de un arduo proceso constituyente y aprobada mediante Referendo del 15-12- 1999, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.600, de 30-12-1999, y después publicada de nuevo con correcciones en la *Gaceta Oficial* N° 5.453 Extr., de 24 de marzo de 2000.

5 Eduardo García de Enterría. “Prólogo” a *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3a ed., Civitas, Madrid, 1985, pp. 19-20.

6 José Luis Meilán Gil. *Categorías jurídicas en el Derecho administrativo*. IUSTEL, Madrid, 2011, p.159.

dera sistematización del Derecho administrativo, sus categorías jurídicas se estudiaban sin contar con principios constitucionales. En la misma argumentación, Javier Pérez Royo⁷ sostiene que se trataba de un Derecho administrativo “sin Constitución”, pues es sabido que en sus inicios, el Ordenamiento jurídico no empieza en la Constitución sino en la ley.

Mientras que hoy, por el contrario, el Derecho administrativo contemporáneo está íntimamente interrelacionado con el Derecho constitucional, en su sentido estricto de Derecho “de la Constitución en cuanto norma jurídica”, que postula una relación permanente entre ambas disciplinas jurídicas, pues todas las instituciones del Derecho administrativo están marcadas por la regulación básica del Poder público y la libertad que se contiene en la Constitución. Una y otra disciplina resultan por ello, indisociables, como capítulos del mismo Derecho del Estado o más propiamente del Derecho público, como se manifiesta cada vez más en el tratamiento conjunto de las dos disciplinas por los mismos especialistas.

§2. Plan metodológico — En tal sentido, algunas líneas deben dedicarse a la cuestión del método de esta exposición. Y no solo para lograr, dentro de la posible, una cierta claridad, sino para intentar conseguir algún resultado útil, ya no del análisis “particular” de las normas constitucionales que inciden en la aplicación y desarrollo del Derecho administrativo, sino de la comprensión de la “estructura general” de las relaciones entre la Constitución con el Derecho administrativo. Por eso ha sido entonces, y seguirá siendo ahora, imprescindible.

Así las cosas, el plan metodológico para abordar el tema propuesto sería, a grandes rasgos, el siguiente.

Primero, pienso que constituye un buen punto de partida la referencia a unos presupuestos previos y, por consiguiente, un examen de la Constitución, teniendo como telón de fondo el modelo de Estado en sus diversas formas, que si bien es un producto histórico, su seña de identidad se mantiene, y es lo que le confiere continuidad a lo largo de su evolución; esto es, cómo se ha entendido el Estado, en tanto que Poder político organizado que surge para salvaguardar la libertad de los ciudadanos, como principal valor, hasta llegar a ser el *Estado Constitucional*⁸ de nuestros días.

Segundo, se abordan las relaciones entre la Constitución y el Derecho administrativo y su evolución, a partir del cambio de paradigma que significó otorgarle

7 Javier Pérez Royo y Manuel Carrasco Durán. *Curso de Derecho constitucional*, 16ª ed. Madrid, Marcial-Pons, Madrid, 2018, p. 48.

8 Peter Häberle. *El Estado Constitucional*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.

pleno valor normativo a la Constitución, y la virtualidad o significado de la construcción de un nuevo *Derecho administrativo constitucional*.

Por último, el centro de gravedad descansa en la última parte, en razón de que la Constitución incorpora un complejo contenido normativo heterogéneo, dotado de eficacia ordenadora y referido a la Administración Pública y su función estatal propia, que si bien puede que la Constitución a todo lo largo de su texto no lo haga de manera estructurada ni sistemática, de su estudio es posible prefigurar el sustento dogmático para un modelo de *Constitución administrativa*.

Constitucionalismo

§3. Planteamiento de la cuestión — El punto de partida del estudio ha de ser, necesariamente, la Constitución, a partir del Derecho constitucional.

Ahora bien, la correcta comprensión de lo que sean las Constituciones actuales y el Derecho constitucional, no es tarea fácil si previamente no se disponen, como *prius*, de unos mínimos fundamentos del proceso que conocemos como “constitucionalismo”, pues, si algo caracteriza al concepto de Constitución es su impronta histórica y, sobre todo, su condición de herencia de un proceso y resultado en un momento muy concreto de la historia de la humanidad que básicamente se desarrolla en los siglos *xvi*, *xvii* y *xviii*.

Pero también hay que decirlo, está fuera de nuestro alcance y de nuestro interés presente realizar una minuciosa exposición de todas las nociones de Constitución que se han propuesto en la historia del pensamiento jurídico-político. Bástenos decir lo imprescindible, destacando los puntos que hayan de tenerse ahora presentes. En tal sentido, Rafael Jiménez Asensio⁹ entiende que el fenómeno del constitucionalismo “no es otra cosa que la lucha por la limitación del poder y la conquista de la libertad frente a la arbitrariedad y el despotismo, así como la profundización en la igualdad y en los presupuestos democráticos de cada sistema”.

En consecuencia, que una sociedad tenga Constitución, que un Estado sea constitucional —Estado Constitucional—, significa que en él la organización del complejo de órganos que ejercen el Poder público responda a un determinado fin: el aseguramiento y garantía de la libertad de las personas. Por tanto, la finalidad del movimiento que históricamente se llamó constitucionalismo no era, obviamente, introducir en los Ordenamientos jurídicos un texto denominado Constitución, sino asegurar la garantía de la libertad frente al ejercicio del Poder público.

9 Rafael Jiménez Asensio. *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*. 3ª edición. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 24.

Ahora bien, no se puede entender cabalmente lo que sea la Constitución y el Derecho constitucional sin una referencia obligada al Estado, pues tal como lo enuncia R. Jiménez Asencio¹⁰, el Estado es presupuesto del Derecho constitucional, pues es un elemento nuclear de lo que es o pueda ser una Constitución.

Para comprender mejor la vinculación entre Estado y Derecho, es preciso destacar la evolución histórica que ha sufrido el Estado en el mundo jurídico occidental, y que puede estructurarse en etapas. En efecto, la existencia de la Constitución en el sentido moderno de este término, solo es comprensible a partir de determinadas características estructurales de los Ordenamientos jurídicos modernos, y que aluden a dos versiones dentro de la evolución del constitucionalismo europeo: (i) el Estado Legal de Derecho —1789-1848—; y (ii) el Estado Constitucional de Derecho —1848 hasta nuestros días—.

A. Estado Legal de Derecho

§4. Planteamiento de la cuestión — En primer lugar, según el constitucionalista Ignacio De Otto¹¹, la palabra Constitución se encuentra en su origen europeo ostensiblemente cargada de significado político, y evoca de inmediato ideas tales como libertad y democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos, limitación del poder, etc. Este significado político responde al sentido que históricamente ha tenido en el constitucionalismo como movimiento ideológico y de política, el cual tiene una expresión clásica tanto en la Declaración de los Derechos de Virginia de 1776 que dice:

That the legislative and executive powers of the state should be separated and distinct from the judiciary.

Como por su parte, la lapidaria declaración del Art. 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (DDHC)¹² proclamada por la Revolución Francesa el 26 de agosto de 1789 que dice:

Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation de pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution.

Este sería el contenido mínimo indispensable de cualquier Constitución: el catálogo de principios jurídicos, valores y derechos —la parte dogmática— y la organización del Poder público —de los poderes constituidos— con arreglo al

10 *Ibidem*, p. 19.

11 Ignacio De Otto, I. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 7ª. Reimpresión, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, p. 12.

12 *Conseil Constitutionnel. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*. París, PUF, 1989.

principio de separación de poderes, atendiendo en cada caso a un determinado diseño territorial —parte orgánica—.

En tal sentido, como sostiene igualmente De Otto¹³, por una serie de razones, durante mucho tiempo en Europa no llegó a afianzarse claramente la idea de que la Constitución escrita era efectivamente una norma jurídica que obligara a los Poderes públicos del Estado Constitucional cuya infracción resulta antijurídica. De ahí que en sus inicios, la Constitución fuera considerada una ley como cualquier otra, que no vinculaba al Poder legislativo. Por tanto, a partir de la concepción jacobina de la primacía absoluta del legislador, expresión permanente de la voluntad general ilimitada, el objetivo garantista se persigue en Europa fundamentalmente a través de una determinada forma de organizar el Estado: asamblea representativa con funciones legislativas. El resultado es que la posición suprema en el Ordenamiento jurídico corresponderá a la ley.

Así las cosas, la etimología de la palabra nos ofrece una primera indicación sobre la “ley”. Ella nos ofrece tres pistas principales. El término ley proviene del latín «*lex*» que viene del verbo *legere*: recoger, escuchar y leer. La ley es leída. Ella es una palabra importante, dicha y escrita de manera solemne por los hombres, o gravadas en nosotros por Dios. La ley es siempre consignada de una manera u otra.

Ahora, la más perfecta formulación de la supremacía de la ley aparece tras la Revolución Francesa que lleva a proclamar al Parlamento, órgano superior del Estado por su legitimidad representativa; y siendo la ley el acto a través del cual adquieren forma las decisiones del Parlamento, a la supremacía jurídica y política de este le corresponde asegurar también la supremacía jurídica de la ley que, como «*l’expression de la volonté générale*», esto es, la voluntad soberana del pueblo, se sitúa en la cúspide del Ordenamiento jurídico y subordina absolutamente cualquier otra fuente del Derecho.

Así, en sus orígenes, el Estado de Derecho tiende a configurarse como un Estado centrado en el imperio de la ley —que aparece como sinónimo de soberanía de la razón— y, por consiguiente, como un Estado legal. Este periodo se caracteriza por el principio de legalidad, es decir, por la afirmación de la primacía de la ley sobre los restantes actos del Estado, hecha efectiva por el funcionamiento de unos tribunales destinados a garantizar la legalidad de la acción administrativa estatal, lo que se conoce como “Estado legal de Derecho” (M. García Pelayo)¹⁴.

13 Ignacio De Otto, I. . *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 7ª. Reimpresión, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, p. 13.

14 Manuel García Pelayo, M.. “Estado legal y Estado constitucional de Derecho”. *Obras Completas*, Vol. III, Segunda edición revisada y aumentada. CEPC, Madrid, 2009, p. 3029.

Concluiremos la exposición sobre la construcción doctrinal del Estado de Derecho con una aclaración fundamental en la que los autores que vengo citando coinciden pero que es, de nuevo, R. Carré de Malberg¹⁵ quien la expresa con una fuerza especial: el Estado de Derecho que se desarrolla en Europa a partir de la Revolución de 1789 es un Estado Legal de Derecho o Estado de Derecho legal. La ley es, en él, el centro, la norma superior e irresistible. Sus reglas sirven para definir y delimitar los derechos de los ciudadanos. La dominación de la ley afecta a todos los poderes públicos del Estado que han de someterse a sus dictados. Y, por contraste, la ley no tiene freno alguno. Ni las declaraciones de derechos ni la Constitución son preservadas por ningún tribunal frente a los abusos, los excesos, o las contradicciones con sus postulados en los que la ley puede incurrir.

No existe, en Europa, en definitiva, ningún sistema de control de la constitucionalidad de las leyes —hasta muy entrado el siglo *xx*, específicamente con la promulgación de la Constitución de Austria el 1 de octubre de 1920—; hasta tanto en las leyes queda depositada la soberanía y concentrada la creación del Derecho. En tal sentido, el resultado es que entre la Constitución y la ley ordinaria no hay diferencia alguna de valor, y aquella fue considerada durante mucho tiempo una ley como cualquier otra que no vinculaba al Poder legislativo.

B. Estado Constitucional de Derecho

§5. Planteamiento de la cuestión — Sostiene De Otto¹⁶, por el contrario, en el constitucionalismo americano, donde faltan los factores condicionantes que se dan en Europa, resulta claro desde el principio que las normas contenidas en la Constitución escrita son Derecho, el Derecho supremo del país, al que han de sujetarse los órganos del Estado Constitucional en el ejercicio de sus poderes públicos, con la consecuencia de que es posible el control de constitucionalidad del mismo, y que viene a constituir la más importante creación del constitucionalismo americano —seguido en el resto de América.

En tal sentido, como señala Manuel Aragón¹⁷, la citada DDHC de 1789 es un ejemplo, casi paradigmático, de todo ello. En primer lugar, en cuanto al concepto de Constitución, enunciado en términos bien conocidos como una ordenación del Estado que debe necesariamente basarse en la separación de poderes y en la

15 Raymond Carré De Malberg. *Contribution à la théorie générale de l'Etat; spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Vol. I., Dalloz, París, (2003 [1920]); y R. Carre de Malberg, *Teoría General del Estado*, 2ª edición en español. Fondo de Cultura Económica, México, (1998 [1920]).

16 Ignacio De Otto, . *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 7ª. Reimpresión, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, pp. 13-14.

17 Manuel Aragón, “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”. *Revista de Estudios de Derecho Constitucional*, núm. 7, 1987, p. 24.

garantía de los derechos fundamentales. Y en segundo lugar, en cuanto al concepto de ley, entendida como expresión de la voluntad general.

De estos postulados se derivarían notables consecuencias para el constitucionalismo democrático: la doble limitación material y funcional del Poder público, por un lado; y, por otro, la consideración del derecho como producto inmediato de la decisión del pueblo o de sus representantes. El Estado constitucional aparecerá, así, como una forma específica de Estado que responde a los principios de legitimación democrática del Poder público —soberanía nacional—, de legitimación democrática de las decisiones generales del Poder público —ley como expresión de la voluntad general— y de limitación material —derechos fundamentales—, funcional —división de poderes— y temporal —elecciones periódicas— de ese poder.

Es por ello que el planteamiento anterior, supremacía de la ley sobre cualquier otro tipo de fuente normativa, sufrirá en Europa un cambio ideológico-jurídico solo después de la I Guerra Mundial, desde el momento en que se critica al Estado Legal de Derecho y se reconoce a la Constitución, valor y fuerza normativa, es decir, desde el momento en que la Constitución adquiere el carácter de norma jurídica, por influencia de Hans Kelsen en la Constitución de Austria de 1920, que se extiende a la totalidad de la misma, sin perjuicio del diferente grado de concreción de sus diferentes preceptos. Es ahora, pues, que se recibirá la concepción norteamericana de reducir el legislativo a un Poder público constituido dentro de los límites superiores de la Constitución, y es cuando puede decirse que aparece la verdadera o genuina Constitución —con mayúscula ahora sí— y su correspondiente y genuino Estado Constitucional: el “Estado Constitucional de Derecho”. Desde entonces, la finalidad garantista de la Constitución ya no se asegura tan solo con una organización y desde la confianza en su buen funcionamiento, sino que se persigue también normativamente.

En efecto, si bien puede afirmarse que el concepto de Estado Legal de Derecho comparte las características con el de Estado Constitucional de Derecho, sin embargo, las notas distintivas de aquel consisten en que ahora no cabe predicar la absoluta e incondicionada primacía de la ley sino, por el contrario, existe una norma jurídica superior, no solo a todas las demás normas que integran el Ordenamiento jurídico, sino también a todos los órganos del mismo, y que además se nutre de un contenido material integrado en buena medida por los derechos fundamentales de las personas. En consecuencia, el Estado Derecho solo se reputará Estado de Derecho, si esa norma superior resulta ser fuente directa de derechos y garantías inmediatamente aplicables por todos los operadores jurídicos y, sobre todo, provista además de un contenido material de principios jurídicos, valores superiores y fines esenciales de rango constitucional.

Por último, señala Aragón¹⁸ a ello se debería agregar, además de la fidelidad a la idea de frenos y contrapesos, a la interconexión y colaboración de funciones, es decir, al sistema de “gobierno bien equilibrado”, el gran aporte del constitucionalismo norteamericano, la puesta en marcha de una serie efectiva de controles sobre el Poder público, reforzados, desde la famosa sentencia del Juez Marshall de 1803, con el propio control judicial de la constitucionalidad de las leyes que, desde entonces, son inseparables al concepto de Constitución, como elementos primordiales del Estado constitucional.

Por todo ello, la vigencia de la Constitución dependerá de su capacidad de “realización”, es decir, de su efectividad normativa, que, como ha señalado Konrad Hesse¹⁹, requiere necesariamente «que la cooperación, la responsabilidad y el control queden asegurados». No es concebible, pues, la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado Constitucional, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles.

La creación de tribunales constitucionales, la aplicación de la Constitución por los jueces, en suma, es sólo una faceta, aunque sea la más relevante, de este sistema. Junto al control de la constitucionalidad de las leyes, de los reglamentos y de otros actos del Poder público e incluso del poder social o de los particulares —«*drittwirkung*»—, o a la resolución jurisdiccional de los conflictos de atribuciones o de competencias, la ampliación y eficacia de los controles se manifiesta en la completa sumisión de la Administración pública a la ley, con la desaparición de ámbitos exentos, en el establecimiento de nuevas instituciones de fiscalización —como la figura del «*ombudsman*»—, en la extensión del control parlamentario a actividades o entidades de carácter administrativo, en la multiplicación, por vías formales, de otros medios de control del Poder público a cargo de asociaciones, sindicatos o grupos de interés e incluso en la creación —para determinados ámbitos: Consejo de Europa, Comunidades Europeas— de instrumentos supranacionales, políticos y jurídicos, de control.

Principio de constitucionalidad

§7. Enunciado — A partir de entonces, el nuevo periodo se caracteriza por el “principio de constitucionalidad”, es decir, por la primacía de la Constitución sobre la ley y por el funcionamiento de una jurisdicción que entienda de la constitucionalidad de los actos del Estado, incluida la propia ley, y así se pasa del denominado Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho.

18 *Ibid.*, pp. 27-28.

19 Konrad Hesse. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983.

Así, según Manuel García Pelayo²⁰, el Estado Constitucional de Derecho mantiene, pues, el principio de legalidad pero subordina sus formas concretas de manifestarse al principio de constitucionalidad, y empleando una famosa expresión escolástica se podría decir que, el Estado Constitucional de Derecho no anula, sino que perfecciona al Estado Legal de Derecho.

Y es que la supremacía del mencionado principio de constitucionalidad sobre el tradicional principio de legalidad —y, en consecuencia, la del “bloque de constitucionalidad”²¹ sobre el “bloque de legalidad”—, se manifiesta no solo en sentido *negativo* en cuanto invalidante de todo acto o norma incompatible con la Constitución, sino en el sentido *positivo* en cuanto condiciona y limita su marco de actuación, y que es una de las aportaciones básicas del constitucionalismo moderno.

En el mismo sentido, señalan Bilbao Ubillos *et all.*,²² el Estado Constitucional, como forma jurídica de organización de la convivencia social, de configuración del Estado Constitucional en su conjunto, cuya razón de ser es la salvaguarda de la libertad individual —entendida como la capacidad de la persona para autodeterminarse—, como principal valor, como su seña de identidad, surge como experiencia histórica tanto en Norteamérica como en la Europa continental a finales del siglo *xviii*, y evoluciona desde entonces hasta convertirse en lo que es hoy, estación de llegada del trayecto histórico del Estado Constitucional.

Y el Estado Constitucional de Derecho sería, a su vez, el contexto en el que el Derecho constitucional se desenvuelve. Toda forma de Estado Constitucional se sirve del Derecho para regular la convivencia, pero no todo Estado tiene por finalidad la garantía de la libertad frente al ejercicio del Poder público. Esta, es pues, su “seña de identidad” (Bilbao Ubillos *et all.*).²³

El disfrute de la libertad vinculado a la proclamación y protección de la dignidad y demás derechos fundamentales, y la existencia de mecanismos efectivos de control del ejercicio de un Poder público que se expresa cómo y con arreglo a

20 Manuel García Pelayo, M. “Estado legal y Estado constitucional de Derecho”. *Obras Completas*, Vol. III, Segunda edición revisada y aumentada. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 3029.

21 Louis Joseph Favoreu, “El bloque de la constitucionalidad”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 5 Enero-marzo, 1999, pp. 45 y ss.: y Francisco Rubio Llorente, “El bloque de constitucionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional* Núm. 27, Septiembre-Diciembre, 1989, pp. 9 y ss.

22 Juan M^a Bilbao Ubillos, Fernando Rey Martínez, y José Miguel Vidal Zapatero, *Lecciones de Derecho Constitucional* I, 5.^a edición. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 27-30.

23 *Ibid.*, pp. 30-31.

Derecho —*de Derecho*—, que traduce la igualmente libre voluntad de las personas manifestada por votaciones periódicas universales, directas y secretas —*democracia representativa*— y al que se habilita también para asumir la responsabilidad de velar por la cohesión y solidaridad social —*social de Derecho*—, que es la mejor forma de organizar la convivencia de las organizaciones humanas; y, por último, en el constitucionalismo formal venezolano, un Estado donde la Justicia sea una realidad, de manera que cada quien tenga lo que le corresponda más allá del formalismo de la ley o de la legalidad *de Justicia*—: el modelo *Estado social y democrático de Derecho* para el constitucionalismo venezolano (artículo 2) —y agregamos, también *de Justicia* artículo 2 *eiusdem*—, que vendría a ser la última expresión categorizada del Estado Constitucional de Derecho.

Así las cosas, Bilbao Ubillos *et all.*²⁴ han expresado esta tesis con suma claridad: el modelo *Estado democrático y social de Derecho* —y agregamos *de Justicia* según el artículo proclama el artículo 2 de la Constitución de 1999 —será— al menos formalmente—, el estadio más avanzado de la corriente del constitucionalismo, la última expresión categorizada del entendimiento del Estado Constitucional de nuestro tiempo. Por consiguiente, es evidente que la Constitución solo tiene sentido dentro de un tipo determinado de sistema: el Estado Constitucional de Derecho que acabamos de describir.

Y es que el único concepto de Constitución “constitucionalmente adecuado”, es decir, el único capaz de dotar a la Constitución de fuerza “normativa”, en cuanto que descansa en la limitación “del” Estado y no en su mera “autolimitación”, es el que se articula, teóricamente, sobre el Estado Constitucional de Derecho, tal y como ha llegado hasta nuestros días, que representa el más alto umbral civilizatorio, y que será el concepto que manejaremos en esta exposición.

Por su parte, la ciencia del Derecho constitucional nace en el siglo *xix*, es decir, con las Constituciones escritas, con la imposición práctica del Estado constitucional, es decir, en el momento en que la Constitución escrita se convierte en la forma normal de organizar el Poder público, que responde al momento de la ruptura con el *Ancien Régime*, y de imposición definitiva del Estado Constitucional de Derecho en el continente europeo hasta el momento de su consolidación, que comprende desde la oleada de las Revoluciones de 1848 que sacudieron Europa hasta el estallido de la I Guerra Mundial.

§8. Concepto — Conviene, pues, decir dos palabras sobre la Constitución. La Constitución, se ha dicho, es un producto típico de la Ilustración. En tal sentido,

24 *Ibíd.*, p. 32.

señala Javier Pérez Royo²⁵, el ideal del Poder constituyente de finales del siglo *xviii* es descubrir, a partir del estudio de la naturaleza del ser humano mediante el uso de la razón, cuál es la Constitución que debe presidir su organización en la sociedad y, una vez descubierto, fijarla por escrito de manera prescriptiva, con el fin de evitar que su “olvido, desconocimiento o menosprecio” —por utilizar la terminología de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789—, condujera a los hombres a las desgracias y catástrofes de todo tipo a las que se habían visto sometidos en el pasado y, paradójicamente, aun en nuestros días.

Así las cosas, el primer problema que nos encontraremos puede ser el diverso y a veces impreciso significado que podría recibir la Constitución de cada uno de los autores que decidan utilizarlo. Problema que a su vez se agudiza con el que derivaría de los diversos significados que histórica, política y doctrinalmente ha ido adquiriendo el propio término de Constitución y que el propio García Pelayo clasificó en los conceptos “racional normativo”, “histórico” y “sociológico”.²⁶ Solo efectuaremos las precisiones al respecto que parecen imprescindibles en atención a la exposición que nos ocupa.

García Pelayo²⁷ sostiene que el concepto de Constitución es uno de los que ofrece mayor pluralidad de formulaciones, lo cual explicaría que haya ido frecuentemente acompañada de adjetivos, hablándose así de Constitución jurídica o real, política o normativa, material o formal, en definitiva, muchas tipologías. Sin embargo, estimamos que para el estudio de las relaciones entre la Constitución y el Derecho administrativo, debe partirse de un concepto que resulte útil para entender la Constitución vigente, y ese concepto es el “normativo” —al que se le pudiera llamar de muchas otras maneras racional-normativo, formal, garantista, etc.—. Con este capital sentido se incorpora, pues, el concepto de Constitución a la cultura jurídica de occidente —cuyos orígenes proceden, claramente, del constitucionalismo norteamericano— y con idéntica finalidad, bien que con inevitables altibajos y retrocesos, ha permanecido hasta nuestros días.

Así las cosas, lo que se ha venido denominando concepto normativo de Constitución, sostiene José Alfonso Santamaría Pastor,²⁸ es una noción que se consa-

25 Javier Pérez Royo y Manuel Carrasco Durán, *Curso de Derecho constitucional*. Décimosexta edición. Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 71.

26 Manuel García Pelayo, “Derecho constitucional comparado”. *Obras Completas*, Vol. I, Segunda edición revisada y aumentada. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 260-274.

27 *Ibid*, p. 259.

28 Juan Alfonso. Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo* I. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1988, p. 432.

gra en el vocabulario jurídico de los países occidentales en el último tercio del siglo *xviii*. No se trata, obviamente, de una noción que surja de la nada en este momento de la Historia: antes bien, se trata de un concepto-síntesis producido por la acumulación paulatina de una serie de ideas y postulados del origen más diverso, aparecidos a lo largo de toda la larga historia jurídica de los constitucionalismos norteamericano y europeo.

Ahora bien, un hecho importantísimo en el Ordenamiento jurídico de cualquier país lo constituye la aprobación de la Constitución, que influye en las nuevas y específicas cuestiones que el contenido, la sistemática y la misión del Derecho administrativo de nuestro tiempo debe resolver, ante la emergencia de nuevas formas de la Administración pública y de la gestión pública del siglo *xxi*.

Es así como con relación al contenido de la Constitución de 1999 se detecta, en primer lugar, la influencia de los antecedentes del constitucionalismo nacional, en cuanto a estructura o términos tradicionales, pues conserva visibles influencias desde la primera Constitución venezolana —y al mismo tiempo iberoamericana— de 1811 y, fundamentalmente, la precedente de 1961.

Y en segundo lugar, también es muy significativa la impronta del Derecho constitucional comparado, de los proyectos e ideas de los constitucionalismos norteamericano y, sobre todo, del europeo continental, donde se observan múltiples influencias de las Constituciones francesa revolucionaria y, más recientemente, de las alemana y española, que como fuente de inspiración son muy notables, de donde se importan instituciones foráneas inéditas en nuestro constitucionalismo.

§9. Eficacia constitucional — Pero, también, es sabido que todo Derecho aspira a la “eficacia”, a su efectividad. De ahí que las categorías e instituciones jurídicas no pueden ser estudiadas o enseñadas meramente como algo abstracto, supraordenado y objetivo, esto es, al margen de su eficacia (Brewer-Carías)²⁹; por el contrario, hay que recordarlo, las instituciones jurídicas y dentro de ellas, la Constitución, deben ser estudiadas en su operatividad, “con un influjo efectivo y creciente” (García De Enterría)³⁰, es decir, como el vehículo que permite en la realidad el desarrollo de la vida social y política.

Así las cosas, la Constitución, en tanto es la primera de las “normas de producción”, la *norma normarum*, se manifiesta como el resultado de la autodetermi-

29 Allan R. Brewer-Carías (2017). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo XVI. *La destrucción del Estado de Derecho, la ruina de la democracia y la dictadura judicial*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

30 Eduardo García de Enterría, y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo* T. I, Vigésima primera edición. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2024, p. 147.

nación de la sociedad, incorporando un condensado de principios fundamentales —o generales de Derecho—, valores superiores y fines esenciales, que si no se cumplen podrá llamarse tal, pero lo será solo en un sentido *nominalista* o *semántico*, con lo cual se evidencia como señalara Karl Loewenstein³¹, que una visión eminentemente formalista es insuficiente para identificar el concepto actual de Constitución.

En consecuencia, es bien cierto que la Constitución se erige sobre la afirmación de su carácter plenamente normativo, y como tal una institución jurídica, pero también su análisis exige que habrá de desarrollarse en su instrumentación, es decir, a la luz de su proyección social y, por consiguiente, como muy bien advierte Rafael Bielsa: “[...] el derecho expresado en declaraciones y preceptos constitucionales equivaldría a un medicamento que, no obstante su virtud, no se suministraría al que lo necesita para defender su salud”³².

Por todo ello, la vigencia de la Constitución dependerá de su capacidad de “realización”, es decir, de su efectividad normativa que, como ha señalado Karl Hesse³³, requiere necesariamente “que la cooperación, la responsabilidad y el control queden asegurados”. No es concebible, pues, la Constitución como norma, y mucho menos la Constitución del Estado social y democrático de Derecho y de Justicia—, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles, que son elementos inseparables de la Constitución (Manuel Aragón)³⁴.

Proceso de constitucionalización del Derecho administrativo

10. Planteamiento de la cuestión — Tal modo que viene de ser descrito de comprender la Constitución ha calado tan profundamente, sostiene Ignacio De Otto³⁵, que no es infrecuente encontrar trabajos doctrinales en los que el examen de una categoría o institución jurídica cualquiera, se encabeza con una exposición de las normas constitucionales correspondientes, como si estas contuvieran el núcleo de la disciplina jurídica que se examina, que ha sido calificado como el de mayor relevancia en el mundo del constitucionalismo democrático entero,

31 Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Traducción y estudio por A. Gallego Anabitarre, Reimpresión de la 2ª. ed. Ariel, Barcelona, (1979 [1959]). pp. 215, 217, y 218-219.

32 Rafael Bielsa. *Derecho administrativo*, T. 1. La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 40.

33 Karl Hesse. *Escritos de Derecho Constitucional*, CEPC, Col. Democracia y Derecho, Madrid, 2011, p. 20.

34 Manuel Aragón. “El control como elemento inseparable de la Constitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, Número 19, Enero-Abril, Madrid, 1987, pp. 15 y ss.

35 Ignacio De Otto. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 7ª. Reimpresión, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, pp. 31 y 45-46.

porque abarca a todas las ramas del Derecho en sus objetivos, sustancia y métodos.

Desde entonces, el referido proceso de constitucionalización se ha convertido en una de las más notables fuerzas de desarrollo del Derecho en general, es decir, una irrigación o, más propiamente, una “irradiación” por la Constitución de todo el Ordenamiento jurídico, significándose con ello, la “adaptación, orientación y reorganización del ordenamiento jurídico ordinario a los parámetros de la Constitución que no se agotan en los estrictos y simples mandatos y prohibiciones” (Eberhard Schmidt-Assmann)³⁶.

Ahora, el proceso de constitucionalización del Derecho se explica porque el Derecho constitucional como sostiene García De Enterría, “[...] en su sentido estricto de Derecho de la Constitución en cuanto norma jurídica [...]”³⁷, ostenta una superioridad frente a las otras ramas del Ordenamiento jurídico, dentro de las que se incluye el Derecho administrativo, no solo a partir de la concepción kelseniana sobre el escalonamiento normativo, sino por el contenido material de la Constitución, es decir, porque en ella se establecen los principios fundamentales y los valores superiores que irradian todo el Ordenamiento jurídico. En tal sentido puede afirmarse, la Constitución es algo más que la norma suprema del Ordenamiento jurídico: es el centro de dicho Ordenamiento jurídico, “por donde pasan todos los hilos del Derecho”, y que ha supuesto la aportación básica de la Constitución moderna a la cuestión de las fuentes de Derecho como lo es el principio de constitucionalidad.

Así, todo el contenido, sistematización y misión del Derecho están marcados por la regulación básica del ejercicio del Poder público y de la libertad que se contienen en la Constitución. Es por ello que se puede y debe reiterar con García de Enterría, que hoy la Constitución domina la totalidad de la vida jurídica de la sociedad³⁸.

Al tiempo se advierte que la mencionada irradiación de la Constitución en las disciplinas del Derecho ha sido desigual, o para decirlo de otro modo: el Derecho existente fue alterado sustancialmente en unas ramas del Derecho, y en otras ape-

36 Eberhard Schmidt-Assmann. “El concepto de constitucionalización del Derecho administrativo”. AA.VV. *La constitucionalización del Derecho administrativo: XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Editores A. Montaña Plata y A. F. Ospina Garzón [et al]. UEC, Bogotá, 2014, p. 27.

37 Eduardo García de Enterría. “Prólogo” a *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 31.

38 Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo* T. I, Vigésima primera edición. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2024, p. 136.

nas ha supuesto modificaciones nacidas de la supremacía constitucional. En todo caso, la Constitución ha extendido su manto sobre el Ordenamiento jurídico, dándole un tinte especial y un grado elevado de coherencia que abarca tanto el Derecho público como el Derecho privado. Esta suerte de equilibrio constitucional permite la subsistencia y la simultaneidad.

Así las cosas, el organismo vivo que es el Derecho se transforma, cambia en definitiva y obliga a un entendimiento de la Constitución coherente con las nuevas necesidades de la sociedad. Cada día se integra en armonía con la Constitución, más y más necesidades que deben adecuarse a la interpretación constitucional.

Finalmente, en el concepto moderno, la Constitución ya no solo es una norma jurídica sino, precisamente, es la norma jurídica suprema de todo el Ordenamiento jurídico, y se consolida con el establecimiento de uno o varios procedimientos de control jurisdiccional de la constitucionalidad por los tribunales según los dos modelos que conocemos —norteamericano y continental europeo—.

§11. Proceso de constitucionalización del Derecho — Al formidable cambio de perspectivas mencionado lo ha denominado Louis Joseph Favoreu³⁹, “la constitucionalización del Derecho”, de modo muy exacto y expresivo. Sostiene que bajo el efecto del tema y el proceso de la constitucionalización del Derecho —fenómeno muy reciente en Francia—, el centro de gravedad del Ordenamiento jurídico se ha desplazado. Desde el siglo *xix* ese Ordenamiento jurídico tuvo a la ley como eje esencial. A partir de los fines del siglo *xx*, el eje esencial es la Constitución.

Por tanto, si la Constitución es como sostiene la doctrina, el “ordenamiento jurídico fundamental del Estado Constitucional”⁴⁰, es imperativo que la Constitución irradie todas las partes del Ordenamiento jurídico, entendida en sentido amplio la “irradiación” como el conjunto de normas jurídicas relacionadas entre sí, escalonadas o jerarquizadas, que rigen en un momento a un país determinado. Y es que en ese proceso se estima que no solo hay que hacer frente a las circunstancias que dificultan el aprendizaje a partir de la Constitución y sobre el lugar y la función del Derecho constitucional, en la medida en que este contempla, desde una perspectiva general, el ejercicio del Poder público, que es lo que lo singulariza

39 Louis Joseph Favoreu. “*La constitutionalisation du Droit*”. *Mélanges en hommage à Roland Drago. L'unité du droit*. Económica, París, 1996, pp. 25 y ss. Reproducción en *Revista de Derecho*, Vol. XII.UACH, Santiago, p. 43.

40 Werner Kagi, cit. por Eberhard Schmidt-Assmann. “El concepto de constitucionalización del Derecho administrativo”. AA.VV. *La constitucionalización del Derecho administrativo: XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Editores A. Montaña Plata y A. F. Ospina Garzón [et al]. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 23.

y lo distingue de los demás Derechos, por cuanto es el Derecho portador de los elementos más simples y generales a partir de los cuales se construyen todos los demás Derechos. Por eso la Constitución es y será el punto de partida de todos ellos sin excepción. Sin la Constitución, hoy día el resto del Derecho resulta ininteligible.

El hecho de que la Constitución sea la norma que, desde su superioridad, pone los fundamentos y fija las opciones primeras del resto del Derecho, permite entender que en ella se contenga —quintaesenciada— la raíz de sentido de todo el Ordenamiento jurídico (Ángel Garrorena Morales).⁴¹ La Constitución es, así, la síntesis última y más acabada de todo el Derecho, con lo cual se comprende que el auténtico significado de las demás normas solo se muestre y alcance cuando las ponemos en contacto con ese referente o matriz de sentido suyo que son las normas constitucionales —“eficacia hermenéutica” o “eficacia para la interpretación del resto de las normas”— (Garrorena Morales)⁴².

No es la Constitución, en consecuencia, como se suele decir frecuentemente, el punto de partida del Derecho público, sino el punto de partida de todo el Derecho, tanto del público como del privado, base y soporte de la actuación del Estado Constitucional y de la sociedad. El Derecho no tiene más que un tronco común, que es la Constitución. Con ella empieza el Derecho, ya que los dos elementos necesarios para que el Derecho sea posible, la persona y el Estado, la libertad y la separación de poderes, es también el objeto del Derecho constitucional, disciplina jurídica que se ocupa del Derecho “de la Constitución” entendida esta como norma. La Constitución por su carácter básico, en sentido ontológico es, así, el presupuesto y *conditio sine qua non* de los demás Derechos —público y privado—. En tal sentido se ha dicho, que en la Constitución se hallan los principios fundamentales de todas las ramas o ciencias del Derecho, además de los principios fundamentales relativos a la formación del Derecho mismo —el “sistema de fuentes”—.

Por su parte, Bilbao Ubillos *et al.*⁴³ sostienen también que la Constitución se sitúa a la cabeza del Derecho público, en cuanto contiene principios fundamentales y reglas que afectan a las demás ramas jurídicas que pertenecen al mismo. Un radio de acción que se extiende, incluso, a las demás ramas del Ordenamiento jurídico, pues la Constitución no se limita a recoger un estatuto del Poder

41 Ángel Garrorena Morales. *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, 4ª edición. Madrid, Ed. CEPC, Madrid, 2020, p. 104.

42 *Ibidem*.

43 Juan Mª Bilbao Ubillos, Fernando Rey Martínez y José Miguel Vidal Zapatero. *Lecciones de Derecho Constitucional* I, 5.ª edición. Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 32.

público —y de las relaciones entre este y el ciudadano—, sino que se pronuncia como norma sobre las grandes ideas de ordenación de la vida social, por lo que incide también sobre el Derecho privado —con repercusiones inmediatas tanto en el campo legislativo, jurisprudencial y doctrinal—, y de ahí los extraordinarios estudios de los que dan cuenta, en el Derecho privado venezolano, por ejemplo los trabajos de la profesora M.C. Domínguez Guillén. Así las cosas, hoy en día nadie discute dentro de los ámbitos del Derecho público y del Derecho privado, la importancia que para los mismos tiene la Constitución y sus principios fundamentales.

En tal sentido, la doctrina remarca una tendencia amplia de constitucionalización del Derecho, generada en virtud del reconocimiento de la Constitución, ya no sólo como documento con valor político que lleva consigo un modelo jurídico-político determinado que ha de inspirar la creación, organización y actuación del Estado Constitucional de Derecho sino, también, como norma jurídica de aplicación directa e inmediata, sin necesidad de desarrollo legal y prevaleciente sobre la propia ley, y con una jerarquía superior en el sistema de fuentes, así como el aumento significativo de su contenido, esto es: los principios fundamentales, los valores superiores y las reglas jurídicas aplicables a múltiples campos del Derecho que ha generado, sin lugar a dudas, que se hable del fenómeno o proceso de constitucionalización del Derecho y, por supuesto, el Derecho administrativo no ha sido ajeno a esta tendencia, según pasaremos a examinar.

§12. Posición negadora — Como cuestión previa habrá de hacerse referencia a la posición negadora de la dependencia intrínseca del Derecho administrativo respecto del Derecho constitucional, la cual fue formulada inicialmente por O. Mayer, con palabras que se hicieron célebres en el Prólogo a la tercera edición de su obra en los términos siguientes: *“No hay que señalar grandes novedades que hayan tenido lugar entre 1914 y 1917. El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece (Verfassungsrecht vergeth, Verwaltungsrecht besteht); esto es algo que se viene observando ya desde hace largo tiempo”*. En otras palabras, el Derecho constitucional pasa, porque sería político; mientras que el Derecho administrativo permanece, porque sería Derecho.

Tal posición de indiferencia del Derecho administrativo frente a los cambios constitucionales, fue enérgicamente rechazada por la doctrina a partir de la segunda postguerra haciendo suyo, por el contrario, el título de un célebre trabajo de F. Werner,⁴⁴ antiguo Presidente del Tribunal Administrativo Federal: “El de-

44 F. Werner. “Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht”. DBV1, 1959, 527 y ss., cit. por M. Iber. “Pasado y presente de la relación entre el derecho constitucional y el Derecho administrativo”. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* nº 50/51. Valencia, 2006; p. 190.

recho Administrativo no es otra cosa que el derecho constitucional concretizado —*Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*—. En efecto, si la Constitución es una auténtica norma, la primera y más importante de cuantas integran el Ordenamiento jurídico, el Derecho administrativo no puede permanecer impasible ante sus cambios. El Derecho administrativo, pues, ha de construirse a partir de los contornos delimitados por la Constitución, a cuyos postulados debe adaptarse la realidad jurídico-administrativa.

En tal sentido, sostiene Schmidt-Assmann⁴⁵, constituye una clásica afirmación sostener que la Constitución impregna de forma particularmente intensa el entero Derecho administrativo. Ello es algo que ya la doctrina de R. Von Mohl en el siglo *xix* puso de manifiesto. De ahí que el Derecho administrativo haya de cimentarse sobre los principios fundamentales, tanto formales como sustantivos, sin caer jamás en su vulneración.

La Constitución, ciertamente, no agota la materia jurídica, pero todo el Derecho positivo ha de interpretarse a partir de ella y adaptarse a la misma. Si es cierto que en la Constitución se contienen, como se ha dicho gráficamente, “*les têtes de chapitres*”, los enunciados fundamentales de toda rama o disciplina jurídica, la dependencia respecto de los principios fundamentales, valores superiores y fines esenciales constitucionales es un postulado que cobra una particular intensidad en el Derecho administrativo, cuyo objeto es la regulación del ejercicio mismo de unas de las ramas o complejo orgánico de ejercicio del Poder público: el Poder ejecutivo.

Partiendo de la concepción normativa, para Santamaría Pastor⁴⁶, las relaciones entre la Constitución y el Derecho administrativo son claras: el Derecho administrativo es tanto un subsistema normativo o un sistema normativo sectorial dentro del total Ordenamiento jurídico de una nación, como una disciplina académica o científica, que tiene en la Constitución su base misma y su culminación en términos formales.

§13. Proceso de administrativización del Derecho constitucional — La primera de las formas de relación entre estos dos sectores del Ordenamiento jurídico fue el proceso de “administrativización del Derecho constitucional”. Este proceso nace de una peculiaridad española en el panorama comparado: cuando en 1978 se elaboró el texto de la Constitución, España contaba ya con una larga tradición

45 Eberhard Schmidt-Assmann. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Trad. española. INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 15.

46 Juan Alfonso Santamaría Pastor. *Fundamentos de Derecho Administrativo I*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1988, p. 189.

codificadora que se había decantado en un cuerpo de leyes que regulaban todas las instituciones y áreas del Derecho administrativo general.

La historia es suficientemente conocida. Baste recordar ahora que, en ausencia de una verdadera Constitución hasta 1978, las grandes leyes administrativas aprobadas a lo largo de la década que se desarrolló entre la Ley de expropiación forzosa de 1954 y la Ley general tributaria de 1963; esto es, desde la organización y el procedimiento administrativo, a la expropiación y la responsabilidad por daños, pasando por el régimen de los actos, los contratos y la justicia administrativa.

Todas esas leyes administrativas desplegaron una función materialmente constitucional. Entiéndase bien: esas normas no eran ni podían ser una Constitución, pero, gracias a una dogmática jurídico-administrativa renovada —si bien es cierto en el contexto de un Estado autoritario—, cumplieron alguna de las tareas que en un Estado de Derecho suelen atribuirse a una de ellas, como es la de racionalizar el ejercicio del Poder administrativo sometiéndolo a criterios jurídicos. Elías Díaz García nos enseñó que si bien España para la época no era un Estado democrático de Derecho, pero si en algo llegó a parecerse a uno fue, precisamente, en su Derecho administrativo⁴⁷.

Es probable que ello facilitara para que en aquel momento se decidiera elevar al texto constitucional de 1978 algunas materias particularmente relevantes de la legislación administrativa. El resultado es un buen número de disposiciones normativas que desde una perspectiva formal pertenecen al Derecho constitucional, pero que materialmente continuaban siendo parte del Derecho administrativo.

Así las cosas, una de las máximas expresiones de la autonomía del Derecho administrativo ha sido el proceso de “administrativización del Derecho constitucional”, esto es, “la colonización de la Constitución formal por parte de normas, instituciones y doctrinas procedentes del derecho administrativo, ya sea directamente o a través de la doctrina constitucional” (Luis Arroyo Jiménez).⁴⁸

Este proceso generó en la década de los 80s, una de las más conocidas polémicas del Derecho público español, entre los profesores Pablo Lucas Verdú y Eduardo García de Enterría⁴⁹, hoy ya superada por la doctrina más autorizada y, en lo que ahora más importa, condujo a un resultado paradójico. Por un lado,

47 Elías Díaz García. “Intelectuales: la oposición a la dictadura, la transición a la democracia (1939-1986)”. *Boletín de Historia Contemporánea en España*, Nº 50, Burdeos, 2016, pp. 49-61.

48 Luis Arroyo Jiménez. “Derecho administrativo y Constitución española”. RAP Nº 209, 2019, p. 148.

49 Pablo Lucas Verdú. “El Derecho constitucional como Derecho administrativo (La “ideología constitucional” del profesor Eduardo García de Enterría). En REP, núm. 13. Madrid,

en contraste con otros sistemas comparados, el Derecho administrativo constitucional español es particularmente denso. Sin embargo, una vez que el Derecho administrativo colonizó la Constitución de 1978, esas normas, originariamente legales, pasaron a ocupar una posición formalmente constitucional, de modo que la evolución posterior del Derecho administrativo terminó quedando sujeta a un marco constitucional que lo condiciona y limita con la misma intensidad.

§14. Proceso de constitucionalización del Derecho administrativo — Pero también, la administrativización del Derecho constitucional impulsó el proceso inverso, dando lugar, a su vez, al conocido fenómeno o “proceso de constitucionalización del Derecho administrativo”, que es otra de las formas de relación entre estos dos sectores del Ordenamiento jurídico.

Desde el momento en que surge en el horizonte del Estado Constitucional contemporáneo, el aparato ejecutor de sus fines esenciales llamado Administración pública, se manifiestan una serie de tensiones entre por un lado esta organización instrumental, servicial, y por el otro las personas. Es desde esta perspectiva desde la que se hace necesario incidir en el papel que las Constituciones tienen para todo el Derecho administrativo, para significar cómo el equilibrio entre Poder público y la persona que este Derecho busca, no puede prescindir y tener siempre presente, pues han de observarse necesariamente las potencialidades desde los postulados constitucionales.

Hay que tener presente, pues, las potencialidades de las Constituciones, y en esa línea de deducir un sistema administrativo y unas consecuencias prácticas de las normas constitucionales se han dirigido los esfuerzos de muchos administrativistas, y en ese sentido precisaban hallar y analizar los fundamentos constitucionales que servían de sustento y enmarcaban la disciplina que preferentemente cultivaban. Y así el estudio de la Constitución como norma jurídica supone ensamblar el Derecho administrativo con sus bases o presupuestos constitucionales. Y de ahí que los administrativistas tuvieron que rastrear las apoyaturas constitucionales, la incidencia de la Constitución en todos y cada uno de los sectores regulados por Ordenamientos jurídico-administrativos específicos.

Uno de los autores clásicos en el estudio de las relaciones entre la Constitución y el Derecho administrativo, sabemos todos, George Vedel⁵⁰, sostuvo que ni teórica ni pedagógicamente era posible definir autónomamente el Derecho administrativo, y que solo era posible su definición a partir de la Constitución.

1982, p. 15 y ss.; y Eduardo García de Enterría. “El Derecho constitucional como Derecho”. En REP, núm. 15, 1982, p. 14 y ss.

50 George Vedel. “*Les bases constitutionnelles du Droit Administratif*”. *Etudes et Documents du Conseil d’Etat*, N° 8, 1954, pp. 21 y ss.

El punto de inicio se encuentra, pues, en la denominada “teoría de las bases constitucionales” del Derecho administrativo esbozada por Vedel, como clave de interpretación de esta disciplina jurídica, cuyo estudio comportó un presupuesto lógicamente previo —más aún indispensable— a la descripción de su contenido.

Por eso hoy día constituye un lugar común hablar del proceso de constitucionalización del Derecho administrativo, a partir del cambio del paradigma que significó otorgarle pleno valor normativo a la Constitución. Sin embargo, es también evidente, la ausencia durante mucho tiempo de estudios profundos acerca de la cuestión, o lo que es más grave, de análisis que buscaran identificar la extensión y los alcances de dicho proceso de constitucionalización, salvo contadas pero muy honrosas excepciones como lo son en España J. L. Meilán Gil, J. Rodríguez-Arana, J. Barnés y L. Arroyo Jiménez; y en Venezuela los de A. R. Brewer-Carías y nuestro más modesto aporte. Sin embargo, es necesario señalar que esta evolución no ha llegado a su término.

En consecuencia, la verdadera relación entre la Constitución y el Derecho administrativo sólo se empezó a evidenciar cuando se reconoció la fuerza normativa superior de la Constitución como fuente jurídica del Derecho, y se dio el primer paso hacia el proceso de constitucionalización del Derecho administrativo dentro de un verdadero Estado Constitucional de Derecho. Las Constituciones transformaron así al Derecho administrativo, poniéndolo al servicio de los principios fundamentales, valores superiores y fines esenciales constitucionales, como al sistema de garantías de las libertades y demás derechos fundamentales de las personas.

De ahí que frente a la errónea o no interpretación sobre la afirmación de O. Mayer de que la Constitución pasa y el Derecho administrativo permanece, se debe reivindicar el valor preeminente o la posición central de la Constitución, así como los instrumentos jurídicos internacionales sobre los derechos humanos —Acuerdos, Tratados, Convenios, Convenciones, etc.— integrados en la misma a través del Art. 23 de la Constitución de 1999, como los puntos de anclaje sobre los que actualizar, innovar y enseñar el Derecho administrativo contemporáneo.

En vista de lo expuesto, no se puede desconocer la existencia, en sentido amplio, de *les têtes de chapitres*, si se quiere, por utilizar la expresión clásica o, más propiamente, de un “marco constitucional” —Meilán Gil y Rodríguez-Arana— o del “contexto” necesario —García de Enterría—, no sólo ya del Derecho administrativo, sino de todas las demás disciplinas del Derecho —“constituido”—, incluso ajenas al Derecho público según Vedel: ambiental, civil, internacional, laboral, penal, privado, procesal, social, tributario, etc.

Este imperativo lógico común a todas las ramas del Derecho, posee una incidencia muy especial en lo que se refiere a la regulación de la organización, estructura y funcionamiento de la Administración pública, sus relaciones jurídicas con las personas, así como el sistema normativo que las rige y las garantías jurídicas correspondientes, como las señas de identidad, el ADN, o en fin, el “deber ser” de la ciencia del Derecho administrativo.

Y, por ende, por cuanto la fuente y norma jurídica suprema del Derecho positivo viene a ser la Constitución, por consiguiente, también lo será para el Derecho administrativo. Cada capítulo del Derecho administrativo contemporáneo, se ha dicho, está encabezado por una norma de rango constitucional y de ahí que, según R. Bielsa⁵¹, el Derecho administrativo tendrá el carácter o la fisonomía del Derecho constitucional de cada Estado Constitucional.

En el mismo sentido, Jorge E. Ibáñez Najar⁵² sostiene que mientras por regla general, para el Derecho constitucional el punto de llegada es la Constitución, en cambio, para el Derecho administrativo es el punto de partida, lo cual significa que esta disciplina se construye en cada Estado Constitucional, a partir de lo que se defina en última instancia en la Constitución, y no podrá abordarse su estudio si previamente no se ha hecho otro tanto con el Derecho administrativo, tanto general como especial. A su vez, el sólo Derecho constitucional es insuficiente si no se concreta en el estudio y la *praxis* del Derecho administrativo, el cual tendría por objeto, precisamente, “concretizar” el Derecho constitucional.

Por consiguiente, ni el Derecho administrativo ni la Administración pública pueden ser exactamente iguales a partir de la aprobación de las Constituciones, pues como sostiene Mario R. Brito,⁵³ pues la Constitución que es el fundamento del propio ser del Estado Constitucional y se refiere al mismo en su totalidad, también caracteriza y determina por ello de forma expresa, tanto en su fundamento —marco precisamente constitucional—, como en el “objeto o contenido, límites y fines” del Derecho administrativo y de la Administración pública.

51 Rafael Bielsa (1964). *Derecho administrativo*, T. 1., La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 40.

52 Jorge Enrique Ibáñez Najar (2006). “El Derecho Público Colombiano”. *V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica*, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2006, pp. 119-120.

53 Mario R. Brito. “Estudio de las relaciones entre el Derecho administrativo y el Derecho Constitucional en el Uruguay”. *V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica*. Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2006, p. 34.

Vinculación constitucional

§15. Enunciado — El Derecho administrativo, se ha dicho, es el Derecho constitucional “de lo concreto” —concretizado—, esto es, materializado sobre la realidad, porque sus conceptos, categorías e instituciones tienen necesariamente un marco constitucional. Esta vieja fórmula expresa de manera plástica la vinculación jurídica del primero respecto del segundo, así como la función de la Constitución de determinar el contenido del Derecho administrativo. Pero el Derecho administrativo nunca ha sido, simplemente, Derecho constitucional concretizado.

En efecto, la relación que media entre ambas disciplinas no se deja encerrar en la imagen de la simple concreción. Por ello resulta más preciso afirmar que la Constitución y el Derecho constitucional “limitan” y “dirigen” el desarrollo y la aplicación del Derecho administrativo (Schmidt-Asmann)⁵⁴, y el modo en que se produce ese doble efecto de limitación y dirección; y de ahí la necesidad de analizar también en el marco de la Constitución, el sistema de las relaciones, las funciones y las desviaciones entre el Derecho constitucional y el Derecho administrativo como lo ha hecho tan estupendamente Javier Barnés y cuyas ideas aquí seguimos⁵⁵. Basta ahora, por tanto, realizar alguna observación general en relación con los resultados que ha arrojado hasta el presente.

Desde el punto de vista sustantivo, la acción del doble efecto de limitación y dirección del Derecho administrativo en el que se concreta su vinculación constitucional, es el producto de tres circunstancias:

La *primera* y más relevante, es la especial posición de la norma constitucional, caracterizada por su carácter jurídico vinculante, su supremacía con respecto al resto de normas del Ordenamiento jurídico y su función consistente en establecer presupuestos de validez y aplicabilidad de las normas y actos jurídicos que integran el sistema que preside. De lo expuesto hasta ahora se deriva que las normas constitucionales que limitan y dirigen el desarrollo, la interpretación y la aplicación del Derecho administrativo son tan numerosas como heterogéneas.

Desde una perspectiva nacional, la intensidad de la constitucionalización del Derecho administrativo venezolano es muy elevada porque, debido a las razones

54 Eberhard Schmidt-Assmann. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Trad. española. INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 27 y ss.

55 Javier Barnés. “La interacción entre la Constitución y el Derecho administrativo: límites y patologías”. AA.VV. *Constitucionalización del Derecho administrativo, XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Ed. Montañó Plata, A.F. Ospina Garzón [et al]. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 501 y ss.

indicadas, la Constitución de 1999 incluye —según lo veremos más adelante— numerosas disposiciones materialmente administrativas. Así, la mayor densidad del Derecho administrativo constitucional conduce a una constitucionalización más acusada del Derecho administrativo venezolano.

La *segunda*, es la amplitud de la interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia proferida por la “función correcta” de la Justicia constitucional —esto es, allí donde verdaderamente exista y funcione realmente—, tanto nacional como comparada, en lo que respecta al Derecho administrativo. Todo ello explica que una parte muy relevante de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional español, en concreto, se caracterice, precisamente, por controlar y hacer efectiva la constitucionalización del Derecho administrativo.

Y por último, la *tercera* es de carácter dogmático y alude a la función sistematizadora del Derecho constitucional. Si el Derecho administrativo general es un conjunto de normas, doctrinas y técnicas de regulación que opera como el sistema operativo del Derecho administrativo, la Constitución proporciona impulsos y orientaciones necesarios para su ulterior desarrollo. Un buen ejemplo de ello es, por ejemplo, el impacto que tuvieron las normas constitucionales de 1961 relativas al principio de la universalidad del control judicial de la actuación administrativa que, lejos de limitarse a inducir modificaciones puntuales en la legislación procesal, condujeron a un replanteamiento general del entero sistema de la Justicia administrativa venezolana, impulsado a través de la acción del legislador, de los órganos judiciales y de la doctrina académica.

Un idea clara que se deduce de todo lo anterior, tal y como recientemente han subrayado, a mi juicio certeramente, autores como Meilán Gil, Rodríguez-Arana y Martín Rebollo en España, y nosotros en Venezuela, es que no parece forzado hablar de la configuración de un auténtico *Derecho administrativo constitucional*, que persigue investigar hasta dónde la irradiación de la nueva realidad constitucional ha transformado y/o habrá de transformar el Derecho administrativo contemporáneo en su contenido, sistemática y misión —en cada Derecho positivo, lo cual evita el tradicional estancamiento de la evolución del Derecho administrativo.

§16. Conclusión — Desde ese punto de vista recién expuesto, hay que afirmar que la Constitución es la base, el fundamento, el punto de anclaje y, en definitiva, el marco de referencia constante del Derecho administrativo contemporáneo. El Derecho administrativo no permanece idéntico cuando la Constitución cambia, porque esta se configura como el pórtico, el punto de partida, el necesario umbral del Derecho administrativo, un Derecho que, como ha recordado Vedel,

tiene allí inexcusablemente, unas bases constitucionales o, más propiamente, un “marco constitucional” de referencia.

La Constitución de 1999 se aprobó y es, en efecto, el punto de partida de todo el Derecho posterior y el contexto y marco del Derecho público y, muy especialmente, del Derecho administrativo. De ahí que el proceso de constitucionalización del Derecho administrativo venezolano también tiene mucha trascendencia por las razones siguientes:

- La Constitución de 1999 ha incorporado al Derecho positivo, nuevas normas e instituciones de contenido iusadministrativo.
- La aparente duplicación de objeto, derivada de la común denominación de los temas en ambas disciplinas, no involucra repetición de conceptos ni superposición científica, sino doble examen desde dos puntos de vista científicos de unos mismos objetos —las normas constitucionales de contenido iusadministrativo—.
- Las normas y categorías de contenido iusadministrativo introducidas en la Constitución de 1999 han quedado constitucionalizadas y con ello dotadas de superioridad normativa formal que la Constitución implica, de directa aplicación e invocación ante los tribunales. Sin embargo, Schmidt-Assmann⁵⁶ sostiene que solo allí, donde se trate, en cada caso y en toda extensión, de un mandato vinculante del Derecho constitucional, el Derecho administrativo adquiere el rango y la estabilidad de Derecho constitucional, pero estos son proporcionalmente solo pocos puntos específicos.
- La definición legal de la organización estructura y actividad de la Administración Pública está condicionada por los principios fundamentales, valores superiores y fines esenciales que la Constitución de 1999 reconoce y declara, por lo que no es posible su desconocimiento por ninguno de los centros o complejos orgánicos que ejercen el Poder público, ni tampoco por las personas, quedando todos de esa manera vinculados por la voluntad del Poder constituyente.

56 Eberhard Schmidt-Assmann. “El concepto de constitucionalización del Derecho administrativo”, AA.VV. *La constitucionalización del Derecho administrativo: XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Editores A. Montaña Plata, A. F. Ospina Garzón [et al]. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 25.

- La necesidad imperiosa de interpretar las normas constitucionales de contenido iusadministrativo, a la luz de la concepción global de la Teoría de la Constitución elaborada por el Derecho constitucional como ciencia.⁵⁷
- Y por último, dado el nuevo rango jerárquico constitucional, el control jurisdiccional se
- efectúa, tanto sobre la validez jurídica de las normas legales que positivizan el Derecho administrativo, como sobre la actividad de la Administración pública, a través del ejercicio de las garantías constitucionales correspondientes.

Por tanto, el proceso de constitucionalización se ha de entender como un fenómeno que no solo se limita al reconocimiento de la Constitución como un marco o contexto de referencia del Derecho, el superior, el más importante —*deus ex machine*—, sino también como la guía abstracta pero permanente del Derecho administrativo. De ahí que el proceso de constitucionalización le aporta al Derecho administrativo sistematicidad, lo estructura vertebralmente como un cuerpo elaborado alrededor de unos mismos principios fundamentales; lo guía hacia la consecución de unos fines esenciales constitucionales socialmente y en su aplicación a la función administrativa, le permite flexibilidad en la búsqueda de esos fines esenciales constitucionales a través de los presupuestos constitucionales que pueden sistematizarse en diferentes grupos normativos con relevancia para el Derecho administrativo.

En conclusión, la Constitución debe ser el marco de referencia constante del Derecho administrativo contemporáneo, con lo cual como ya advirtiera en su día Brewer-Carías,⁵⁸ el régimen fundamental del Derecho administrativo venezolano ha quedado constitucionalizado, pues su contenido configura también el marco constitucional de actuación de la Administración pública y su función propia. Y esa Administración pública es la que regula el Derecho administrativo, parte de cuya misión consiste en rastrear el marco constitucional, ahondar en el fin de las normas, profundizar en su análisis, esbozar técnicas tendentes a facilitar la comprensión y fuerza vinculante de los principios constitucionales también al Derecho administrativo referidos, por lo que resulta absolutamente imprescindible, iniciar cualquier estudio del Derecho administrativo contemporáneo, desde el punto de vista del marco o contexto constitucional de cada Derecho positivo,

57 Juan Pablo Cajarville Pelufo. “El Marco Constitucional del Derecho Administrativo. Algunas reflexiones desde el Derecho Uruguayo”. *V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. El Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Iberoamérica*. Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2006, p. 43.

58 Allan R. Brewer-Carías. *Derecho administrativo*, T. I. UEC-UCV, Caracas, 2005, p. 185.

cuya toma en consideración conjunta nos permite someter a la consideración de la doctrina, la propuesta de una Constitución administrativa, cuyo análisis presento a continuación.

Constitución administrativa

Introducción

§17. Planteamiento de la cuestión — La propuesta de una “Constitución administrativa” se inscribe en la dogmática del recién analizado fenómeno o proceso de constitucionalización del Derecho generada en virtud del reconocimiento de la Constitución, ya no sólo como valor político de creación y organización del Estado Constitucional de Derecho sino, también, como norma jurídica de aplicación directa e inmediata, sin necesidad de desarrollo legal y prevaleciente sobre la propia ley.

En tal sentido comienzo por señalar, como ha destacado reiteradamente Karl Loewenstein⁵⁹, las Constituciones contemporáneas han ampliado el ámbito tradicional de su *telos*, no limitándose al establecimiento de las reglas de creación de instituciones para limitar y controlar el Poder político y la protección de los destinatarios del Poder público contra el abuso y la arbitrariedad de sus detentadores, por las que debe desarrollarse el proceso político o manifestarse la declaración estatal sino, incorporando, además, con más o menos exactitud, un conjunto de principios fundamentales y valores superiores que deba medir la acción del Estado Constitucional, reformas de orden social, así como las potestades, funciones y deberes públicos que han de ser cumplidas tanto por los órganos estatales en ejercicio del Poder público, como también por los derechos y deberes constitucionales de la persona. De esa manera se supera lo que se ha denominado “Constituciones limitadas”, cuyo objeto exclusivo era la organización y funcionamiento del Poder público.

Surge, así, pues, en el ámbito del Derecho constitucional, la existencia junto a la Constitución compuesta por mecanismos institucionales de la limitación del ejercicio del Poder público y de la participación —en términos de Loewenstein—, una clasificación de la Constitución sobre la base de las normas constitucionales destinadas a disciplinar diversas materias, según analizaremos a continuación.

§18. Clasificación — En términos materiales, es sabido que el contenido de las Constituciones es de una extraordinaria heterogeneidad, como es lógico en una norma que constituye el vértice y resumen de todo el Ordenamiento jurídico

59 Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*, Traducción y estudio por A. Gallego Anabitarre, Reimpresión de la 2ª. ed. Ariel, Barcelona, (1979 [1959]), pp. 151-153 y especialmente 211-213.

general. La Constitución pasa a considerarse norma jurídica fundamental, en cuanto contiene el sistema normativo básico, en sentido ontológico, de los diversos sectores de la vida social y política.

Desde este planteamiento, señala De Otto⁶⁰, se busca en la Constitución al menos un diseño básico del orden económico —una «Constitución económica»—; o también un diseño de la sociedad en su conjunto —una «Constitución social»—, con lo cual la Constitución es una norma que ya no señala al Poder público los límites de lo permitido, sino que le impone también al legislador el deber de crear un orden. Y la Constitución ya no solo incorpora solo la concepción política de lo que el Estado Constitucional debe «ser», sino un programa de lo que debe «hacer» en desarrollo de la Constitución.

En este orden de ideas, es sabido que la doctrina de la teoría constitucional ha procedido desde una perspectiva didáctica, a sustantivar cada parcela de la Constitución coincidente con determinadas disciplinas, dándoles diversos nombres, así: la Constitución política, la Constitución social, la Constitución civil, la Constitución procesal, la Constitución económica, la Constitución laboral, la Constitución fiscal o financiera, etc.⁶¹

Y por último, pero no en importancia, surge en el ámbito de la Constitución, una Constitución administrativa — marco o contexto constitucional de referencia de la disciplina del Derecho administrativo—, que condensa los principios fundamentales, valores superiores y reglas de Derecho de la Constitución destinados a disciplinar u ordenar el Derecho administrativo y la Administración pública, en razón de lo cual proponemos agregar a la anterior clasificación, la denominada Constitución administrativa, tema este que tratamos de desarrollar más ampliamente en otra obra nuestra.⁶²

A. Constitución administrativa

§19. Origen — Como cuestión previa sobre el origen, hemos de señalar que fue Alexis de Tocqueville, en una de las más grandes obras historiográficas de todos los tiempos, y cuyos criterios centrales parten de perspectivas administrativas, el primero en haber formulado la famosa y feliz caracterización de una

60 Ignacio De Otto. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 7ª, Reimpresión. Ariel Derecho, Barcelona, 1999, p. 44.

61 José Araujo-Juárez. *Constitución administrativa*, Prólogo del Dr. Jorge Sarmiento García. Ediciones Olejnik, Biblioteca de Derecho Administrativo, Colección Dr. Allan Brewer-Carías, Santiago de Chile, 2021, pp. 114-119.

62 José Araujo-Juárez. *Tratado de Derecho Administrativo General y Comparado*, Volumen 1: *Fundamentos. Fuentes de Derecho*. Centro para la Integración y el Derecho Público (CI-DEP), Caracas, 2024, pp. 427-436.

“*constitution administrative*”, donde se forjó el modelo de la gran Administración pública contemporánea: «*cette belle conquête de la Revolution que l'Europe nous envie*» (Alexis de Tocqueville)⁶³.

De manera más contemporánea, tal y como lo reconoció García de Enterría⁶⁴ en una obra también imprescindible, sobre la enorme importancia del sistema administrativo creado por el Imperio Napoleónico, como un ejemplo de un proceso de racionalización, adquiriendo una fortaleza que le garantizará una continuidad para atravesar e influir literalmente los diferentes regímenes constitucionales de los siglos *xix* y *xx*, nos reitera la misma idea de Tocqueville al señalar que: “la observación de que al lado de la Constitución política Francia tiene una *Constitución administrativa*, que ha permanecido inalterada desde Napoleón, haciendo así superficiales los constantes cambios de aquélla, es una observación certera que revela una de las claves de la vida francesa”, para concluir enfáticamente: «Esta Constitución administrativa permanente ha sido precisamente la napoleónica”.

§20. Concepto — Pero ¿Qué debemos entender por Constitución administrativa? ¿Cómo se puede expresar su esencia de una forma sucinta y elemental? Desde luego, no con una definición, siempre difícil de obtener y hasta peligrosa, si es que hemos de creer al jurisconsulto romano. El intento hay que dirigirlo, pues, a la captación del concepto que mejor lo representa.

En tal sentido, podemos sostener que el concepto amplio de Constitución encierra, a su vez, una Constitución administrativa, actual, individual y concreta, la cual contiene un modelo de “sistema administrativo constitucional” —con cierta semejanza al denominado *régime administratif* de Maurice Hauriou—⁶⁵, destinado a proporcionar el marco o contexto constitucional que tiene por objeto ordenar, dirigir, limitar y controlar a la Administración pública y su función estatal, o dicho de otro modo, como marco y fuente normativa primaria para la regulación del entero sistema del Derecho administrativo y de la Administración pública.

Definiciones al margen, la Constitución administrativa vendría a ser, entonces, de manera omnicomprendensiva, el concreto modelo de sistema administrativo incorporado a la Constitución formal, y que preside la configuración amplia del Estado administrativo, del Poder administrativo o del Estado de Derecho

63 Alexis de Tocqueville. “*L'Ancien Régime et la Révolution*”. Œuvres complètes, Tomo 2º, Vol. I. Gallimard, 242 y 243, París, (1952 [1856]), y A. de Tocqueville y André de Tocqueville. *El Antiguo Régimen y la Revolución*. Madrid, (1969 [1856]), p. 257.

64 Eduardo García de Enterría. *Revolución francesa y Administración contemporánea*. 2ª. edición. Taurus, Madrid, 1981, pp. 54-55.

65 Maurice Hauriou (1976). *Obra Escogida*, “Prefacio de la 4ª edición (1901)”, trad. J.A. Santamaría Pastor y S. Muñoz Machado. Madrid, IEA, pp. 41 y ss.

administrativo. Por tanto, guarda relación con el Derecho administrativo y sus grandes áreas o temas y, de consiguiente, en ellos se abarcan las cuestiones más importantes que afectan a la Administración Pública y su función estatal propia.

Sin embargo, el modelo de sistema administrativo constitucional no es una pieza aislada, sino un elemento más dentro de la estructura básica de la Constitución. Es más, se debe enmarcar la Constitución administrativa dentro de un contexto más amplio, los principios fundamentales estructurales de la Constitución: *Estado democrático y social de Derecho y de Justicia* (artículo 2 de la Constitución de 1999), la última expresión categorizada de la evolución del Estado Constitucional.

Así las cosas, el modelo de sistema administrativo ha de estar enmarcado dentro de la Constitución administrativa en el sentido material de la expresión. Y solo cuando todos o parte de los principios fundamentales, valores superiores y reglas básicas son recogidos y descubiertos se hablará, entonces, de una Constitución administrativa en el sentido formal de la expresión. Razones, pues, de juridicidad y de seguridad jurídica aconsejan, cada día con más urgencia, la formalización de la Constitución administrativa⁶⁶. En cualquier caso, por encima de denominaciones o nomenclaturas más o menos consagradas, puede decirse que estamos ante “*les masses de granit*” —la *Constitution administrative* en el sentido de Tocqueville—, que “permiten evocar lo que funda, estructura y revela a sí mismo un campo del derecho”⁶⁷; el “núcleo identificador” donde estaría anudada, la coherencia última del modelo del sistema administrativo constitucional en cada Derecho administrativo nacional.

La Constitución administrativa parece ser, en definitiva, la fuente jurídica más idónea para ocuparse de la ordenación, la dirección, la limitación y el control ya no solo político, sino del control público —preventivo y represivo— del Poder administrativo. Por eso, haya o no Constitución administrativa en sentido “formal”, sí existirá, en todo caso, una Constitución administrativa “material” en el más amplio de sus sentidos, que será así el marco o contexto constitucional,

66 La expresión *Constitution administrative* ha sido recientemente *mise a l'honneur* por muy autorizada doctrina francesa, al acceder a la norma constitucional, no solo en el Derecho administrativo, sino en la doctrina a través de los principios fundamentales constitucionales tradicionales. Jean-Jacques Bienvenu, Jacques Petit, Benoit Plessix et Bertrand Seiller. *La Constitution administrative de la France*. Dalloz, París, 2012, coll. Thèmes & Commentaires; y N. Kada et M. Mathieu (dir.) (2014). Voz: “*Constitution administrative*”. *Dictionnaire d'administration publique*. Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, Col. Droit action publique, pp. 109-111. En *el Derecho positivo véase in extenso a José Araujo-Juárez, J. (2021). Constitución administrativa*. Santiago, Ediciones Olejnik, pp. 113 y ss.

67 Jean-Jacques Bienvenu, Jacques Petit, Benoit Plessix et Bertrand Seiller. *La Constitution administrative de la France*. Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, París, 2012, p. 1.

cuando menos tácito, del Derecho administrativo y de la Administración pública, y el punto de partida son las potencialidades de la Constitución administrativa, y en esa línea deducir, un modelo de sistema administrativo constitucional actual, individual y concreto, así como unas consecuencias prácticas del mismo en cada país, que se habrá de analizar desde los elementos o principios fundamentales estructurales normativos, que pasaremos a analizar de seguidas.

§21. Principios fundamentales estructurales normativos — Empiezo por afirmar que los Ordenamientos jurídicos contemporáneos emplean reiterativamente la expresión principios. Unas veces lo hace con referencia a los suyos propios y otras veces lo hace en forma genérica. Finalmente, dentro de los principios, hay los que por un lado tienen relevancia constitucional, y por el otro los principios jurídicos de rango legal, y a su vez, los explícitos o implícitos o deducidos por la vía jurisprudencial constitucional.

En el primer sentido, el Ordenamiento jurídico que la Constitución diseña es un Ordenamiento «principal», formado tanto por principios jurídicos —positivizados o no—, así como por valores superiores y finalmente por reglas jurídicas. Y eso no sólo se debe a que, según sostiene Santamaría Pastor⁶⁸, en el plano puramente jurídico, no son sino principios generales del Derecho, pero principios muy singulares, en cuanto que son el punto de arranque de todos los restantes principios y normas constitucionales en cuanto supraprincipios jurídicos, denominados también *príncipe de príncipes* —principio de principios—, metaprincipios, principios fundadores, rectores, superiores o, en fin, principios fundamentales del Derecho público⁶⁹, y como tales no solo en cuanto forman el basamento último, nuclear e irreductible de todo el Ordenamiento jurídico general sino, ante todo, a que tales principios fundamentales constituyen el correlato de otros tantos valores superiores que también la Constitución consagra.

En este orden de ideas, García de Enterría⁷⁰ sostiene que el pensamiento jurídico por principios generales, como técnica tanto científica como aplicativa, es la verdadera herencia de los juristas romanos al mundo occidental. En esta línea, el Derecho administrativo es un Derecho de principios, o lo que es lo mismo, un

68 Santamaría Pastor. *Fundamentos de Derecho administrativo* I. Madrid, editorial, centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 191.

69 AA.VV.. *Principios Fundamentales del Derecho Público. Desafíos Actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*. Segunda edición ampliada, Allan R. Brewer-Carías y José Araujo-Juárez (Coords.). EJVI, Caracas, 2021.

70 Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo* T. I, Vigésima primera edición. Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2024, p. 121.

Derecho “principal”⁷¹, y que tanto las Exposiciones de Motivos, los Preámbulos como los propios textos de las Constituciones de cada país, se caracterizan por las abundantes remisiones a principios fundamentales con relevancia para los Derechos administrativos nacionales.

En sentido amplio, la dimensión sistemática del Derecho administrativo y de sus bases o marco constitucional, se halla condicionada por la estructura normativa de la Constitución. Así, es de destacar que comprendería cuatro (4) conjuntos o grupos de principios fundamentales estructurales normativos, que establecen las coordenadas básicas por lo que respecta a las distintas fórmulas del modelo de sistema administrativo constitucional concreto integrado por: (i) el sistema de *organización administrativa* —principio de separación de poderes, estructura y funcionamiento central y descentralizado; central o autonómico o nacional, estatal y municipal, etc.—; (ii) el sistema general de su *actividad administrativa* —medios y fines— y los principios fundamentales de legalidad, honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad, etc.; (iii) las normas de *relaciones jurídicas* que fijan determinadas habilitaciones y límites a la Administración pública frente a las demás ramas del Poder público y las personas —derechos fundamentales, principios fundamentales de colaboración, buena administración, debido proceso, acceso a la información, presunción de inocencia, etc.—; y por último (iv) el sistema de *control público* de la Administración pública que reside, en lo esencial, en el principio de la universalidad del control jurisdiccional de la actuación de la Administración pública.

Esta forma de sistematizar los diversos contenidos de la Constitución con relevancia para el Derecho administrativo, se justifica porque permite identificar conexiones internas entre las diversas normas constitucionales que se adscriben a cada uno de los principios fundamentales estructurales normativos de la Constitución, cuya toma en consideración conjunta contribuye a un mejor entendimiento del significado y contenido de la Constitución administrativa.

Por tanto, el vínculo entre el Derecho administrativo y la Constitución administrativa —y por extensión, el Derecho procesal administrativo— que se aprecia es el de norma y de contenido normativo. Dado el carácter unitario de la Constitución, su consideración como norma fundamental del Ordenamiento jurídico y no como un conjunto de normas dispersas y descoordinadas, la idea de un orden exige una interpretación constitucional sistemática de las normas, cualquiera que sea su ubicación y su contenido. De ahí que el objeto de análisis de la denominada Constitución administrativa será la sistematización y estudio de las normas

71 AA.VV.. *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, J.A. Santamaría Pastor (Director). La Ley, Madrid, 2010.

constitucionales con contenido administrativo, desde una perspectiva dogmática jurídica.

En mérito a lo antes expuesto, pudiéramos concluir que se obtendría un consenso en torno a la idea de que la Constitución en general, sí prescribe un determinado modelo de sistema administrativo constitucional, actual, individual y concreto, que pueda utilizarse como parámetro para valorar la conformidad del subsistema normativo administrativo con la Constitución, en general, y con la Constitución administrativa, en particular. Por ello, la valoración de una decisión ya sea legislativa, administrativa o judicial, debería realizarse por referencia a las distintas normas constitucionales que las afectan, que se extienden, prácticamente, a todo lo largo y a lo ancho de la Constitución siendo difícil, incluso, su enumeración completa.

§22. Alcance — Por otro lado, se debe reiterar la consideración de que la Constitución no es, pues, una norma sola y aislada, o varias normas dispersas o inconexas, sino un conjunto complejo y coordinado de normas, creado por una organización, en el que unas se conectan e interrelacionan con otras conforme a una serie de principios fundamentales y técnicas; un conjunto que abarca tanto las normas de producción de normas como las normas producidas.

Y así la Constitución —como tantas otras normas— está referida a la totalidad, es decir, a la Constitución como un todo, “configuradora de un sistema entero que en ella se basa” (García de Enterría)⁷². Y como es sabido, la Constitución debe interpretarse según el método propio de las reglas de la hermenéutica jurídica o de la interpretación constitucional sistemática, concibiéndola como un todo, con criterio de «eficacia integradora» (Hesse)⁷³, por lo que es una cuestión capital la inclusión de cada norma en un contexto determinado, lo que sin duda influye en la relación entre unas y otras normas constitucionales.

Así las cosas, las normas estructurales constitucionales que limitan y dirigen el desarrollo y la aplicación del Derecho administrativo pueden ordenarse sistemáticamente a través de las cláusulas o determinaciones estructurales del Estado, que son grupos normativos decantados históricamente, materialmente homogéneos y estructuralmente diversos.

Ahora, la Constitución de 1999 contiene, pues, numerosas normas que condicionan el Derecho administrativo y la Administración pública. Y todas tienen, por supuesto, carácter vinculante. Sin embargo, no todas las normas constitu-

72 Eduardo García de Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3a ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 50.

73 Karl Hesse. *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, Col. Democracia y Derecho, Madrid, 2011, p. 48.

cionales vinculan de la misma manera a los sujetos encargados de desarrollar y aplicar el Derecho administrativo. Y así el análisis de los términos en los que lo hacen pasa, según Arroyo Jiménez⁷⁴, por las tres distinciones siguientes.

La primera de esas distinciones se refiere al carácter *positivo* o *negativo* de la vinculación respecto del comportamiento del sujeto sobre el que se proyecta. El punto de partida es la consideración del Derecho constitucional como un límite externo que constriñe negativamente el desarrollo y la aplicación del Derecho administrativo. Sus bases constitucionales quedarán integradas, fundamentalmente, por una serie de límites que el legislador y la Administración pública deben respetar y que pueden reformularse como prohibiciones constitucionales. Que la Administración pública actúe, sí, pero sometida a la ley, sujeta al control judicial y respetando los derechos y garantías de la persona.

En la actualidad, la Constitución ya no es solo un instrumento de limitación del Poder público, sino también hemos dicho más arriba, de dirección de su ejercicio. Su misión no se reduce a establecer qué es lo que la Administración pública no pueden hacer: también alcanza a orientarla en el ejercicio de sus respectivos ámbitos de libre configuración. La Constitución de 1999 comprende, así, un verdadero programa de actuación que vincula a la Administración pública y al legislador en relación con esta.

La segunda distinción se refiere al carácter *objetivo* o *subjetivo* de la vinculación constitucional. Las normas constitucionales condicionan el desarrollo y la aplicación de las normas de Derecho administrativo. Unas imponen mandatos de contenido y estructura diversos a los sujetos que las producen y aplican. Otras confieren habilitaciones y, con ello, delimitan los contornos de la legalidad de su acción. Las normas y actos adoptados por el complejo de organismos que ejercen el Poder público y por las personas en el ámbito del Derecho administrativo son válidos o dejan de serlo en función de que respeten o desborden las exigencias que la Constitución les impone. Todas las normas constitucionales, en cuanto que tienen carácter jurídico y no meramente programático, despliegan esta vinculación que se la califica como objetiva.

La *tercera* y última distinción permite diferenciar entre normas que vinculan a sus destinatarios con carácter *definitivo* y normas que lo hacen con carácter *prima facie*, según que sus exigencias puedan o no ser derrotadas por razones constitu-

74 Luis Arroyo Jiménez. "Las bases constitucionales del Derecho administrativo". *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I *Introducción. Fundamentos*, Primera edición, J.M. Rodríguez De Santiago, G. Domenech Pascual y L. Arroyo Jiménez (Coords.). Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 573-576.

cionales opuestas. La distinción alude, como es obvio, a la diferencia entre reglas y principios fundamentales.

Otras muchas disposiciones constitucionales incorporan principios fundamentales que dirigen y orientan el desarrollo y la aplicación del Derecho administrativo y la acción de la Administración pública. Los principios fundamentales serán, pues, “*mandatos de optimización*” de un cierto estado de cosas, que, a diferencia de las reglas, son susceptibles de cumplimiento gradual. Buena parte del marco constitucional del Derecho administrativo opera al modo de los grandes principios fundamentales.

§23. Modelo de sistema administrativo constitucional — La Constitución administrativa, hemos sostenido más arriba, hace referencia a una serie de principios fundamentales y reglas básicas sobre las materias iusadministrativas. En este orden de ideas, la Constitución administrativa tiene un carácter central respecto a las categorías, conceptos e instituciones propios del Derecho administrativo, pues en ellos se abarcan las cuestiones más importantes que afectan a la Administración Pública en su organización, estructura y funcionamiento.

No corresponde a la altura del objeto de este estudio, por obvias razones de espacio, efectuar un análisis completo de la estructura, alcance, características y significación completa del modelo de sistema normativo constitucional. En cuanto a su estructura, lo primero que llama la atención de la Constitución de 1999 es su extensión: es una Constitución larga —la más extensa de nuestra historia constitucional—: contiene un Preámbulo, 350 artículos distribuidos en 9 Títulos, más 18 Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y una última Disposición Final.

En efecto, entre las determinaciones de la Constitución de 1999 más relevantes acerca de la Administración pública, a la manera en que Ulpiano resumía magistralmente el Derecho romano, se encuentran las garantías de que la Administración pública actuará con sometimiento pleno a la ley y al derecho (artículo 141); sometida al control de la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 259); compensando los daños que pueda causar a las personas en sus bienes o derechos (artículo 140). Son los viejos correctivos a la Administración pública que, según Hauriou, demanda el instinto popular: “que actúe, pero que obedezca a la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio”.⁷⁵

Bástenos, por ahora, un pronunciamiento a grandes rasgos sobre el marco constitucional fijado en lo fundamental en nuestro Derecho positivo, cuya

75 Maurice Hauriou. *Précis de droit administratif et de droit public*, 12a. ed. Paris, Librairie du Recueil Sirey. Éditions Dalloz, Réédition [2002], París, 1933, p. 505.

Constitución de 1999, además de dedicarle una Sección a las disposiciones generales de la organización del Estado Constitucional, le dedica en el Capítulo I del Título V *Del Poder Público* a la Sección Segunda *De la Administración Pública* (artículos 141 a 143); la Sección Tercera *De la Función Pública* (Arts. 144 al 149); y la Sección Cuarta *De los contratos de interés público* (artículos 150 al 151), las cuales establecen junto con otras normas constitucionales diseminadas a lo largo del texto constitucional, el tratamiento con un criterio orientador de eficacia integradora —en coherencia con el carácter de la Constitución—, del entramado normativo constitucional sobre el modelo de sistema administrativo constitucional, actual, individual y concreto.

Así, importa dilucidar el marco constitucional del modelo de sistema administrativo constitucional con un método de pura hermenéutica específica jurídico-constitucional, o lo que es lo mismo, la necesidad de entroncar en la Constitución de 1999, por de pronto, el estudio de las áreas o temas básicos o fundamentales del modelo de sistema administrativo constitucional venezolano. Las categorías, conceptos e instituciones administrativas sobre los que se proyectan las normas estructurales constitucionales, además de ser muy numerosas, pueden ordenarse sistemáticamente, sin pretensión de agotarlas, en grupos normativos materialmente homogéneos al reflejar las normas constitucionales más relevantes, y por de pronto, las áreas o temas básicos o fundamentales distribuidos de la manera siguiente: (i) la *organización administrativa* (35 artículos); (ii) la *función pública* (34 artículos); (iii) la *actividad administrativa*: la *función jurídica* o formal (26 artículos), la *contratación pública* (11 artículos), la *actividad de fomento o promoción* (12 artículos), la *actividad de regulación de la economía* (18 artículos), la *actividad de control público* (15 artículos); (iv) la *actividad de servicio público*: el *interés público* (25 artículos); (v) las diversas categorías de *servicios públicos constitucionales* (98 artículos) y *domiciliarios* (3 artículos); (vi) los *bienes públicos* (18 artículos); (vii) la *participación y control ciudadano de la gestión administrativa* (7 artículos); y por último (viii) la *garantía patrimonial*: con carácter general (17 artículos); y de manera concreta, la *responsabilidad administrativa* (16 artículos), y la expropiación pública (2 artículos). Veamos.

A. Contenido

§24. Enunciado —La idea de una Constitución administrativa en el Derecho positivo tiene un serio fundamento. Basta constatar el ingente volumen —no solo cuantitativo sino cualitativo— de normas constitucionales que abarcan al Derecho administrativo, que contrasta con el más reducido material normativo —aunque sin duda muy importante— del que deben dar cuenta otras disciplinas jurídicas que tienen su legislación sustantiva y adjetiva más codificada, como ocurre con el Derecho civil, laboral, penal, procesal, tributario, etc.

La calificación de Constitución administrativa no es solo convencional, sino útil, en la medida en que el desarrollo de instituciones generales del Derecho administrativo permite la sistematización y el manejo jurídico seguro de cada uno de los ámbitos y sectores en su función de su contenido material que integra la enorme y cambiante masa de normas que integran el Ordenamiento jurídico administrativo; no se trata tampoco de delimitar rígidamente y de una vez por toda el ámbito o vigencia del Derecho administrativo contemporáneo.

De ahí que el contenido integrado por categorías, instituciones y conceptos iusadministrativos sobre los que se proyectan las normas constitucionales estructurales siendo, además, muy numerosas, pueden ordenarse sistemáticamente, sin pretensión de agotarlas⁷⁶, en grupos normativos materialmente homogéneos al reflejar las normas constitucionales más relevantes, y que resumidamente menciono a continuación.

§24.a Organización administrativa — Sobre la *organización administrativa*, la Constitución administrativa consagra las decisiones constitucionales estructurales sobre: el principio de Estado federal descentralizado (artículos 4, 6 y 16); el principio de distribución territorial del Poder Público (artículos 136, 156, 164 y 178); el principio de descentralización político territorial (artículos 157, 158, 165, 184 y 185); el principio de colaboración (artículo 136); el principio de competencias concurrentes (artículo 165); el principio de competencia residual (artículo 164, num. 11); el principio de la competencia implícita (artículo 156, num. 33); la organización y funcionamiento de los órganos del Estado Constitucional (artículo 156, num. 32); la Administración Pública central y ministerial (artículos 141 y 236, num. 20); las personas de Derecho público territoriales y no territoriales (artículos 145 y 322); las entidades funcionalmente descentralizadas del Estado Constitucional para la realización de actividades sociales o empresariales —institutos autónomos, institutos públicos y empresas del Estado— (artículos 300 y 301); la creación de los institutos autónomos (artículo 142); la autonomía municipal (artículos 16, 168, 169 y 178); las mancomunidades municipales (artículo 170); la autonomía universitaria (artículo 109); el Distrito Capital (artículos 18 y 156, num. 10); los distritos metropolitanos (artículos 171 y 172); y las parroquias (artículo 173).

§24.b Función pública — En materia de la *función pública*, la Constitución administrativa consagra las decisiones constitucionales estructurales relacionadas con: el estatuto del funcionario público (artículos 96, 97, 143, 144, 145, 148, 149, 189, num. 3); el concurso público bajo los principios fundamentales de ho-

76 Véase *in extenso* a José Araujo-Juárez. *Tratado de Derecho Administrativo General y Comparado*, Volúmenes 1, 2, 3 4 y 5. Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), Caracas, 2024.

nestidad, idoneidad, eficiencia y mérito (artículo 146); el régimen de jubilaciones y pensiones (artículo 147); el principio de la responsabilidad individual del funcionario público (artículos 7, 25, 46, num. 4, 49, 57, 139, 141, 199, 200, 216, 222, 232, 241, 242, 244, 255, 281, nums. 4 y 5, 285, y 315); y finalmente, el principio de responsabilidad y reparación integral por violación de los derechos humanos (artículos 19, 29, 30, 31 y 46, num. 4).

§24.c Actividad administrativa — Por lo que respecta a las formas de la *actividad administrativa* tenemos que la Constitución administrativa se caracteriza por la vastedad y heterogeneidad de las decisiones constitucionales estructurales que se inician con el principio vicarial del artículo 141 *eiusdem*, al disponer que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios fundamentales de: honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Y, por otro lado, los no menos importantes las decisiones constitucionales estructurales sobre la información pública que regula el artículo 143 de la Constitución.

Así, las decisiones constitucionales estructurales en la función administrativa jurídica y material bajo los principios fundamentales siguientes:

Con respecto a las decisiones constitucionales estructurales sobre la *actividad administrativa jurídica* —o formal— tenemos: los actos administrativos (artículo 25); los reglamentos administrativos (artículo 236, num. 10); el procedimiento administrativo (artículos 24, 28, 49, num. 3, y 141); la petición administrativa (artículo 51); las sanciones administrativas (artículos 24, 49, num. 2, 49, nums. 6 y 7, y 117); y por último, la ordenación de la actividad de las personas (artículos 20, 112, 113, 127, 128, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 299), y de las personas extranjeras (artículos 156, num. 4).

En materia de la *contratación pública*, la Constitución administrativa consagra los principios fundamentales estructurales relacionadas con: la concesión de vías (artículo 50); la cláusula de la temporalidad de las concesiones de la explotación de recursos naturales o la prestación de servicios públicos (artículo 113); la cláusula de la conservación o protección ambiental y del equilibrio ecológico (artículos 129); la prohibición de los funcionarios de contratación pública (artículo 145); la aprobación parlamentaria sobre los contratos de interés público (artículo 150 y 187, num. 9); la cláusula de la inmunidad de jurisdicción relativa en los contratos de interés público (artículo 151); la cláusula de la temporalidad de las concesiones mineras (artículo 156, num. 16); la habilitación para la celebración de los contratos de interés público nacional (artículos 236, num. 14); la consulta con carácter obligatorio o preceptivo a la Procuraduría General de la República sobre

los contratos de interés público nacional (artículo 247); y por último, el principio o la cláusula de previsión legal presupuestaria (artículo 314 de la Constitución).

En cuanto a los principios fundamentales de la *actividad administrativa de fomento* —o promoción— están: los medios de participación en lo social y económico como las cooperativas, cajas de ahorro, empresas comunitarias y demás formas asociativas (artículo 70); la ciencia, tecnología, el conocimiento y la innovación (artículo 110); la protección de la iniciativa privada (artículo 112); las asociaciones comunitarias y cooperativas de carácter social para el desarrollo de actividades económicas (artículos 118 y 308); los espectáculos públicos, juegos y apuestas (artículo 179, num. 2); la agricultura (artículo 305); la protección de la industria nacional (artículos 302 y 303); el desarrollo rural integral (artículos 306 y 307); y por último, la integración económica (artículo 153).

Con referencia a los principios fundamentales de la *actividad administrativa de regulación de la economía*: la libertad económica y la iniciativa privada (artículos 112 y 299); la prohibición de monopolios (artículo 113); la competencia en la economía (artículo 113); la calidad y cantidad de bienes y servicios y la defensa del consumidor (artículo 117); la actividad agrícola (artículo 305); la pequeña y mediana industria (artículo 308); el régimen monetario (artículos 156, num. 11 y 318); la estabilidad económica (artículo 320); las medidas en materia de emergencia económica y financiera en casos de excepcionalidad institucional (artículo 236, nums. 7 y 8); y, por último, la reserva constitucional (artículos 302 y 324). Asimismo, la *actividad de planificación* como medio de acción del Estado Constitucional (artículos 187, num. 8, 236, num. 18, 166 y 182).

Finalmente, en materia del *control público* contiene: la actividad contralora general (artículos 163, 176, 187, num. 3, 273, 274, 281, num. 2 y 9, 287 y 289) y sobre los intereses públicos sobre los institutos autónomos, corporaciones o entidades de cualquier naturaleza (artículo 142); la actividad de consulta (artículos 251 y 323) y de asesoría jurídica (artículo 247); y por último, los estados de excepción constitucional —alarma, emergencia económica y conmoción interior o exterior— (artículos 337, 338 y 339).

§24.d Interés público — La garantía de realización del *interés público* es la principal tarea del Estado Constitucional. Por ello, su referencia central es elemento clave para caracterizar al sistema de Derecho administrativo y a la Administración pública contemporáneos, que ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos. Y es a partir de la noción de interés público, la matriz desde la cual se deben abordar los profundos cambios que se están operando en el seno del Derecho administrativo contemporáneo, por lo que el elemento clave debe estar en lo que debe entenderse, en cada momento, por interés público.

En tal sentido, otro aspecto de la concepción de la Constitución administrativa son las decisiones constitucionales estructurales sobre los fines esenciales de interés público a cargo de la Administración Pública. Así, la Constitución administrativa contiene en el Preámbulo la noción de «bien común», y a lo largo de su articulado las nociones de «sector público» (artículo 97); «orden público» (artículos 20, 68, 260 y 332); «orden social» (artículos 20); «interés público» (artículos 110, 113, 150, 151, 170, 187, numeral 9, 247 y 302); «interés social» (artículos 112, 115, 178, num. 1 y 307); «interés general» (artículos 115 y 156, num. 2); «utilidad pública» (artículos 115 y 156, num. 32); «utilidad social» (artículo 156, num. 32); o en fin el «interés nacional» (artículos 187, num. 9, 305 y 310), expresiones estas que no son equivalentes desde el punto de vista jurídico.

Del mismo modo, en el articulado de la Constitución administrativa, las constantes referencias de las distintas manifestaciones o personificaciones de la Administración Pública, siempre aluden a un elemento finalista, por ejemplo: por lo que respecta a los fines esenciales del Estado Constitucional, los fijados en los artículos 3, 136 y 152; y con carácter general el Estado Constitucional «garantizará» (artículos 19, 76, 80, 82, 84, 85, 87, 88, 91, 96, 99, 100, 101, 103, 108, 111, 115, 123, 124, 125, 272); el Estado Constitucional «estará obligado» o «tendrá la obligación» (artículos 29, 30, 62, 82, 83, 85, 86, 89 y 127); el Estado Constitucional «protegerá» o «promoverá» (artículos 75, 76, 77, 78, 89, 98, 118, 127, 305 y 306, 308 y 309), los cuales se logran a través de la Administración Pública, por lo cual goza de ciertas potestades públicas que la ubican en un plano de supremacía necesario para el cumplimiento de los mismos⁷⁷.

Finalmente, la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación, sus aplicaciones y servicios de información asociados se declaran de «interés público» (artículo 110).

§24.e Servicios públicos constitucionales — La Constitución administrativa contiene a lo largo de su articulado las decisiones constitucionales estructurales sobre el servicio público, que además de la creación, modificación o suspensión de servicios públicos en caso de urgencia comprobada (artículo 196, num. 6), permite a la doctrina nacional (Brewer-Carías)⁷⁸ identificar tres grupos de *servicios públicos constitucionales*, por oposición a los creados por ley formal, según su

77 Sent. del TSJ/SC N° 104, de 21 de noviembre de 2000.

78 Araujo-Juárez. “Los derechos fundamentales económicos y el Derecho de los servicios públicos. AA.VV. *Servicio Público. Balance & Perspectivas*, José Araujo-Juárez (Coord.). Vadell Hnos Editores, Caracas, 1999; y Allan R. Brewer-Carías. “A Manera de Prólogo sobre el Marco constitucional de los servicios públicos”. *Los Servicios Públicos domiciliarios*, Víctor Hernández-Mendible (Dir.). EJV-CERDECO- FUNEDA, Caracas, 2012, pp. 21 y ss.

vinculación a: (i) los derechos de la Nación; (ii) los fines del Estado Constitucional; y por último (iii) los derechos y libertades individuales.

§24.e.1 Servicios públicos vinculados a los derechos de la Nación — Son aquellos que la Constitución administrativa declara como derechos irrenunciables de la Nación, es decir, de toda persona e instituciones, vinculadas a la soberanía y que origina la obligación del Estado Constitucional de resguardarla y, por tanto, exclusivos del Estado Constitucional, y en muchos casos excluyentes tales como: (i) el servicio público de defensa y seguridad —la Fuerza Armada Nacional— (artículos 322, 328 y 156, num. 2, 7 y 8); (ii) el servicio público exterior y diplomático (Arts. 152 y 156, num. 1); y por último (iii) el servicio público de promoción y ordenación de la economía (artículos 112, 299, 308, 309 y 310) y en particular: el régimen fiscal y monetario (artículos 311, 312, 313, 314 y 315); el sistema tributario (artículos 316 y 317); el sistema monetario nacional (artículos 318 y 319); y la coordinación macroeconómica (artículo 320).

§24.e.2 Servicios públicos vinculados a los fines esenciales del Estado Constitucional — El Estado Constitucional tiene como fines esenciales la defensa y desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, la construcción de una sociedad justa, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo (artículo 3), para lo cual la Constitución administrativa establece los siguientes servicios públicos constitucionales: los servicios de policía, bomberos y defensa civil (artículos 20, 156, num. 6, y 178, num. 3, 4, 5 y 7, 332); los servicios de la seguridad ciudadana (artículos 55, 332, num. 1, 2, 3 y 4); y los servicios de protección civil (artículo 178, num. 4); la policía estatal y municipal (artículos 164, num. 6, 178, num. 7, y 329); y la administración de riesgos y emergencias (artículo 156, num. 9), y el régimen de los extranjeros (artículos 156, num. 4), que tienen por misión mantener y proteger el orden público; y los servicios de identificación (artículo 156, num. 5); (ii) el servicio público de justicia (Art. 26) y de defensa pública (artículo 268); (iii) los de protección ambiental (artículos 127, 128 y 129); (iv) los sociales como la asistencia y protección social (artículos 75, 76, 77, 78, 79, 80 y 81); (v) de salud y sanidad (artículos 83, 84 y 85); (vi) seguridad social (artículo 86); (vii) educación (artículo 102); (viii) vivienda (artículo 82); (ix) de empleo (artículo 87); (x) culturales (artículos 98, 99, 100 y 101); el turismo local (artículo 178, num. 1); y en fin (xi) los deportivos y de recreación (artículo 111).

§24.e.3 Servicios públicos para garantizar el ejercicio de derechos y libertades individuales — El otro grupo de servicios públicos constitucionales se configura por aquellas actividades prestacionales impuestas por la Constitución administrativa al Estado Constitucional para garantizar el ejercicio de los derechos individuales, así: (i) los servicios públicos para la circulación (Art. 50) tales como la vialidad nacional (artículos 156, num. 27) y urbana (artículos Art. 178, num.

2); el transporte público (artículos 156, num. 26), tales como navegación, aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre (artículos 156, num. 26), ferrocarriles nacionales (artículos 156, num. 27) y transporte público urbano de pasajeros (artículos 178, num. 2); los puertos y de aeropuertos (artículos 156, num. 26); (ii) los servicios públicos para las comunicaciones (artículo 48) tales como la información (artículos 58, 101 y 108) y de correos (artículo 156, num. 28); comunicación social —denominados posteriormente en la legislación sobre la materia como comunitarios—; los de las redes de bibliotecas y de informática (artículo 108 de la C); (iii) el alcantarillado, canalización, disposición de aguas servidas, cementerios y servicios funerarios (artículo 178, num. 6); y, finalmente (iv), los servicios públicos e intervención del Estado Constitucional en la economía (artículos 112, 115 305, 308, 309 y 310).

§24.e.4 Servicios públicos domiciliarios —Finalmente, si bien el articulado de la Constitución administrativa vigente hace relación a los servicios públicos de modo general, también lo hace en algunas disposiciones, de manera específica, a una especie de ellos, los servicios públicos para la calidad de vida denominados *servicios públicos domiciliarios*, que son los que se prestan, a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales que son las viviendas o sitios de trabajo, tales como electricidad, agua potable y gas doméstico (artículo 156, num. 29) y aseo urbano y domiciliario (artículos 178, num. 4 y 178, num. 6).

§25. Bienes Públicos — Sobre las decisiones constitucionales estructurales en materia de los *Bienes Públicos* de dominio público, la Constitución administrativa consagra los principios fundamentales siguientes: la inalienabilidad (artículos 12, 119 y 181); la imprescriptibilidad (artículos 12, 119 y 181); la inembargabilidad (artículos 119 y 304); la administración de tierras baldías (artículos 13, 156, num. 16 y 164, num. 5) y de las aguas (artículo 304); los recursos naturales propiedad de la Nación (artículo 113); la garantía de no confiscación de bienes (artículos 116 y 317); la propiedad colectiva de las tierras indígenas (artículos 119); las obras públicas de interés nacional (artículo 156, num. 20); el espectro radioeléctrico (artículos 156, num. 28); y en materia de enajenación de los Bienes Públicos del dominio privado (artículos 187, num. 12).

§26. Participación y control ciudadano de la gestión administrativa — En materia de *control de la gestión administrativa*, la Constitución administrativa consagra las decisiones constitucionales estructurales siguientes: los principios fundamentales de participación ciudadana en la gestión pública (artículos 62 y 184); del control ciudadano en la gestión pública (artículo 62); del control político (artículo 66); del control fiscal (artículo 287), y, finalmente, del control de gestión (artículos 141 y 315).

§27. Garantía patrimonial — Por último, las normas o preceptos constitucionales que constituyen la base del sistema de la *garantía patrimonial de las personas* en el Derecho positivo, son: el principio de legalidad —o más propiamente de juridicidad— (artículos 25, 137, 138 y 350); el principio de corresponsabilidad por las gestiones públicas (artículos 4, 136, 165 y 184); el principio a la tutela jurisdiccional efectiva (artículos 26, 49 y 259); el principio a la defensa de los derechos de los consumidores a recibir bienes y servicios de calidad e información adecuada, y su consecuente derecho al resarcimiento por los daños causados por la violación de dicho derecho (artículo 117); el principio de igualdad de las cargas públicas (artículos 21, 133, 311 y 316); y por último, el principio de legalidad presupuestaria (artículo 314).

Con respecto a las decisiones constitucionales estructurales específicas en materia de la responsabilidad administrativa o patrimonial del Estado Constitucional, están las siguientes: los principios fundamentales del sistema básico de responsabilidad integral (artículos 25, 29, 30, 140, 49, num. 8, 141, 199, 216, 222, 232, 244, 255, 259, 281, 285 y 319);⁷⁹ y en materia de expropiación pública o forzosa, los principios fundamentales de garantía de la propiedad, de la integridad patrimonial y de la indemnización (artículos 115 y 156, num. 32); y finalmente, la responsabilidad por violación de los derechos humanos (artículos 19, 29, 30, 31 y 46).

En definitiva, y por expresarlo con toda concisión, podemos afirmar que, efectivamente, en el Derecho positivo, la Constitución administrativa contiene un conjunto de normas o preceptos constitucionales referibles al Derecho administrativo y a la Administración Pública, actúe esta *in veste* de tal Administración Pública o no, o conforme a procedimientos jurídico-públicos o jurídico-privados⁸⁰, y que exigirá un método propio de las reglas de la hermenéutica jurídica o una interpretación-aplicación constitucional sistemática de los preceptos que la regulan, cualquiera que sea su ubicación y su contenido.

Conclusión reflexiva

§28. Enunciado — En mérito a lo antes expuesto, no sólo es preciso analizar las normas o preceptos iusadministrativos que forman parte de la Constitución con criterios hermenéuticos propios, específicos, del Derecho constitucional, sino un análisis de eficacia integral que comprenda, además, todas las normas o preceptos que la integran, entre las que se encuentran cualquiera que, no pudiendo

79 Sent. del TSJ/SC N° 403, de 24 de febrero de 2006. Caracas, *Revista de Derecho Público* N° 105, p. 78.

80 Sebastián Martín-Retortillo. *Derecho Administrativo Económico*, T. I. La Ley, Madrid, 1988, p. 218.

calificarse como administrativos “*strictu sensu*”, pudieran resultar que afecten a los conceptos, categorías e instituciones propios del sistema de Derecho administrativo o a la Administración pública. La Constitución no es, pues, una norma sola y aislada o varias normas dispersas o inconexas, sino un conjunto complejo y coordinado de normas, en el que unas se conectan e interrelacionan con otras conforme a una serie de principios fundamentales y reglas; un conjunto que abarca tanto las normas de producción de normas como las normas producidas.

Y así, la idea de una Constitución administrativa en el Derecho positivo tiene un serio fundamento que supera el estadio de la mera teorización, pues el Derecho constitucional —formalmente— y administrativo —materialmente—, es particularmente abundante. Basta constatar el ingente volumen no solo cuantitativo —pues la solución no radica en el establecimiento de un promedio numérico—, sino cualitativo de normas constitucionales que abarcan al Derecho administrativo, que contrasta con el más reducido material normativo —aunque sin duda muy importante— del que deben dar cuenta otras disciplinas jurídicas que tienen su legislación sustantiva y adjetiva aún más codificada, como ocurre con el Derecho civil, mercantil, penal, procesal, tributario, etc.

En definitiva, las apuntadas son las razones de peso para avalar un análisis del Derecho administrativo y la Constitución administrativa. Un estudio conveniente para dotar de fundamento a la disciplina y cohesión al sistema de Derecho administrativo y a la Administración pública —estructura, organización y funcionamiento—, tanto al general como a cada una de las ramas especiales que lo componen —ambiente, economía, energía, contratación pública, municipal, urbanismo, regulación, etc.—; un análisis preciso para proveer de contenido a las categorías, conceptos e instituciones basilares propios del Derecho administrativo; así como a la protección —defensa, respeto y servicio— de la dignidad humana y todos los derechos y garantías —fundamentales o no—, que puedan verse afectados por sus normas o actos de aplicación o ejecución; un análisis que, en fin, resulta imprescindible para la enseñanza y formación de operadores jurídicos integrales y permeables a los principios fundamentales y valores superiores de la sociedad que la Constitución en general consagra.

De la aceptación de los planteamientos anteriores se sigue, que la tarea principal en cada uno de los sistemas de Derecho administrativos nacionales, consistirá en el descubrimiento y estructuración del respectivo modelo de sistema administrativo constitucional, actual, individual y concreto, de cada país, lo cual redundará en la cada vez mayor importancia del Derecho administrativo comparado. De

ahí que compartamos la afirmación elocuente de Brewer-Carías⁸¹, en cuanto que el Derecho administrativo de un país no se puede llegar a conocer, interpretar ni exponer adecuadamente, si no se establecen e identifican, con claridad, sus bases, y estas, por supuesto, están en la Constitución como núcleo identificador de la disciplina del Derecho constitucional.

Por su parte, Schmidt-Assmann⁸² concluye por recomendar, que los manuales tradicionales deberían —amasar— de nuevo su materia bajo los aspectos del Derecho constitucional. Esto quiere decir: deben examinar de forma consecuente y sistemática en qué medida los temas que tratan, el orden en que son tratados y las afirmaciones particulares de las materias recogen los límites y los impulsos de la Constitución de cada Ordenamiento jurídico concreto.

Pero dicho esto, también es importante dejar claro lo que la Constitución no es, para lo que no sirve. La Constitución no resuelve, por sí sola, las realidades administrativas, políticas y sociales; no es ninguna panacea, es decir, un remedio general para todas las disfunciones institucionales y sociales. Es mucho más modesta y, por lo tanto, solo un instrumento útil para afrontar esos problemas, cuyo remedio depende de muy variados factores adicionales: políticos, normativos, económicos, educativos, culturales, sociales y, no menos importante, de la denominada “conciencia constitucional” o “sobre la Constitución”.

Pero sobre todo, dependerá de los pronunciamientos interpretativos sobre importantes cuestiones administrativas, así como de los bloques de constitucionalidad y de convencionalidad, proferidos por los órganos que integran los sistemas de Justicia constitucional, convencional y administrativa —allí donde existan y funcionen, eso sí, correctamente—, no solo de la función principal del control jurisdiccional plenario del complejo de órganos que ejercen el Poder público, sino del desplazamiento de su finalidad originaria —Poder público— hacia el terreno de la protección —defensa, respeto y servicio— de la dignidad y de los demás los derechos fundamentales de la persona, como eje central de legitimación de la acción del Estado Constitucional.

81 Allan R. Brewer-Carías. “Bases constitucionales del Derecho Administrativo en Venezuela”. *Revista de Derecho Público* N° 16., Octubre-Diciembre 1983, EJV, Caracas, 1983, p. 5.

82 Eberhard Schmidt-Assmann (2014). “El concepto de constitucionalización del Derecho administrativo”. AA.VV. *La constitucionalización del Derecho administrativo: XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Editores A. Montaña Plata y A. F. Ospina Garzón [et al]. Bogotá, UEC, pp. 35-36.

Tratamiento constitucional de la actividad petrolera en Venezuela

Juan Cristóbal Carmona Borjas¹

I) Consideraciones preliminares

En Venezuela, desde comienzos del siglo XX mucho se ha discutido en torno a los roles que deben cumplir el Estado y el sector privado en todo lo relativo a la explotación petrolera. Tal interés obedece al carácter estratégico que aquella tiene desde el punto de vista económico y geopolítico. Alcanzar el punto exacto del papel que corresponde jugar al Estado y a los particulares, nacionales y extranjeros, en una industria que demanda de ingentes recursos financieros, tecnológicos y humanos, a la vez que genera la principal fuente de ingresos públicos, es el punto de partida en cualquier plan estratégico que aspire concebirse e implementarse en tan delicado campo. En ello, sin duda, juga papel protagónico la Constitución de la República.

En el caso venezolano, el Texto Fundamental de 1999 (CRBV), clara expresión de la “doctrina neoconstitucional”, ha estado muy lejos de contribuir a la seguridad jurídica requerida para apalancar el desarrollo y consolidación de la Industria Petrolera Nacional (IPN). La concepción del Estado venezolano como “democrático y social de Derecho y de Justicia”; la prolija positivización de valores, principios, derechos fundamentales y fines del Estado; la invocación de la democracia participativa; el acentuado carácter intervencionista del Estado en el ámbito económico y social; la ampliación del alcance de las leyes habilitantes² y; la creación de la jurisdicción constitucional, han conducido, bajo la adminis-

1 Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), mención *Summa Cum Laude*. LL.M. in *Common Law* de *Georgetown University*. Especialista en Derecho Financiero de la UCAB, mención *Cum Laude*. Doctor en Ciencias, Mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Profesor de postgrado de la UCAB y Profesor Invitado del IESA. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Sillón N° 30 y miembro de su Junta Directiva (2023-2026).

2 Mientras en la Constitución de la República de Venezuela de 1961 circunscribía esa figura a lo económico y financiero, la C RBV no delimitó su alcance.

tración de los gobernantes de turno (1999-2025), al inimaginable declive que registra actualmente el sector energético en el país.

La magnitud de reservas de hidrocarburos ubicadas en el territorio nacional; la infraestructura instalada con la que cuenta el país en el sector, independientemente de su grado de obsolescencia, estado de mantenimiento y conservación; la experiencia y conocimientos acumulados en el área por más de un siglo; la estratégica ubicación geográfica de nuestro país; las ventanas comerciales aun existentes respecto de esos *commodities* y; la necesidad de explotar la actividad antes de que decaiga la demanda del petróleo y del gas como fuentes energéticas mundiales; ofrecen el escenario natural en el que Venezuela debe actuar con carácter prioritario para alcanzar su reactivación económica y, con ella, la del resto de los ámbitos del acontecer nacional.

La potencialidad que continúa ofreciendo la industria de los hidrocarburos en Venezuela demanda así la mayor atención de parte de sus gobernantes, del liderazgo político, de los sectores empresarial y académico y de la ciudadanía en general. En ello, además, insistimos, juega papel fundamental el adecuado tratamiento conferido a la materia por la Carta Magna, así como su apropiado desarrollo en las leyes especiales y el pleno respeto a su contenido.

De nada servirá que Venezuela cuente con las principales reservas de petróleo y gas en el mundo, si esos recursos son utilizados, fundamentalmente, en la consolidación de proyectos políticos, sin que exista, además, un verdadero ejercicio de ciudadanía por parte de la población, que a ello ponga límites. En ese contexto, Venezuela continuará padeciendo los embates del “rentismo petrolero” y la consolidación de un petro-estado, ambos, flagelos a los que se deben muchos de los males y carencias de los que padece nuestro país, en este primer cuarto del siglo XXI.

³Mientras aquella situación se mantenga, el crudo que yace en las entrañas más profundas de nuestro territorio no pasará de ser una estadística que, según se la mire, podría terminar avergonzándonos por no haberla traducido en bienestar para nuestra población, quien verá perdida la fortuna que la Divina Providencia tuvo a bien prodigar.

Entre tanto ello se logra, corresponde a los operadores jurídicos ofrecer sus puntos de vista en torno a la problemática que suscita la normativa vigente y plantear soluciones. A esta misión nos abocaremos en lo sucesivo, con miras a descifrar el alcance e implicaciones de los artículos 302 y 303 del Texto Fundamental, el primero, relativo a la reserva de la actividad petrolera y, el segundo, alusivo a

3 José Ignacio Hernández - Carlos Belloirín y Sheraldine Pinto.

la estructura corporativa y operativa de la IPN. En tal análisis, no dejaremos de lado las disposiciones relativas al tratamiento hacendístico conferido a los ingresos de origen petrolero en el marco del modelo de Estado federal descentralizado adoptado por la Carta Magna (Arts. 4; 12; 156 numerales 12, 13, 16 y 32; 167; 179; 180 y 321).

El contenido de esas normas, las dudas que suscitan, la polémica doctrinal que en torno a ellas se ha desarrollado, las interpretaciones que respecto a las mismas han efectuado nuestros tribunales de justicia, el impacto que ello ha tenido en la evolución del sector petrolero y en el destino de Venezuela, conforma así, el contenido principal del presente estudio, en el que, además, fijaremos nuestra posición y formularemos propuestas de mejores alternativas y soluciones a algunos de los problemas existentes.

II) Tratamiento conferido a la actividad petrolera en la CRBV

A) Polémica en torno a la reserva al Estado de la actividad petrolera

A.1. Rango jurídico de la reserva (constitucional o legal)

De acuerdo con el artículo 302 de la CRBV:

“Artículo 302.- *El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico.* El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo.” (Cursivas nuestras)

La sola lectura de la primera parte de la precitada norma pone en evidencia la pobre labor cumplida por la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 (ANC99) en una materia tan relevante como la que nos ocupa. La redacción de esta disposición es totalmente confusa, generando altos niveles de inseguridad jurídica, lo que es inaceptable en un país con la tradición petrolera del nuestro.

Sobre los efectos de la referida norma han surgido diversas posiciones, una, que considera que simplemente faculta al Estado a instrumentar reservas vía leyes orgánicas, entre ellas, especialmente la que recaiga sobre la actividad petrolera⁴, otra, que sostiene que la referida disposición por sí misma supone una reserva sobre ese especial sector de la economía, así como la posibilidad de consagrar otras

4 Allan Brewer Carías, María Amparo Grau, Isabel Boscán de Ruesta, Hildegard Rondón de Sansó, César Mata García, Rafael Badell Madrid y Juan Cristóbal Carmona Borjas.

respecto de industrias, explotaciones, servicios y bienes que se estimen de interés público y carácter estratégico⁵.

Ciertamente, la redacción del artículo 302 es bastante confusa, lo cual justifica la falta de uniformidad de la doctrina patria, no sólo en cuanto a su alcance, sino también en cuanto a sus efectos. Es así como la norma comienza afirmando que, “*El Estado se reserva ... la actividad petrolera*”, con lo que pareciera cobrar fuerza la segunda postura señalada, es decir, la de su consagración constitucional, pero, seguidamente remite a una ley orgánica a efectos de su regulación y alude genéricamente a otras actividades económicas, con lo que pareciera respaldar a la primera posición mencionada, esta es, la de que se trata de una posibilidad a ser instrumentada por el legislador.

A efectos de atender la referida polémica, resulta útil acudir a la Exposición de Motivos de la CRBV, según la cual, “*Por conveniencia nacional el Estado queda facultado para reservarse determinadas actividades económicas, de manera particular en el sector minero y petrolero (...).*” (Cursivas y subrayados nuestros).

Esa misma Exposición de Motivos pareciera registrar cierta contradicción, cuando seguidamente establece que: “*De forma transparente se reconoce que el dominio sobre esas áreas (sector petrolero y minero) puede hacerse de acuerdo con el sector privado*, dejando claramente establecido que el Estado puede entrar en *convenios de asociación* con el sector privado para el desarrollo y explotación de esas actividades. Se le *otorga rango constitucional a la nacionalización petrolera*, al mismo tiempo que se establece la posibilidad de continuar en convenios de asociación con el sector privado, siempre y cuando sean de interés para el país, *y no desnaturalicen el espíritu, propósito y razón de la nacionalización petrolera.*” (Cursivas nuestras).

Es así como, mientras este segundo extracto de la Exposición de Motivos de la CRBV pareciera alinearse con la idea de que la reserva tiene consagración constitucional, el primer párrafo de la misma, enfatiza que de lo que se trata es de una facultad conferida en la materia al legislador.

Por su parte, la Exposición de Motivos del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH) de 2001 en la que se instrumenta y desarrolla por primera vez la reserva de la actividad petrolera a la luz de la CRBV, pareciera partir de la idea de que la consagración de la reserva es constitucional, cuando dispone que: “*El Decreto Ley debe ser investido con el carácter de orgánico por expreso mandato del Artículo 302 de nuestra Constitución, que establece*

5 José Ignacio Hernández, “Derecho Administrativo y Regulación Económica”. Colección Estudios Jurídicos n° 83. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006, p. 483.

la reserva al Estado de las actividades petroleras por razones estratégicas y de conveniencia nacional (...).” (Cursivas nuestras).

Al respecto vale finalmente traer a colación a la sentencia n° 1892 de la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) del 18 de octubre de 2007 (Recurso de interpretación de los artículos 12, 156 numerales 12, 13, 16 y 32; 179, numeral 2; 180; 183 numeral 1 y 302 de la CRBV) que, aunque sin mayores explicaciones y no siendo ello el tema objeto de la decisión, pareciera haberse alineado con la posición de que la CRBV simplemente faculta al legislador a consagrar la reserva, cuando señala que: “(...) al efecto, el artículo 302 del Texto Fundamental *es la base que permite al Estado reservarse, mediante ley orgánica respectiva*”, “la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico.” (Cursivas nuestras).

A pesar de la evidente confusión que suscita la Carta Magna y que ha profundizado la legislación y jurisprudencia nacional, en nuestra opinión la tesis que más se acerca a la intención del Constituyente, plasmada en sus artículos 302 y 303, es la de que la reserva de la “actividad petrolera” quedó efectivamente consagrada en el Texto Fundamental. La afirmación anterior puede sustentarse, entre otras, en las siguientes notas:

- (i) la mención expresa a esa actividad económica en específico en contraposición a la mención general hecha respecto del resto de actividades, industrias, bienes y servicios que se estimen en un momento dado de interés general;
- (ii) el énfasis que hace la Exposición de Motivos en cuanto a la constitucionalización de la nacionalización, que no es otra cosa que una remisión al régimen de reserva implementado con la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos (LOREICH) de 1975 y;
- (iii) la reafirmación, en buena medida, de la modalidad de ejercicio de la actividad por parte del Estado a través del *holding* petrolero conformado bajo aquella ley (Art. 303).

A pesar de ser esa nuestra opinión, así como la de buena parte de la doctrina nacional, reconocemos la razonabilidad que también encierra la posición contraria, esta es, la que considera que el artículo 302 sólo faculta al legislador a consagrar una reserva respecto de la actividad petrolera. En cualquier caso, lo que si queda claro es que la confusión que encierra el tratamiento conferido a la materia por la Carta Magna justifica su enmienda.

A efectos prácticos, el que impere una posición u otra tiene especial relevancia en cuanto al margen de acción que pudiera tener el Poder Público Nacional, más específicamente la Asamblea Nacional (AN) o el Ejecutivo habilitado. Es

así como, de concluirse que la reserva tiene rango constitucional, resulta poco probable un escenario en el que se implemente una explotación petrolera en manos exclusivas del sector privado, en la que el Estado se limite a cumplir un rol regulador y de control. De asumirse la posición, según la cual, la reserva no tiene consagración constitucional, sino que es una opción del legislador, sí sería posible una conducción de la IPN en aquellos términos, aunque el artículo 303 constitucional, en el que se alude a PDVSA y al que comentaremos más adelante, quedaría de facto sin mayor efecto, lo que no luce jurídicamente razonable.

A.2. Alcance y efectos del artículo 302 de la CRBV

A.2.1. Consideraciones preliminares

La instrumentación del artículo 302 de la CRBV a través de la LOH (2001 y 2006) ha estado signada por el dogmatismo ideológico y político, sin que estemos del todo convencidos de que la AN o el Presidente de la República habilitado a tales efectos, hayan explorado debidamente todas las opciones a las que la referida norma constitucional da cabida. En tal virtud, que el modelo adoptado en lo que va del siglo XXI, no necesariamente es el único admisible, mucho menos, el más conveniente.

A esos efectos, deben precisarse las implicaciones que supone el controversial artículo 302 constitucional, para lo que debe partirse, ante todo, de la llamada libertad de empresa o libertad económica, reconocida como derecho fundamental por la CRBV en su artículo 112. De acuerdo con esta norma, toda persona puede dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.

La libertad económica se traduce así en el derecho subjetivo de rango constitucional que faculta a los particulares a acceder al mercado de su preferencia, explotar las empresas que han emprendido según su autonomía negocial y a cesar en su ejercicio, cuando así lo decidan.

Este derecho consagrado en el comentado artículo 112 constitucional, no es absoluto, en tanto es susceptible de ser limitado por la propia Carta Magna o por la ley, por las razones en ella indicadas, que pueden englobarse en la noción de “interés social”.

Tal intervención puede llevarse a cabo en diversos grados y a través de varias técnicas de policía administrativa, fomento y servicio público. En ese sentido, también ha sido reconocida una cuarta modalidad, la intervención industrial, esta es, el desarrollo directo de actividades económicas por parte del Estado (pro-

veedor de bienes y servicios, consumidor-usuario o empresario), cuando ello así convenga al interés nacional.

La intervención del Poder Público sobre la libertad de empresa, restringiendo el ejercicio de ese derecho, puede ser enfocada a partir de la actividad de ordenación y limitación. En ambos casos, el Estado debe ser facultado, constitucional o legalmente, a esos fines.

Una clara expresión de la intervención del Estado en la economía la constituye la ordenación y, dentro de ella, la concretada a través de la técnica de la reserva. Esta es entendida como la modalidad más drástica de intervención del Estado a través de la cual este asume para sí la titularidad de determinada actividad económica, excluyendo de su operación a los particulares, total o parcialmente, según lo haya decidido la constitución o precisado la ley.

En las actividades reservadas, señala el jurista José Ignacio Hernández, los particulares no tienen derecho alguno a desplegar su iniciativa: ese derecho debe ser concedido por la Administración, cuando ello haya sido así admitido en el marco de la ley concreta de reserva.

Según Hernández,

*“La reserva o *publicatio* admite dos variantes: cuando el Estado además de reservarse la titularidad de la actividad económica se reserva también su gestión; y cuando la reserva no impide a los particulares intervenir en la gestión de la actividad. En ambos casos el Estado asume como tarea propia la gestión de la actividad reservada, sólo que en el primer supuesto lo hace directamente, mientras que en el segundo lo hace de manera indirecta.*

La reserva, (...) no impide en realidad la gestión privada de las actividades afectadas a la *publicatio*, en tanto esa gestión podrá ser tolerada, principalmente, mediante la técnica concesional. La reserva opera siempre sobre el título habilitante que permite emprender determinada actividad económica, aniquilando la libertad de empresa y con ella la libre competencia. Empero, el derecho de acceso al mercado reservado puede ser tolerado por la Administración a través de la concesión que otorgue a terceras personas tal derecho”⁶.

La reserva de actividades implica así, que el objeto de tal medida pase a ser de *titularidad pública*, por lo cual, la posibilidad para los particulares de intervenir en ella depende del carácter total o parcial de la exclusión consagrada en cuanto a su gestión.

6 Benito Sansó, “Aspectos jurídicos de la nacionalización de la industria del hierro en Venezuela”, Colección Monografías Jurídicas n° 8. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977, p. 18.

La consecuencia de la reserva, según algunos, es simplemente la prohibición a los particulares de realizar actividades en el área reservada, constituyéndose un monopolio del derecho a su ejercicio a favor del Estado⁷. Sin embargo, insistimos, no toda reserva ha de suponer la gestión de la actividad en términos excluyentes y absolutos en lo que respecta al sector privado, de ahí, que esta pueda también ser relativa.

Dependiendo, claro está, de los términos específicos en que la reserva haya sido consagrada, constitucional o legalmente, la tesis más aceptada es que la reserva relativa admite la gestión indirecta o conjunta del Estado con entes privados, siempre y cuando *no desnaturalice ni altere la publicalización de la actividad reservada* en el sentido de que a través de la gestión indirecta pueda *crearse una nueva propiedad particular*.

Queda claro así, que la reserva no impide *per se* la concurrencia del Estado y los particulares en el ejercicio de la actividad que constituye su objeto. Muestra clara de lo anterior lo representa la concesión como figura a través de la cual el sector privado tradicionalmente participa en el ejercicio de actividades reservadas sin necesidad de asociarse con el Estado, sujeto, claro está, a las reglas concretas establecidas por el Estado, en cada caso, con miras a preservar el interés general que justifica la mencionada medida de intervención.

Prevista la reserva de la actividad petrolera a favor del Estado venezolano, sea que se le considere de rango constitucional o legal, surgen varios temas a aclarar, entre ellos, si esta sólo admite la participación del sector privado en condiciones asociativas o, por el contrario, permite también una participación no asociativa, asuntos estos cuyo estudio abordaremos a continuación.

A.2.2. Condicionamiento constitucional de la reserva

Como hemos venido sosteniendo, sea que la reserva tenga consagración constitucional o legal, el legislador al desarrollar su implementación debe operar respetando, por una parte, las pautas impuestas por la Carta Magna y, por la otra, las que derivan de la institución misma de la reserva.

Para quienes asumen la posición, según la cual, el artículo 302 de la CRBV, únicamente faculta al legislador a crear y regular la reserva, es decir, que esta no fue consagrada constitucionalmente, el legislador podría abstenerse de actuar, dejando que la actividad se desarrolle bajo la premisa de la libertad económica, quedando sujeto su ejercicio al régimen que dicte para regularla (no equiparable

7 Cfr. Héctor Turuphial. “Teoría general y régimen jurídico del dominio público en Venezuela”. FUNEDA, Caracas, 2008, pp. 134 y ss.

al de una reserva). En el marco de esa tesis, también sería posible para el legislador reservar la actividad petrolera al Estado en los términos que estime conveniente.

En el supuesto de que se considere a la reserva de origen constitucional, la naturaleza misma de esa técnica de intervención condiciona al legislador, pudiendo esta ser absoluta o relativa. En todo caso, cualquiera sea la posición que se asuma, la segunda parte del artículo 302 y lo dispuesto en los artículos 12 y 303 de la CRBV, tendrían que ser tomados en cuenta e insertado en la normativa reguladora de la actividad.

Como fue señalado, en lo que aquí interesa, el artículo 302 de la Carta Magna al regular a la actividad petrolera fue bastante parco en cuanto a las condiciones a las que quedaba sujeta la reserva que él mismo consagra o que faculta al legislador adoptar, según sea la posición que se acoja. Al respecto destacan las siguientes consideraciones, límites o fines de la reserva:

Relativa a la “actividad petrolera”;

Corresponde al legislador, mediante ley orgánica su instrumentación o consagración, según la posición que se acoja; y

Debe promover la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales.

Como hemos señalado, el artículo 302 de la CRBV se refiere expresamente a la “*actividad petrolera*”, aun cuando alude también a la posibilidad de consagrar reservas respecto del resto de actividades, explotaciones, industrias, bienes y servicios que el legislador considere susceptibles de ser reservados, por razones de conveniencia nacional.

El legislador, al establecer el alcance de la noción “actividad petrolera” en la LOH de 2001 y 2006, pareciera haber adoptado la posición, según la cual, aquélla ha de entenderse, únicamente, como la referida a los hidrocarburos líquidos en su estado natural, de ahí que, por una parte, a pesar de haber utilizado la palabra “hidrocarburos” en el título que identifica a la ley, haya excluido de su ámbito de aplicación a los hidrocarburos gaseosos, salvo los asociados a la extracción de petróleo y; por la otra, haya incluido en la categoría de “actividades primarias” y, respecto de ellas, delimitado su reserva, únicamente a las de exploración de yacimientos, extracción de hidrocarburos en *estado natural* y su recolección, transporte y almacenamiento inicial, es decir, las que tienen igualmente por objeto al crudo en estado natural (Art. 9). Es de observar que, en términos reales, en cierta forma quedan reservados, aunque sin ingresar a la categoría de actividades primarias, el comercio internacional de los hidrocarburos líquidos en estado natural

y el de los productos derivados que se reserve el Ejecutivo Nacional mediante decreto (Arts. 57 y 58).

Más allá de la reserva de las llamadas actividades primarias, el legislador procedió también a incluir en la LOH a las actividades dirigidas a la transformación de hidrocarburos líquidos en estado natural (refinación), industrialización de productos refinados, comercio interno de productos derivados (salvo la de los reservados mediante decreto por el Ejecutivo Nacional) y las dirigidas a su almacenamiento, transporte, distribución y expendio. El legislador no alude respecto de estas actividades a una reserva, por cuanto se limita a supeditar su ejercicio al régimen de los permisos y licencias, lo que refuerza la tesis de que al estar dirigidas a la transformación del crudo (refinación) o tener como insumo productos refinados (industrialización) o derivados, se consideran al margen de la reserva constitucionalmente consagrada en materia de “actividad petrolera”.

Bajo la tesis de que la reserva está consagrada a nivel constitucional, la norma que la prevé (Art. 302) debe interpretarse literal y restrictivamente, de ahí que cobre fuerza la posición, según la cual, la noción “actividad petrolera” comprende exclusivamente a los hidrocarburos líquidos en su estado natural (“actividades primarias”). Bajo esta lógica, sin embargo, la refinación pudiera considerarse en un área gris, por cuanto tiene por objeto al crudo, sólo que va dirigida a su transformación. Además, los ingresos que de ella se obtienen, provienen de productos que dejan de ser hidrocarburos en estado natural.

Si, por el contrario, se acogiera la postura con acuerdo a la cual, la noción “actividad petrolera” va más allá de las primarias, por lo cual la refinación, industrialización de productos refinados, comercio de derivados y su distribución, almacenamiento y transporte se encuentran sujetas a reserva por efecto del artículo 302, entonces, tendría que admitirse que el legislador desarrolló la reserva respecto de ellas de manera más flexible (permisos y licencias), lo que no creemos sea del todo lógico en términos jurídicos, en tanto el régimen de permisos y licencias difiere del de la reserva en que aquellos operan respecto de actividades cuya titularidad recae sobre los particulares, sujeto su ejercicio a una actuación estatal, en tanto que en la reserva, la titularidad y operación de la actividad corresponden al Estado, pudiendo facultarse al particular únicamente la operación, pero sin transferirle la titularidad.

Vemos pues, cómo, más allá de la determinación del origen constitucional o legal de la reserva de la “actividad petrolera” y su tratamiento en la LOH, también es importante precisar su alcance material, este es, su objeto (crudo en estado natural vs. productos/subproductos). Sólo así podría darse pleno cumplimiento a la intención del Constituyente al referirse de manera especial a tan relevante

sector de la economía nacional. En ello, no deben olvidarse las implicaciones que tiene la ejecución de los llamados “proyectos integrados verticalmente”, en los que un mismo sujeto lleva a cabo actividades primarias y secundarias, todas partiendo de un insumo único (crudo en estado natural) de los que dicho sujeto es el único titular, hasta tanto efectúa su comercialización tras su transformación en productos o subproductos.

Como señalamos, el legislador tiene la facultad de definir el alcance de la reserva, pero de asumirse la posición de que ella fue consagrada constitucionalmente respecto de la “actividad petrolera”, todas las que encuadren en esa categoría tendrían que someterse al régimen impuesto por el texto constitucional, en tanto que las demás, pudieran ser equiparadas, a discreción del legislador, a las que comprenden aquella noción (reserva) o ser objeto de tratamiento totalmente diferente (simple regulación). Bajo esa premisa, sería claramente contrario al Texto Fundamental, por ejemplo, no incluir en la ley orgánica de reserva de la “actividad petrolera” a la explotación de yacimientos de hidrocarburos líquidos, pero, sería completamente válido excluir, como en efecto se hizo en la LOH (2001 y 2006), a las actividades relativas a los hidrocarburos gaseosos no asociados que, obviamente, no pueden considerarse incluidos en la noción de “actividad petrolera” o a la industrialización de corrientes de refinación, que no tienen por objeto crudos en estado natural.

A la luz de aquel criterio, insistimos, no estaría del todo claro el tratamiento que debe recibir la refinación, llevada a cabo por un tercero distinto a quien extrajo el crudo a ser procesado. Bajo ese escenario, si bien la refinación tiene por objeto crudo en estado natural, su intención es transformarlo en un producto (derivados), siendo de su comercialización que se derivan los ingresos o la renta.

Hechas las anteriores consideraciones, en nuestra opinión, la posición que luce más razonable es aquella conforme a la cual, la reserva de origen constitucional circunscrita a la actividad petrolera abarca únicamente a los hidrocarburos líquidos en estado natural (incluido el gas asociado), sin la intención de convertirlos en productos o, que de existir tal propósito, este es perseguido por el mismo sujeto que extrajo el crudo (“proyectos integrados verticalmente”). La recolección, transporte y almacenamiento iniciales, por razones obvias, también se encuentran reservadas, así como las obras que estas y las actividades primarias requieran. En lo que respecta al comercio interior y exterior del crudo en estado natural, si bien no se les menciona entre las actividades primarias reservadas (Art. 9), terminan estándolo de facto por efecto del mencionado artículo 57 de la LOH2006.

La refinación, las corrientes de industrialización, el comercio de derivados que no formen parte de un “proyecto verticalmente integrado”, no están sujetos a reserva de origen constitucional, pudiendo ser sometidos a medidas de policía administrativa de menor intensidad como las licencias y los permisos. Como más adelante veremos, en el caso de la refinación, al menos a efectos tributarios, podría registrarse cierta controversia.

He aquí, un margen para la toma de decisiones por parte del legislador: i) el alcance de la noción “actividad petrolera”; ii) su clasificación y tipo de reserva aplicable a cada una de ellas; iii) la delimitación del resto de las actividades que forman parte del “sector hidrocarburos” que también pueden sujetarse a reserva o simplemente a un régimen regulatorio más flexible y; iv) cómo en ello impacta el que formen parte de “proyectos verticalmente integrados”.

Adicionalmente, para dar pleno cumplimiento a lo previsto en el artículo 302 constitucional, el legislador debe mediante instrumento de rango orgánico, regular e instrumentar la reserva y adoptar mecanismos de promoción de la manufactura nacional.

A.3. Impacto del reconocimiento constitucional del Holding Petrolero Estatal en la reserva de la actividad petrolera (Art. 303 CRBV)

De la confusión y dudas que derivan del tratamiento conferido a la actividad petrolera no escapa el artículo 303 de la Carta Magna, así como tampoco la referencia que consideramos a él hace la Exposición de Motivos del Texto Fundamental a la que también ha de tener como referencia el legislador al desarrollar la reserva.

Establece el artículo 303 de la CRBV, que

“Artículo 303.- Por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando las de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que hayan sido constituidas o se constituyan como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A.”.

Por su parte, la Exposición de Motivos de la CRBV, dispone adicionalmente que

“Se le *otorga rango constitucional a la nacionalización petrolera*, pero al mismo tiempo establece la posibilidad de continuar en *convenios de asociación con el sector privado* siempre y cuando sean de interés para el país, y *no desnaturalicen el espíritu, propósito y razón de la nacionalización petrolera*”. (Cursivas nuestras)

La cita anterior de la Exposición de Motivos de la Carta Magna pareciera referirse fundamentalmente al contenido de su artículo 303 que, como señalamos, establece que el Estado *ha de continuar* ejerciendo la actividad petrolera a través de un ente de su total propiedad, sea este PDVSA u otro que la reemplace. Deja, sin embargo, dicha norma abierta la posibilidad de que continúen constituyéndose filiales, celebrándose asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo del negocio del holding petrolero, en las cuales pueda haber participación privada. Señala, además, la Exposición de Motivos que, *“De forma transparente se reconoce que el dominio sobre esas áreas (sector petrolero y minero) puede hacerse de acuerdo con el sector privado*, dejando claramente establecido que el Estado puede entrar en *convenios de asociación* con el sector privado para el desarrollo y explotación de esas actividades” (Cursivas y subrayados nuestros).

La referencia a la “nacionalización”, contenida en la Exposición de Motivos, la entendemos hecha al proceso de reserva que se concretó con la LOREICH (1975), en el marco de la cual se creó a PDVSA.

Respecto a esa referencia, lo primero que ha comentarse es el erróneo uso del término “nacionalización”, en tanto esta es distinta de la “reserva”. Tal proceder pudo obedecer a que, informalmente, ambas nociones siempre fueron utilizadas incorrectamente como sinónimos. Por tanto, en el esfuerzo por darle un sentido al texto analizado en el marco del tema concreto aquí referido, por “nacionalización” ha de entenderse “reserva”.

De la Exposición de Motivos puede entonces sostenerse que en el desarrollo de la reserva, debe el legislador: (i) contemplar la participación del Estado a través de un ente de su total propiedad, sea este, PDVSA u otro que la sustituya y; (ii) admitir una reserva relativa, en tanto se permite el ejercicio de la actividad a través de “empresas y cualquier otro ente que se constituya como consecuencia de los negocios de PDVSA”, dentro de los cuales quedan incluidos los convenios de asociación (Ej. sociedades mercantiles) con participación conjunta, pública y privada.

Habrán quienes consideren que la intención del Constituyente al sancionar al artículo 303 fue la de adoptar el modelo contenido en la LOREICH. No obstante, afirmarlo en esos términos la Exposición de Motivos de la CRBV, ello no es lo que se desprende necesariamente de la norma, ni fue lo que ocurrió con la LOH (2001-2006). Más allá de las imprecisiones técnicas en las que incurre al respecto la Exposición de Motivos (nacionalización) y a lo confuso de su mensaje, aunado a su carácter orientador que no normativo, su interpretación no debe conducir a la posición extrema de que la modalidad de ejercicio de la actividad petrolera

prevista en el artículo 303 de la CRBV es la misma consagrada en la LOREICH y que no puede verse complementada con otras opciones que estime pertinente adoptar el legislador. Asumir una posición contraria a la señalada rigidizaría de tal forma el ejercicio de la actividad petrolera, que atentaría contra la razón de ser de la reserva, la “conveniencia nacional”.

En todo caso, el legislador al implementar la reserva de la actividad petrolera debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 303 y lo respecto a él señalado en la Exposición de Motivos de la CRBV, dándoles el peso y valor que les corresponde, procurando siempre una interpretación lógica y orientada al fin que se persigue con la misma.

En nuestra opinión, el artículo 303 de la CRBV resulta del reconocimiento de un hecho consumado, de una realidad, de una decisión adoptada en el marco de la LOREICH de llevar a cabo la actividad petrolera reservada a través de una de las varias opciones en ella previstas, “empresas de total propiedad del Estado” (Art.5), capaces de celebrar convenios de asociación estratégica o de otro tipo con entes privados, a lo que el Constituyente (1999) no podía ignorar, pero a lo que, además, decidió reafirmar.

Esta norma, no tiene, sin embargo, por qué asumirse, como una “camisa de fuerza” en cuanto a la modalidad de organización y desarrollo de la actividad petrolera, sino únicamente como una condición que debe ser respetada por el legislador, en el sentido de siempre reconocer, en el marco de la reserva, la intervención del Estado a través de una instrumentalidad de su total propiedad. Sería así inconstitucional una ley orgánica de reserva de la “actividad petrolera” en la que no se contemple la posibilidad del ejercicio de actividades primarias a través de PDVSA o de la instrumentalidad que la sustituya. Sería por su parte, totalmente válido, que aquella modalidad de ejercicio de la actividad concurriera con otras que involucren a los particulares, incluso, sin necesidad de asociarse con el Estado (concesión).

Respecto de este tema vale observar que, si a la luz de la LOH, actividades como la refinación, la industrialización y el comercio de derivados, propias del objeto social de las entidades que conforman al Holding Petrolero, aunque no reservadas, han sido ejercidas directamente por entes privados, el artículo 303 no tiene por qué conducir a la conclusión de que respecto de actividades primarias no pueda ocurrir lo mismo, siempre y cuando, PDVSA y sus filiales también puedan llevarlas a cabo. Lo anterior lo reafirma el caso de la refinación, que bajo la LOREICH se encontraba reservada y pasó a no estarlo bajo la LOH2001, medida esta que nunca fue considerada violatoria del artículo 303 de la CRBV.

A.4. Implicaciones en la reserva de la actividad petrolera de la caracterización de los yacimientos de hidrocarburos como bienes del dominio público de la República (Art. 12 CRBV)

Corresponde en esta oportunidad analizar el impacto que puede tener la caracterización de los yacimientos como bienes del dominio público de la República en el desarrollo legislativo de la reserva, específicamente, en la adopción de determinadas modalidades de participación privada en el ejercicio de las actividades primarias. Al respecto es necesario precisar: (i) ¿a quién pertenecen los yacimientos?; (ii) ¿si es factible realizar actos de disposición que tengan por objeto el derecho a ejercer las actividades de exploración y explotación de los yacimientos? y; (iii) ¿a quién corresponde la titularidad del petróleo, una vez extraído de los yacimientos?

A.4.1. Yacimientos

El artículo 12 de la CRBV establece que los yacimientos pertenecen a la República y califican de bienes del dominio público, resultando, por tanto, inalienables, inembargables e imprescriptibles, es decir, ajenos al tráfico jurídico. En virtud de lo anterior, no es posible, sin violentar la precitada norma, celebrar actos jurídicos que supongan la disposición o afectación de los yacimientos. Cualquier paso en ese sentido estaría viciado de nulidad absoluta.

De conformidad con la precitada norma, todos los yacimientos son bienes del dominio público, lo que implica que son bienes pertenecientes a la República que, no pueden ser enajenados o gravados. En tal virtud, el uso que de ellos se haga por parte de terceros requiere de actos que trasladen el derecho a su exploración y explotación, más no su titularidad⁸. Es este, precisamente, el origen de uno de los grandes temores que tradicionalmente ha existido respecto de la explotación de recursos naturales por parte de particulares, el eventual reconocimiento de derechos reales inmobiliarios a su favor, de ahí que, según algunos, respecto de ellos no encuentre cabida la concesión.

Según José Ignacio Hernández, la concesión en el ámbito de las actividades económicas solo puede ser empleada válidamente, como título jurídico que confiere el derecho a explotar actividades reservadas por ley al Estado, precisamente, porque respecto de estas actividades los particulares no son titulares de derecho alguno, no pudiendo ser destinatarios de permisos o licencias.

“(…) desde el Derecho Administrativo, existe una teoría unitaria de la concesión, que la concibe como el título jurídico a través del cual la Administración transfiere a un sujeto el derecho a realizar determinada actividad. Es ese carácter

8 José Ignacio Hernández, ob. cit. pp. 637-638.

traslativo el que caracteriza a la concesión, y el que la diferencia de otros títulos como la autorización (...)

Bajo estos postulados, los derechos que son trasladados por la concesión pueden tener como destinatario tanto a las Administraciones Públicas distintas de aquella ‘titular’ de la actividad como a los particulares”⁹.

La posibilidad de que respecto de la exploración y explotación de recursos naturales pertenecientes a la República puedan otorgarse concesiones, lo aclara de manera contundente el artículo 113 de la CRBV al señalar que:

“Artículo 113.- (...) *Cuando se trate de la explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público*”. (Cursivas nuestras)

Por otra parte, la SC del TSJ en sentencia n° 1520 del 6 de diciembre de 2000, en materia de minas, lo que al margen de la reserva es igualmente aplicable a yacimientos de otro tipo, incluidos los de hidrocarburos, señaló que

“... no existen derechos de propiedad de los particulares sobre estas, dado que *todos los yacimientos minerales de cualquier clase son bienes del dominio público, propiedad de la República*, tal como lo prevén los artículos 12 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 2° de la Ley de Minas (...). *De allí que su explotación sólo puede hacerse previa la obtención de la respectiva concesión. Al ser del dominio público y, por tanto, inalienables, no son susceptibles de ser propiedad particular*”. (Cursivas nuestras)

Deja claramente sentado el Máximo Tribunal que es perfectamente posible el otorgamiento de concesiones dirigidas al ejercicio de las actividades de exploración y/o explotación de los yacimientos a que se refiere el artículo 12 constitucional. Vale al respecto reiterar que son cosas distintas la titularidad de los yacimientos, siempre de la República y, las actividades que respecto de ellos se ejerzan.

Si bien el artículo 113 de la CRBV no se refiere al caso de la explotación de recursos naturales sujetos a reserva, la doctrina nacional citada y la jurisprudencia de la extinta CSJ reconocen claramente a la concesión como el mecanismo de participación del sector privado a tales fines y en ese escenario.

9 Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n° 375 del 18 de julio de 1998, Aerovías Venezolanas, S.A. (AVENSA) v. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones). Disponible en: http://estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/221.htm - Consultada en fecha 24 de mayo, 2020.

Es así como en sentencia dictada por la Sala Político Administrativa (SPA) de la CSJ en fecha 18 de junio de 1998, en el caso AVENSA, con ponencia de la Magistrada Hildegard Rondón de Sansó, se sostuvo que:

“Incluso, es posible dentro de un sistema de reserva que el Estado otorgue concesiones a varias empresas, lo cual las va a colocar entre sí en condiciones de competencia”¹⁰. (Cursivas nuestras)

No existiendo prohibición expresa en aquel sentido en la CRBV en materia de hidrocarburos, puede sostenerse que ni el carácter de bienes del dominio público de los yacimientos petroleros, ni la reserva que sobre su exploración y explotación en ella consagrada (Art. 302), son factores que, individual o conjuntamente, impiden constitucionalmente el otorgamiento de concesiones.

Continúa señalando la referida sentencia que

“En efecto, las nociones de libertad económica y reserva al Estado no resultan excluyentes entre sí, lo que sucede es que, cuando existe una ‘reserva’ en los términos señalados se afecta uno de los atributos de la libertad económica como lo es la posibilidad de libre concurrencia, es decir, de acceder al ejercicio de la actividad.

Una vez levantada dicha limitación en virtud del otorgamiento de una concesión, nada autoriza a deducir que la libertad económica del sujeto así habilitado haya sido destruida, y vaciada de contenido en forma general. *Ciertamente, no puede negarse que el ejercicio de una actividad reservada al Estado por parte de un concesionario normalmente viene asociada a un conjunto de regulaciones sobre la materia a las cuales debe ajustarse dicho ejercicio, pero, de la misma forma no puede desconocerse que tales limitaciones no son absolutas.* En efecto, en cuanto constituye una limitación a derechos constitucionales, es necesario deducir que la reserva sólo afecta a los aspectos por ella regulados”¹¹. (Cursivas nuestras)

Conforme a la jurisprudencia, puede sostenerse que ni la condición de bienes de dominio público de los yacimientos, ni la reserva en sí misma considerada, impiden la intervención de los particulares, entre otras, a través de la concesión. Ello, insistimos, depende en definitiva de los términos precisos en que se consagra legalmente la reserva. En todo caso, no es la CRBV la que cierra las puertas a la concesión, como opción, aunque sí puede llegar a hacerlo la LOH.

A pesar de la afirmación anterior, debe retomarse lo señalado en cuanto a que las modalidades de intervención del sector privado en actividades que tienen por

10 Ídem.

11 Cfr. Juan Cristóbal Carmona Borjas, “Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela”. Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016, p. 83.

objeto a los yacimientos mineros o de hidrocarburos (bienes de dominio público), no deben generar derechos de propiedad a favor de los particulares.

En el caso de las concesiones, si bien es cierto que nace un derecho real administrativo inmobiliario en favor del concesionario, no menos cierto es, como señala Enrique Silva Cimma, este no es un derecho real de uso como al que se refieren los códigos civiles. Se trata de un derecho precario, entre otras razones por ser susceptible de revocatoria. Es, además, un derecho que no supone propiedad sobre el yacimiento sino la posibilidad de su exploración y explotación. Se trata así de un derecho que tiene como contrapartida una serie de obligaciones (inversiones, realización efectiva de la actividad, etc.), está sujeto a controles y directrices del concedente y es temporal. Tal derecho no es susceptible, además, a la libre disposición por parte de su titular¹².

Compartimos lo señalado por Silva Cimma y ratificamos la posición de reconocerle cabida a la concesión a la luz de lo previsto en la CRBV respecto de la actividad petrolera, pudiendo decirse, más bien que las dudas que puedan surgir al respecto son atribuibles a la manera en que se instrumenta la reserva en LOH.

Partiendo de lo anterior, lo que es realmente relevante desde el punto de vista jurídico a la luz del artículo 12 de la CRBV es que el ejercicio de actividades que tenga por objeto la exploración y explotación de yacimientos, estén o no reservadas, no contravenga la condición de bienes del dominio público de la República que aquellos tienen, por ende, su condición de bienes imprescriptibles, inembargables, inalienables, no sujetos a tráfico jurídico. Lo anterior, no está reñido *per se* con la concesión, debiendo simplemente admitirse que, es cosa distinta el que a la luz de la LOH2006 aquella pretenda instrumentarse, en tanto ello, sí pudiera encerrar una polémica justificada.

A.4.2. Titularidad del crudo extraído como consecuencia del ejercicio de la actividad reservada

Finalmente, el crudo extraído, excluido el que el Ejecutivo Nacional decida recibir como regalía en especie, pertenece a las operadoras que lo extraen, aunque en algunos casos en condiciones precarias (Ej. venta obligatoria por parte de las empresas mixtas a operadoras de total propiedad de PDVSA – Arts. 27 y 57 LOH).

Como fue señalado, lo que califica como bienes de dominio público conforme al artículo 12 de la CRBV son los yacimientos que es cosa distinta del crudo extraído.

12 Autores varios. “Financiación de las Comunidades Autónomas y Corresponsabilidad Fiscal”. Fundación Bancaixa. Valencia, España, 1996, p. 53.

El destino y tratamiento que el legislador decida conferir al recurso natural extraído obedece más a razones ideológicas y de política económica que jurídicas. Tales actos de disposición pueden abarcar: comercialización en estado natural en el mercado interno o externo y, consumo propio o industrialización, entre otros.

En el caso de los hidrocarburos líquidos, como fue señalado, bajo la LOH2006 (Art. 57), las empresas mixtas están obligadas a vender el crudo en estado natural por ellas extraído a Operadoras de total propiedad de PDVSA (Ej. PPSA y CVP), a cuyo cargo a su vez estará su comercialización a nivel nacional o su exportación. En el caso del crudo mejorado, aunque no libre de polémicas, existe Acuerdos aprobados por la AN que han facultado a empresas mixtas a su exportación, en la medida en que esas entidades construyan y operen mejoradores. En cuanto a combustibles líquidos, no debe olvidarse la reserva que ha sido instrumentada a través de la Ley Orgánica que Reserva al Estado el Mercado Interno de Combustibles Líquidos (LOREMIHL 2008). Finalmente, la comercialización de ciertos productos derivados del petróleo puede reservárselos el Estado mediante decreto dictado por el Ejecutivo Nacional (Art. 57).

B) Modalidades de ejercicio de las actividades petroleras en el marco de la reserva

Otro de los temas que suscita controversia, producto de la reserva al Estado venezolano de la actividad petrolera, es el relativo a los roles que en ella corresponden al Estado y a los particulares.

Reiteramos que el artículo 302 de la CRBV dio un margen de acción bastante amplio al legislador a efectos de la instrumentación de la reserva, mucho más que su equivalente, el artículo 97 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961 (CN61), respecto del cual podía sostenerse condicionaba la modalidad de la reserva al aseguramiento del control estatal de la industria básica pesada de ella resultante, lo que no está tan claramente previsto en la CRBV.

En ese sentido, el artículo 303 constitucional, como fue señalado, juega un importante papel al reconocer expresamente la posibilidad de la coexistencia de PDVSA o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, de total propiedad estatal, con filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido como consecuencia del desarrollo de los negocios de PDVSA, respecto de las cuales no existe un mandato de participación estatal exclusiva.

En el caso específico de la LOH2006, el legislador optó en el artículo 22 de ese instrumento, por el ejercicio de las actividades reservadas mediante empresas de total propiedad estatal, a lo que se ha dado por llamar “Esfuerzo Propio” o; en asociación con particulares, pero, haciéndose titular en este último caso de

la mayoría accionaria de las sociedades anónimas creadas a tales fines (empresas mixtas). Respecto de esta última opción, el margen de decisión del Estado se limita únicamente a adquirir, más o menos, acciones entre el 50,01% y el 99,9%, quedando el resto a accionistas privados minoritarios. En ello, factores ideológicos, políticos y de visión del negocio parecieran haber pesado más que los de carácter jurídico. Al efectuar esta afirmación no estamos pronunciándonos acerca de la pertinencia o no del proceder del legislador, simplemente queremos poner el énfasis en la naturaleza de las razones a las que pudo obedecer el modelo adoptado y destacar que no parecieran haber sido mandatos jurídicos los tenidos en cuenta, menos aún, los que impidan sean otros los esquemas que se instrumenten legalmente.

El modelo contenido en la LOH2006, basado en una absurda e irracional concepción de soberanía nacional (control accionarial), resulta contrario a toda lógica y, por ende, al interés nacional. Limitar a una sola alternativa la intervención del sector privado en el ejercicio de la actividad petrolera (empresas mixtas), sin tener en cuenta la diversidad de factores que la impactan, no puede catalogarse sino de un grave error, cuyos resultados están a la vista tras casi dos décadas de ejecutorías (2007-2025).

Un Estado que se reserve una actividad tan importante como la petrolera en el que se adopte un mecanismo de operación como el previsto en la LOH2006, en el que la intervención del Estado debe ocurrir en todos los casos, generándole altas cargas financieras y que se comporta prácticamente igual, cualesquiera sean las características de las áreas, los niveles de inversión demandados, las condiciones del mercado en cuanto a precios y clientes, por tan sólo mencionar algunos, conduce forzosamente al drama que actualmente vive el sector petrolero en el país.

La reserva no puede orientarse hacia otra dirección que a la de la conveniencia nacional. Un Estado como el venezolano, carente de recursos para financiar los ambiciosos proyectos que demanda la reactivación de la industria petrolera, que adoptó un mecanismo de inversión privada nada atractivo en las condiciones actuales del mercado, va contra corriente a lo dispuesto en el artículo 302 de la CRBV. Resulta así necesario sustituir dicho esquema por otro más conveniente, lo que puede, incluso, llegar a lograrse en el marco de la vigente CRBV, a través de una reforma de la LOH o de una nueva ley, en la que se recojan, por ejemplo, modelos similares a los instrumentados en países como México, Brasil y Colombia.

C) Actividad petrolera y finanzas públicas

C.1. Consideraciones generales

Conscientes los constituyentes y legisladores del impacto que históricamente han tenido los hidrocarburos en materia macroeconómica y hacendística en general, han procurado, aunque sin éxito, adoptar medidas dirigidas a lograr la mayor estabilidad en materia monetaria y una apropiada, justa y eficiente distribución de la llamada renta petrolera, no sólo entre los distintos niveles de entidades político-territoriales que integran a la República Bolivariana de Venezuela, sino también, entre sus habitantes.

En ese sentido, es importante recordar que, una cosa es la República Bolivariana de Venezuela y, otra muy distinta, PDVSA y sus empresas filiales. La llamada “renta petrolera”, en estricto sentido, es la que ingresa al Tesoro Nacional de manos de esas últimas corporaciones. A través de la Ley de Presupuesto de la Nación, la República redistribuye la “renta petrolera”, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto, entre otros, por los artículos constitucionales: 4 (solidaridad y unidad económica entre los entes político-territoriales) y 311 (los ingresos que se generen de la explotación de la riqueza del subsuelo propenderán a financiar la inversión real productiva, la educación y la salud). Desde el punto de vista macroeconómico, no debe ignorarse, además, el efecto multiplicador que la sola operación de la IPN produce (contratistas, empleados, etc.) y el papel que ha de jugar el Fondo para la Estabilización Macroeconómica (FEM).

El ejercicio de la actividad petrolera se traduce fundamentalmente en dos grandes fuentes de ingresos para la República, una, de naturaleza patrimonial, otra, de carácter tributario. La primera, integrada básicamente por las regalías, ventajas especiales, bonos exigidos a los accionistas privados de las empresas mixtas y dividendos. A la segunda fuente de ingresos la conforman los impuestos, tasas, contribuciones especiales u otras especies pertenecientes al mundo de la tributación.

C.2. “Renta Petrolera y Estado Federal y Descentralizado”

El artículo 4 de la Carta Magna define a la República Bolivariana de Venezuela como un Estado federal y descentralizado en los términos consagrados por esa Constitución. Dicho Estado se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad y corresponsabilidad.

C.2.1. Principio de Solidaridad Interterritorial

El Principio de Solidaridad Interterritorial exige el comportamiento leal entre los Estados, Municipios y el Distrito Capital, poderes territoriales y el deber

de auxilio recíproco entre la Hacienda central y las Haciendas locales. La solidaridad ha de traducirse en actuaciones que no perturben el interés general, y que tengan en cuenta, por el contrario, la comunidad de intereses que las vincula.

“En definitiva, la solidaridad tiene un doble objetivo: la nivelación de servicios y la convergencia en rentas. Es decir, por una parte, asegura un nivel mínimo en la prestación de servicios públicos fundamentales, por otra, elimina las diferencias de renta y riqueza entre las Comunidades Autónomas”¹³, entre nosotros, los Estados, pero, también los Municipios y el Distrito Capital.

La solidaridad se logra, entre otros, a través de la compensación interterritorial, en virtud de la cual “(...) los Estados más pobres, financieramente débiles puedan estar en (...) condiciones de proveer *standards* comparables de servicios públicos sin dejar de exigir impuestos de mayor severidad que los prevaecientes en los Estados más ricos”¹⁴. No se trata desde luego, de intentar un improbable desarrollo territorial absolutamente equilibrado, coartando la iniciativa y el sano empuje de algunos de los llamados “entes menores”.

C.2.1.1. Transferencias Intergubernamentales

En la materialización del Principio de la Solidaridad Interterritorial, las transferencias de recursos de la Hacienda central a las Haciendas locales juegan un rol fundamental.

Son diversas las modalidades que pueden registrar las transferencias que se adopten con fines de solidaridad interterritorial, siendo todas ellas posibles a la luz del texto constitucional vigente. A los fines de hacer viable la consolidación de la República Bolivariana de Venezuela como un verdadero Estado federal descentralizado, la Carta Magna, ante la necesidad de instrumentar mecanismos que permitieran el fortalecimiento financiero de los distintos entes político-territoriales que la conforman, además de prever a su favor la delegación de fuentes de ingresos propias del Poder Nacional, dentro de ellas, las tributarias (Arts. 157 y 156.13), contempló la adopción de una serie de transferencias, asignaciones y subvenciones. Es así como, en lo que respecta a los Estados, se prevén: (i) El Situado Constitucional (Art. 167.4 CRBV); (ii) los recursos canalizados a través del Fondo de Compensación Interterritorial - FCI- (Art. 167.6 CRBV) y; (iii) las Asignaciones Económicas Especiales (Art. 156. 16 CRBV). En tanto que, en lo que respecta a los Municipios, los derivados del Situado Constitucional y

13 Allan Brewer-Carías, “Informe sobre la Descentralización 1993”. Editorial Arte, C.A. Caracas, 1994. p. 159.

14 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 5.963 Extraordinario del 22 de febrero de 2010.

otras transferencias y subvenciones nacionales o estatales que se creen (Art. 179.4 CRBV).

Situado Constitucional

De acuerdo con el numeral 4 del artículo 167 de la CRBV, el Situado Constitucional es una partida equivalente a un máximo del veinte por ciento del total de *los ingresos ordinarios estimados anualmente por el Fisco Nacional*, la cual se distribuirá entre los Estados y el Distrito Capital en la forma siguiente: un treinta por ciento de dicho porcentaje por partes iguales, y el setenta por ciento restante en proporción a la población de cada una de dichas entidades” (Cursivas nuestras).

Con la reforma de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (LODDT) del 17 de marzo de 2009, se mantuvo vigente a través de su artículo 16, la disposición contenida en su predecesora de 1989, según la cual, a los Estados *“corresponderá además un porcentaje igual al del Situado Constitucional sobre los ingresos ordinarios adicionales que perciba la República, respecto de los originalmente presupuestados”*. En caso de variaciones de los ingresos del Fisco Nacional que impongan una modificación del Presupuesto de la Nación, se efectuará un reajuste proporcional del Situado (Cursivas nuestras).

En virtud de tal disposición, el importe final de la partida presupuestaria llamada “Situado Constitucional” no equivale al veinte por ciento de los ingresos ordinarios estimados al aprobarse la Ley de Presupuesto de un ejercicio determinado, sino que ascenderá al veinte por ciento del monto de los ingresos ordinarios efectivamente percibidos por la República durante el ejercicio de que se trate.

El numeral 4 del artículo 167 de la CRBV, establece, adicionalmente que, en cada ejercicio fiscal, los Estados destinarán a la inversión un mínimo del cincuenta por ciento del monto que les corresponda por concepto de Situado.

Según esa misma norma, a los Municipios de cada Estado corresponderá, en cada ejercicio fiscal, una participación no menor del veinte por ciento del situado y de los demás ingresos ordinarios del Estado del que formen parte.

Tratándose la mayoría de los componentes de la “renta petrolera” de ingresos brutos, puede afirmarse con contundencia que la magnitud del Situado Constitucional depende fundamentalmente de la actividad que desarrolle la IPN.

Asignaciones Económicas Especiales (AEE)

De acuerdo con el numeral 16 del artículo 156 de la CRBV

“Artículo 156.- Es competencia del Poder Nacional:

(...)

16. El régimen y administración de las minas e *hidrocarburos*; el régimen de las tierras baldías; y la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país.

El Ejecutivo Nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido.

La Ley establecerá un *sistema de asignaciones económicas especiales en beneficio de los Estados* en cuyo territorio se encuentren situados los bienes que se mencionan en este numeral, sin perjuicio de que también puedan establecerse asignaciones especiales en beneficio de otros Estados”. (Cursivas nuestras).

El sistema al que se refiere la precitada norma es desarrollado por la Ley de Asignaciones Económicas Especiales (LAEE), publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 5.991 del 29 de julio de 2010, teniendo en cuenta para ello lo previsto en la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno (LOCFG¹⁵).

De acuerdo con el artículo 1 de la LAEE, los recursos por ella regulados (AEE) derivados de minas e hidrocarburos, formarán parte de los ingresos del FCI bajo la administración de la Secretaría del Consejo Federal de Gobierno (CFG).

Por su parte, el artículo 2 de la LAEE, establece que:

“Artículo 2.- Para el cálculo de las asignaciones económicas especiales derivadas de minas e hidrocarburos se procederá de la siguiente forma:

[...]

(1) Del monto total de los ingresos fiscales recaudados durante el respectivo ejercicio presupuestario, por concepto de *tributos y regalías contemplados en la Ley Orgánica de Hidrocarburos y en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Minas, se deducirá el monto correspondiente por concepto de Situado Constitucional.*

(2) Del monto resultante según el numeral anterior, se constituirá un apartado presupuestario equivalente a un porcentaje mínimo de veinticinco por ciento (25%) de dicho monto, correspondiente a asignaciones económicas especiales derivadas de minas e hidrocarburos. Este monto discriminará la cantidad proveniente por el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Minas y la cantidad proveniente por Ley Orgánica de Hidrocarburos” (Cursivas nuestras).

15 Sentencia del Tribunal Constitucional Español 1/82 del 23 de enero.

De acuerdo con el artículo 5 de la ley en comentarios, del monto de las AEE provenientes de la actividad de hidrocarburos, el cinco por ciento se destina a las entidades en las que se desarrollen procesos de refinación o petroquímicos. Ese cinco por ciento se distribuirá entre esos Estados en proporción al crudo refinado en sus territorios. Del setenta y cinco por ciento restante, un setenta por ciento se destina a los Estados en cuyo territorio se encuentren yacimientos de hidrocarburos, y el otro treinta por ciento es distribuido en aquellos Estados en los que no existen tales yacimientos.

Como se desprende con absoluta claridad de la norma antes reseñada, las AEE provenientes de hidrocarburos parten, a efectos de su cálculo, de los ingresos fiscales recaudados por concepto de tributos y regalías contemplados en la LOH, lo que valga observar, se ve hoy día afectado por las limitaciones que establece el artículo 14 de la Ley de Contribuciones Especiales sobre Precios Extraordinarios y Exorbitantes en el Mercado Internacional de los Hidrocarburos (LCEPE), según el cual, el valor de los hidrocarburos a efectos de la determinación de la regalía petrolera, del impuesto de extracción y del impuesto de registro de exportación, por ende, las AEE, tiene un tope máximo de US\$80/1b.

A lo anterior debe agregarse que, al reconocer la LCEPE a la empresa estatal, Fondo de Desarrollo Nacional, C.A. (FONDEN), como destinataria de las “contribuciones especiales” por ella reguladas, afecta a los entes menores en lo que respecta a las AEE y al Situado Constitucional, ya que con tal proceder, por una parte, tales ingresos al no estar contenidos en la LOH quedan por fuera de la base de cálculo de las primeras y, por la otra parte, por efecto del artículo 14 de dicha ley, tienen el tope de US\$80/1bl a efectos de la determinación del importe del segundo.

Según el numeral 3 del artículo 2 de la LAEE, son beneficiarios de las AEE, no sólo los Estados, sino también, las demás entidades político-territoriales (Municipios y el Distrito Capital) y las organizaciones de base del Poder Popular, a las que define la LOCFG, como “la Sociedad Organizada” en consejos comunales, comunas y cualquier otra organización similar.

En nuestra opinión, la implementación de las AEE en los términos contemplados en la ley que las regula desde 2010, en el marco de la LOCFG, atenta en la práctica contra la autonomía y disposición de esos recursos por los Estados, en tanto, por una parte, incluye como beneficiarios a sujetos distintos a los previstos como tales por el Texto Fundamental y, por la otra, supeditada su recepción a la Secretaría del CFG, con una marcada representación y control del Poder Central.

C.2.2. Principio de la Unidad Económica

De acuerdo con el Tribunal Constitucional Español

“(…) la exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado es más imperiosa en aquellos Estados que, como el nuestro, tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de su organización territorial. La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzcan a resultados diferenciales y desintegradores”¹⁶.

El gobierno central si bien debe respetar la autonomía estatal y municipal, no por ello debe dejar de entrometerse en el desenvolvimiento de aquellos entes, el problema por resolver será la delimitación de esta responsabilidad. En primer término, la operación central es legítima cuando se trata de conseguir la igualación fiscal entre varios Estados (Situado y AEE), y la segunda razón reside en la existencia de externalidades o demasías como consecuencias de la acción o inacción de los entes político-territoriales que integran a los Estados (Ej. fluctuaciones en el precio del barril de petróleo, devaluación monetaria e inflación).

Fondo para la Estabilización Macroeconómica (FEM)

La gran dependencia que tiene el funcionamiento del Estado venezolano respecto del comportamiento del mercado de los hidrocarburos obligó en la década de los noventa del siglo pasado a la creación de fondos dirigidos a ahorrar los excedentes obtenidos como consecuencia de las alzas en el precio del petróleo, recursos estos que sólo era posible retirar con miras a financiar gastos públicos cuando se daban ciertas condiciones y circunstancias estrictamente reguladas por la ley (reglas de disciplina), todo lo cual permitía cumplir con ese objetivo de estabilidad económica y financiera, al que luego se refirió el Constituyente de 1999 en su artículo 321 de la CRBV. Según dicha norma,

“Art. 321. Se establecerá por ley un fondo de estabilización macroeconómica destinado a garantizar la estabilidad de los gastos del Estado *en los niveles municipal, regional y nacional*, ante las fluctuaciones de los ingresos ordinarios. Las reglas de funcionamiento del fondo tendrán como principios básicos la eficiencia, la equidad y la no discriminación entre las entidades públicas que aportan recursos al mismo”.

Este mandato fue cumplido por la Asamblea Nacional (AN) a través de la Ley del Fondo de Estabilización Macroeconómica (LFEM), publicada origina-

16 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 38.670 de fecha 25 de abril de 2007.

riamente en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 37.827 de fecha 27 de noviembre de 2003.

De acuerdo con el artículo 11 de la LFEM de 2003, entre los recursos que conformaban al fondo se encontraban, precisamente, los aportados por la IPN, por concepto de ingresos petroleros, medida esta que encontraba total sentido al ser precisamente estos la fuente principal de ingresos públicos en divisas del país, por no decir que la única.

La referida LFEM de 2003 fue reformada en 2007¹⁷, registrando un significativo cambio al excluir a PDVSA de la categoría de aportante de recursos al FEM. Dicho instrumento, había estado precedido por la reforma de la Ley del Banco Central de Venezuela (LBCV) publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 38.232 de fecha 20 de julio de 2005, en cuyo artículo 113 se había contemplado la creación de un fondo dirigido al financiamiento de proyectos de inversión en la economía real y en la educación y la salud; el mejoramiento del perfil y saldo de la deuda pública; así como la atención de situaciones especiales y estratégicas. Este fondo resultó ser el FONDEN, nutrido, entre otros, por recursos aportados por PDVSA.

Aquel esquema, sin embargo, cambió nuevamente con la derogatoria de las disposiciones de la LBCV que regulaban aportes de la estatal petrolera al FONDEN que hizo el artículo 16 de la LCEPE de 2012. Se pasó así de un esquema en el que los ingresos percibidos en exceso por concepto de exportaciones petroleras eran aportados al FEM (hasta 2005), a uno en el que se compartían entre aquel fondo y el FONDEN (2005-2007¹⁸), para finalmente regir, a partir de 2012, uno en el que ingresan únicamente al FONDEN.

Posteriormente, el artículo 125 de la LBCV volvió a experimentar una reforma, esta vez la contenida en el Decreto-Ley publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 6.155 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014, en el que en lo atinente al FONDEN se dispuso que, el BCV tomando en consideración la estimación del nivel adecuado de reservas internacionales operativas que hubiere fijado el Directorio de conformidad con el artículo 87 *eiusdem*, el promedio de las mismas observado en el período, así como su evolución proyectada para el siguiente lapso, transferirá a aquel fondo, si fuere el caso, el excedente correspondiente, a objeto de que sea destinado al financiamiento

17 En Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 38.846 del 9 de enero de 2008, la LFEM fue reformada, con el único propósito se señalar que para el año 2008 no se causarían ingresos en favor de dicho fondo.

18 <https://www.debatesiesa.com/los-fondos-de-estabilizacion-de-noruega-y-venezuela-dos-universos-opuestos/> Consultado: 07 de abril de 2025.

de proyectos de inversión en la economía real, la educación y la salud, el mejoramiento del perfil y saldo de la deuda pública, y para la atención de situaciones especiales y estratégicas.

Adicionalmente, contempla la nueva versión de aquella norma que, la transferencia de recursos al FONDEN se hará mediante la acreditación del saldo correspondiente en una cuenta especial de depósito en moneda extranjera abierta a nombre de dicho fondo en el BCV, con cargo a la cual se ejecutarán los pagos que instruya el fondo para atender los fines antes indicados, bien en moneda extranjera o en bolívares previa venta de las divisas correspondientes al BCV.

Producto de todas esas reformas, se dejó pasar el periodo de bonanza petrolera registrada entre los años 2008 (precio del petróleo US\$130/1bl) - 2014, habiendo registrado el FEM un descenso en sus niveles de los US\$7.111 millones alcanzados en 2001 a los US\$3000 millones que registrados en 2011¹⁹. Según el equipo económico del PNUD, para el año 2023, aquella cifra había aumentado a US\$ 5.518 millones.

C.3. Poder Tributario y la actividad petrolera

C.3.1. Consideraciones preliminares

La controversia en cuanto al ejercicio del poder tributario respecto de la actividad de los hidrocarburos se ha centrado históricamente entre la República y los Municipios y, los argumentos en torno a los cuales ha girado la exclusividad que algunos pretenden reconocer a la primera y, la pretensión, por parte de otros, de admitir un margen de incidencia a los segundos; ha involucrado, no sólo a los textos normativos, sino también, a la jurisprudencia y a la doctrina.

Entre los factores de rango constitucional que suelen relucir al sostener una posición sobre el tema que aquí nos ocupa, destacan: i) atribución constitucional exclusiva al Poder Público Nacional de los impuestos a los hidrocarburos, así como del régimen y administración de los hidrocarburos y a las materias que la Constitución atribuya al Poder Nacional o que le corresponda por su índole o naturaleza (Art. 156 numerales 12, 16 y 33 CRBV); ii) inmunidad de la que gozan las personas jurídicas estatales respecto del Poder Tributario Municipal (Art. 180 CRBV); iii) calificación de la renta proveniente de los hidrocarburos como materia rentística de la competencia nacional (Art. 183.1) y; iv) reserva al Estado de la actividad petrolera (Art. 302 CRBV).

19 Cfr. Cecilia Sosa Gómez, “Análisis de la sentencia de la Sala Política Administrativa del TSJ que reconoce la competencia de los municipios para gravar los servicios de mejoramiento en la explotación de hidrocarburos”. En: Libro Homenaje al Dr. Humberto Romero-Muci. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, AVDT, EJV, Caracas, 2023, p. 1137.

Más allá de aquellas medidas y argumentos de orden constitucional, existen otros, entre los que destacan históricamente: i) el muy controversial artículo 7 de la hoy derogada LOREICH, en el que se establecía expresamente que las empresas a cuyo cargo estuviera el ejercicio de las actividades petroleras reservadas no estarían sujetas a tributos estatales ni municipales y; ii) el Acuerdo aprobado por el Congreso de la República en 1995 que fijó las bases de la llamada “Apertura Petrolera” que, en su Disposición Décima estableció lo propio respecto de las Asociaciones Estratégicas y de los Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas.

Respecto al referido Acuerdo Parlamentario, valga señalar, fue interpuesto un recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad que terminó siendo rechazado el 17 de agosto de 1999 por la CSJ en Pleno Accidental (Exp. 812-829). En dicha decisión fue señalando, específicamente, respecto del tema que aquí nos ocupa que:

“(…), no es que la cláusula décima cuya inconstitucionalidad se aduce, contemple una exención de obligaciones tributarias municipales a favor de las empresas asociadas en los respectivos convenios, pues lo que hace dicha cláusula es simplemente recoger los criterios distributivos de competencias antes analizados previstos en la ley constitucional, definiendo las competencias rentísticas que sólo al poder nacional caben en la materia y que, conforme se ha visto, no atañen al sistema de normas locales, ya que lo contrario – se insiste – implicaría una invasión del Municipio en la materia rentística reservada al Poder Nacional”.

Si bien, ni la CRBV, ni las versiones de la LOH (2001 y 2006), incluyeron normas similares al artículo 7 de la LOREICH (1975), dada la modalidad de ejercicio de las actividades por ellas reservadas (Arts. 11 y 22): i) directamente por el Estado o; ii) indirectamente a través de empresas: ii.i) de su total propiedad y/o ii.ii) mixtas -con participación estatal de más de 50%- y a lo dispuesto en el artículo 180 constitucional, ello terminó resultando relativamente intrascendente, al menos en cuanto al ejercicio de las actividades reservadas, dada la inmunidad que a éstos fue reconocida expresamente. No obstante, como de seguidas veremos, la problemática persiste, especialmente en lo que respecta al eventual ejercicio de actividades primarias bajo modalidades diferentes a las existentes y, muy especialmente, con relación, por una parte, a las actividades no reservadas (Ej. Refinación, industrialización, etc.) y, por la otra, a la prestación de servicios (ordinarios-discretos y operativos). En tal virtud, el tema aquí a ser abordado y la polémica señalada, no sólo sigue encontrando cabida, sino que podría potenciarse.

En lo que respecta a la jurisprudencia, tanto la proveniente de la extinta CSJ como la emanada del TSJ, el intento por precisar el régimen jurídico aplicable a tan compleja materia no ha sido consistente, mucho menos, efectivo. En las diversas sentencias dictadas bajo regímenes de reserva de la actividad petrolera (CN61-LOREICH 1975 y CRBV 1999-LOH 2001-2006), el esfuerzo delimitador del ejercicio del poder tributario se ha basado, entre otras, en criterios como: i) titularidad originaria del crudo extraído hasta su comercialización; ii) carácter reservado o no de la actividad (primarias/secundarias); iii) naturaleza del bien involucrado (crudo en estado natural, petróleo mejorado, productos refinados, subproductos, etc.) y; iv) calificación de la actividad como simple prestación de servicios por particulares a Operadoras o entre Operadoras.

Al análisis de cada uno de estos temas nos abocaremos en lo adelante, tomando en cuenta para ello los argumentos de la doctrina patria, las posiciones de los tribunales nacionales y la normativa vigente en cada oportunidad.

C.3.2. Alcance del poder tributario atribuido por la CRBV al Poder Nacional en materia de hidrocarburos

C.3.2.1.- Reserva de la actividad petrolera (Art. 302 CRBV)

La reserva constitucional respecto de las actividades que tienen por objeto al petróleo (hidrocarburos líquidos) es frecuentemente utilizada como argumento para sostener que los Estados y Municipios no pueden ejercer su poder tributario respecto de ellas. Muestra de lo anterior lo representa la sentencia n° 1892 del 18 de octubre de 2007 dictada por la SC del TSJ, según la cual, “... la actividad directamente relacionada con la industria de los hidrocarburos está reservada al Poder Nacional con base en el artículo 302 de la Constitución, *y su tributación le está también reservada en virtud del numeral 12 del artículo 156 eiusdem, lo que niega la posibilidad de que los municipios graven el ejercicio de esa actividad, dada la restricción que impone el numeral 1 del artículo 183 de la misma Carta Magna*”.

Si bien pareciera claro que en opinión del Máximo Tribunal la reserva al Estado de la “actividad petrolera”, aunada, claro está, a otras normas constitucionales, conlleva a la exclusividad de su gravamen por el Poder Nacional; al haber el constituyente delegado en el legislador la instrumentación de la reserva, la delimitación de su real alcance y efectos no puede establecerse al margen de la LOH.

Respecto de la reserva y el Poder Tributario Nacional, la Académica, Dra. Cecilia Sosa Gómez fundamenta su posición respecto al tema que nos ocupa, precisamente, en el alcance absoluto de la reserva de la actividad petrolera, cuando señala que “... con base en el artículo 302 de la CRBV y a su desarrollo legal (LOH), más allá de las actividades primarias quedan comprendidas otras indus-

trias, explotaciones, servicios y bienes, con el propósito adicional de promover la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, *todo lo cual conduce a que a ellas también se extiendan los efectos de la exclusividad del Poder Tributario Nacional*²⁰.

Precisamente, respecto de este tema, señala la jurista Betty Andrade Rodríguez que

“A los fines de precisar la extensión de dicha atribución de competencias, es necesario determinar el alcance de la noción ‘actividad de hidrocarburos’ (...). De acuerdo con lo que hemos podido observar, esta actividad comprende todas las etapas relacionadas con la producción y comercialización de dicha actividad, esto es, la exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte, almacenamiento, comercialización y conservación de los hidrocarburos, así como lo relativo a los productos refinados²¹”.

Si bien es cierto que la reserva al Estado de una actividad, por lógica, debe abarcar al Poder Tributario aplicable a dicha actividad, la delimitación de ese efecto y su carácter exclusivo depende en definitiva al alcance de esa reserva, de lo contrario, cualquier actividad que tenga por objeto hidrocarburos, incluso tratándose de productos o subproductos de aquellos obtenidos, estaría al margen de la tributación estatal, municipal y distrital, aunque algunas de ellas no se hayan declarado reservadas (Art. 9 LOH - actividades primarias vs. secundarias). No creemos haya sido la intención del constituyente ni del legislador, tampoco, la de nuestros tribunales, atribuir carácter exclusivo e ilimitado al Poder Tributario Nacional en lo que respecta a esta materia. Muestra de ello lo representan las sentencias de la CSJ en Pleno de 1999 y de la SC del TSJ de 2007, así como el artículo 212 de la LOPPM, respecto de los cuales, en ese intento delimitador, vale recordar lo siguiente:

CRBV (Art. 302)

- El alcance material de la reserva comprende únicamente al petróleo (hidrocarburos líquidos).
- El Constituyente delegó en el legislador los términos en que se instrumenta la reserva, pudiendo este darle distintos grados, tanto desde el punto de vista material (primarias/secundarias) como subjetivo (absoluta o relativa).

20 Betty Andrade Rodríguez, *Tributación Municipal a los Hidrocarburos*. En: Temas sobre tributación municipal en Venezuela. Fondo Editorial de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Obras Colectivas 1, Caracas, 20005. p. 369.

21 Sentencia de la extinta CSJ en Pleno del 17 de agosto de 1999 y sentencia N° 1892 del 18 de octubre de 2007 dictada por la SC del TSJ.

- La norma permite que mediante ley orgánica se reserve el ejercicio de otras actividades y bienes de interés público, que ha sido el caso de la inclusión en ella del gas asociado y de lo ocurrido con posterioridad a la LOH2006, con el mercado interno de combustibles líquidos (2008) y los bienes y servicios conexos a las actividades primarias de hidrocarburos (2009).

LOH2006:

- La reserva se refiere a los hidrocarburos líquidos y al gas a ellos asociados.
- Las actividades denominadas por la LOH2006 como primarias son: exploración y explotación de hidrocarburos líquidos en estado natural y el gas a ellos asociados, así como su recolección, transporte y almacenamiento iniciales. De igual manera fueron reservadas al Estado, las obras que la realización de estas actividades requiera.
- La exportación con fines de enajenación del crudo en estado natural y productos reservados por el Ejecutivo Nacional, puede decirse que terminan también estando “reservadas”, por efecto de los artículos 57 y 27.
- No están reservadas al Estado las actividades de refinación e industrialización, así como tampoco la comercialización interna de los productos de ellas obtenidos, salvo por los que indique el Ejecutivo Nacional vía decreto. Tales actividades, sin embargo, se someten a un régimen de licencias y permisos.
- Desde el punto de vista subjetivo, las actividades primarias únicamente pueden ser llevadas a cabo conforme al artículo 22 de la LOH2006 por el Estado, ya sea directamente por el Ejecutivo Nacional o, indirectamente a través de: i) empresas de su exclusiva propiedad y/o; ii) empresas en las que el Estado tenga control de sus decisiones, por mantener una participación mayor al cincuenta por ciento (50%) del capital social (empresas mixtas).

iii) Jurisprudencia:

En cuanto al alcance del Poder Tributario Nacional en materia de hidrocarburos, nuestro Máximo Tribunal tradicionalmente ha expresado su inquietud en cuanto a la necesidad de adoptar un criterio delimitador, habiendo imperado en ese sentido el del “aprovechamiento directo”. Por este, ha entendido, tanto la extinta CSJ (1999), como el TSJ (2004 y 2007), lo siguiente:

La CSJ en Pleno, mediante sentencia del 17 de agosto de 1999 distinguió, a los efectos de la tributación nacional y/o municipal, entre las *actividades que implican auténtica explotación y aquellas en las que no*. El criterio diferenciador

consistía en *la adquisición de propiedad sobre el crudo extraído por parte de las empresas* (que eran una asociación de capital público y capital privado). En caso de que la empresa mixta adquiriese la propiedad del crudo la dejaba al margen de la tributación municipal.

La CSJ entendió, en ese mismo sentido, que “la reserva del poder tributario a favor de la República sobre los hidrocarburos sólo podía afectar a las empresas que se aprovechan de manera directa de esos productos, quedando el resto sometidas a los tributos municipales que se generan por el ejercicio de actividades lucrativas, como cualquier otra empresa.”

Concluye afirmando la CSJ, que:

“La actividad directamente relacionada con la industria de los hidrocarburos está reservada al Poder Nacional con base en el artículo 302 de la Constitución, y *su tributación le está también reservada en virtud del numeral 12 del artículo 156 eiusdem, lo que niega la posibilidad de que los Municipios graven el ejercicio de esa actividad, dada la restricción que impone el numeral 1º del artículo 183 de la misma Carta Magna...*” (Cursivas nuestras).

Por su parte, la SC del TSJ, en su sentencia del 4 de marzo de 2004, señaló que “... las actividades que *escapan de la tributación municipal*, por encontrarse reservadas de manera exclusiva al Poder Nacional, son aquellas que implican una auténtica explotación de hidrocarburos, por cuanto *conlleven la adquisición de propiedad o titularidad de los productos extraídos*.” (Cursivas nuestras).

Finalmente, aquel criterio fue ratificado por la SC en sentencia del 18 de octubre de 2007, con motivo del recurso de interpretación constitucional interpuesto por la empresa Shell Venezuela, S.A., en el cual se solicitó fijar posición sobre el alcance de la potestad que tendrían los entes locales, para gravar con el ISAE a las empresas dedicadas a actividades relacionadas con la industria petrolera. Al respecto sostuvo el Máximo Tribunal que:

“Las limitaciones a la tributación están dispersas en el Texto Constitucional, pero a los efectos de este fallo interesa el numeral 12 de su artículo 156... según el cual corresponde al Poder Nacional “*la creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre (...) los hidrocarburos*”.

En esa disposición se establece de manera expresa que los impuestos sobre los hidrocarburos están reservados al Poder Nacional. Ahora bien, en vista de que no es posible constitucionalmente –como se ha advertido– limitar el alcance del poder tributario de los entes territoriales –pues todos tienen garantizada su autonomía–, cualquier interpretación que se haga de las normas correspondientes ha de ser restrictiva, de lo contrario, se favorecería a un ente en desmedro de otro u otros”.

En este sentido, estima la Sala que *el impuesto al que se refiere el artículo 156.12 de la Constitución sólo puede ser aquél que grave la actividad de aprovechamiento de los hidrocarburos...*. (Cursivas nuestras)

Señaló, asimismo, la SC en el fallo citado, que:

“(...) es fundamental determinar quién tiene la propiedad de los hidrocarburos para a su vez precisar cuál es el ente territorial que puede gravar su aprovechamiento (...)

*(...) la adquisición de propiedad sobre el crudo extraído por parte de las empresas (que eran una asociación de capital público y capital privado). El caso en el que la empresa mixta adquiere la propiedad del crudo quedaba fuera del alcance de la tributación municipal”*²². (Cursivas nuestras)

Lo hasta ahora expuesto confirma lo que hemos venido señalando en cuanto a que el análisis de un tema tan complejo como el que aquí nos ocupa, si bien ha de partir de la reserva consagrada en el artículo 302 de la CRBV, amerita, además, de la evaluación integral del Texto Fundamental, la legislación que la desarrolla y la jurisprudencia consolidada, todo lo cual conduce a precisar el alcance de nociones como: i) “hidrocarburos”; ii) “impuestos a los hidrocarburos”; iii) “actividad de hidrocarburos”; iv) “régimen y administración de los hidrocarburos” y; v) “materias rentísticas de la competencia nacional”.

Al respecto, finalmente debe tenerse presente y, es tal vez allí donde ha radicado la principal fuente de confusión, que en numerosas oportunidades la actividad petrolera se lleva a cabo a través de los “proyectos verticalmente integrados”, casos estos en los que actividades secundarias, aguas arriba o no reservadas, son llevadas a cabo por el mismo sujeto de Derecho que extrajo el crudo, existiendo, por tanto, un único titular del crudo y del producto. En esos casos, con base en lo anterior, no sólo la actividad llevada a cabo (primaria y/o secundaria), sino también quién la ejecuta y a quién pertenece el crudo y el producto a lo largo del todo el proceso, hasta su primera comercialización, deben tenerse presente. En ese escenario, la exclusividad del Poder Tributario Nacional debe imperar. Al tema de terceros, distintos a quien extrajo el crudo que lo adquieran de este y lleven a cabo actividades no reservadas, nos abocaremos más adelante.

C.3.2.2.- Inmunidad de la que gozan las personas jurídicas estatales (Art. 180 CRBV)

Como de seguidas veremos, a la luz de la LOH2006, en lo que respecta al ejercicio de actividades primarias, la reserva subjetiva (Art. 22) disipa cualquier

22 Memorándum dirigido al Dr. Andrés Aguilar. Consultor Jurídico de PDVSA el 30 de noviembre de 1981.

duda en cuanto a la exclusividad de su gravamen por el Poder Público Nacional desde la perspectiva material (Art. 180 CRBV). A pesar de que aquéllas culminan generalmente con la venta del crudo extraído, que no forma parte de las actividades primarias, como hemos señalado, en nuestra opinión, ellas terminan estando también “reservadas”, por efecto de los artículos 27 y 57 de esa misma ley. Además, quien explota, tiene como única fuente de ingreso, por ende, de capacidad económica, la que resulta de la comercialización del crudo extraído (interna o externamente), salvo que pretenda gravarse el incremento patrimonio que representa la propiedad que respecto de él experimenta la Operadora (gravamen al patrimonio).

A la luz de la LOH2006, la anhelada claridad en ese sentido sólo se logra por la vía que abre el artículo 180 constitucional al dotar de inmunidad a las empresas del Estado, dentro de las que quedan incluidas no sólo las de total propiedad de PDVSA (PPSA y CVP), sino también, las empresas mixtas, únicas actualmente facultadas para llevar a cabo esas actividades primarias de manera formal y válida (Art. 22 LOH2006).

Lo anterior, sin embargo, no pone fin al análisis que aquí nos hemos propuesto hacer, este es, la posibilidad por parte de los Municipios de ejercer su poder tributario en algún ámbito del sector de los hidrocarburos líquidos, en tanto la realidad es otra, como hemos venido poniendo en evidencia.

El tema de la inmunidad tributaria respecto de los entes político-territoriales y las entidades públicas por ellos creadas (descentralizadas funcional y empresarialmente) ha sido otro históricamente controversial e igualmente utilizado para excluir el ejercicio del Poder Tributario Municipal respecto del sector de los hidrocarburos. A la luz del artículo 180 de la CRBV, insistimos, tal polémica quedó superada.

Como se ha puesto en evidencia, dada la reserva al Estado de que ha sido objeto la actividad petrolera, incluso desde que se instrumentó a través de la LOREICH (PDVSA y Operadoras de su total propiedad - Lagoven, Maraven y Corpoven, posteriormente, CVP - que pasó de Instituto Autónomo a sociedad anónima Operadora - y PPSA) y; por el esquema actual (LOH2006) de operadoras de total propiedad de PDVSA (CVP y PPSA) y de empresas mixtas, todas, entidades estatales, salvo por la etapa de la Apertura Petrolera (Asociaciones Estratégicas y Convenios de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas - 1995-2007-), las actividades petroleras reservadas han sido llevadas a cabo por ente inmunes, sea por la teoría doctrinaria que se desarrolló en el siglo pasado

(Florencio Contreras Quintero²³) o, actualmente, por efecto del artículo 180 de la CRBV.

Es así como aquella norma constitucional, reconoce inmunidad a los entes político-territoriales frente al Poder Tributario Municipal. Tal inmunidad se asume extensiva a las personas jurídicas por aquellos creadas (Ej. empresas del Estado). Se trata pues de una decisión de política fiscal, basada en la condición de ente público, *en la que no tiene importancia la actividad por ellos llevadas a cabo, sino su condición subjetiva*.

Con base en lo antes expuesto, resultó, por tanto, inválido el esfuerzo efectuado por el legislador al incluir el artículo 212 de la LOPPM, según el cual:

“Artículo 212.- De conformidad con los artículos 183 y 302 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las actividades económicas de venta de productos provenientes de la manufactura o refinación del petróleo ejecutada por una empresa del Estado, no estarán sujetas al pago de impuestos sobre actividades económicas, *no quedan incluidos aquellos productos que se obtengan de una transformación ulterior del bien manufacturado por la empresa del Estado*” (Cursivas nuestras).

La precitada norma, para cumplir el propósito trazado, más allá de referirse a productos obtenidos de la manufactura o refinación, debió precisar, además, que sus ventas debían hacerlas terceros, privados, al margen de unos “proyectos verticalmente integrados”.

Si bien, por efecto del artículo 180 constitucional, el tema que aquí nos ocupa puede resultar irrelevante respecto de las entidades que a la luz de la LOH2006 ejercen actividades primarias, trátese de Operadoras de total propiedad de PDVSA o de empresas mixtas, todas inmunes frente al Poder Tributario Municipal cualquiera sea la actividad que lleven a cabo, la polémica persiste como fue expuesto, no sólo respecto de actividades no reservadas (ejecutadas por entes no inmunes), sino también, respecto de quienes junto a las actividades primarias ejecutan actividades secundarias bajo “proyectos verticalmente integrados”²⁴. Esa

23 Sentencia N° 00166, Expediente N° 2014-1326 SPA-TSJ, en fecha 22 de junio de 2022. Caso: SINCOR

24 El crudo extrapesado debe ser limpiado, y se le agrega diluyente para darle mayor fluidez y facilitar su transporte (mezclado). Esta intervención del crudo no altera su composición química, no siendo equiparable al crudo mejorado. Este último, supone la elevación de sus grados API, sometiéndolo a un proceso de mejoramiento (refinación) que lleva consigo también una actividad de industrialización de la cual se obtienen productos como el coque y el azufre (separación). Esas actividades si bien califican de secundarias, pueden formar parte de un proyecto integrado verticalmente, si la titularidad el insumo y de los productos se mantiene en cabeza de quien lo extrajo.

controversia se exacerbaría aún más, de retornarse a escenarios como los de la “Apertura Petrolera” o de empresas mixtas en las que no se requiera por ley participación estatal mayoritaria (Reforma de la LOH2006). De ahí, la necesidad de fijar un límite; es decir, que el hecho generador de la actividad de hidrocarburos se delimite en parcelas de manera clara en función de las distintas fases y procesos que ellas suponen, guiándose a esos fines, entre otros, por los procesos químicos involucrados, lo cual facilitará que se determinen con exactitud el producto que se está obteniendo y la actividad lucrativa que realmente tiene lugar en cada caso.

Como hemos venido sosteniendo, una cosa es la reserva de la actividad petrolera (Art 302 y LOH2006) y, otra distinta, la atribución exclusiva al Poder Público Nacional de su gravamen (Art. 156.12). Es así como en el contexto de las actividades primarias, en los términos regulados en la LOH2006 es la inmunidad (Art. 180 CRBV) la que prácticamente deja de lado la polémica, pero, si nos planteamos escenarios hipotéticos (Reforma de la LOH2006) en los que entidades sin inmunidad lleven a cabo actividades primarias (Ej. empresas mixtas con participación estatal menor a 50%), aunado a la reserva prevista en el artículo 302 de la CRBV y a su desarrollo en la LOH, serían los numerales 12 del artículo 156 y 1 del artículo 183 constitucionales, los que realmente mantendrían al margen a la tributación municipal, como más adelante veremos. La efectividad de ese valladar a su vez dependería, como lo hemos reiterado, de una regulación más precisa en cuanto a las nociones “impuestos a los hidrocarburos” y “materias rentísticas de la Nación”.

C.3.2.3. Atribución “exclusiva” al Poder Público Nacional de los “impuestos” a los “hidrocarburos” (Art. 156. 12 CRBV)

Con el ordinal octavo del artículo 136 de la CN61 como antecedente, el numeral 12 del artículo 156 de la CRBV dispone que *es competencia del Poder Público Nacional, “La creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos a la renta, sucesiones, donaciones y demás ramos conexos; el capital, la producción, el valor agregado, los hidrocarburos y minas (...) y (...) demás impuestos, tasas y rentas no atribuidos a los Estados y a los Municipios por esta Constitución y la ley (Cursivas nuestras).*

La atribución al Poder Público Nacional de la creación de los “impuestos” a los “hidrocarburos”, en opinión de algunos, conduce a la exclusión absoluta respecto de ese sector al poder tributario del que han sido dotados los Poderes Públicos Estatal y Municipal. En cualquier caso, para hacer semejante afirmación se requiere de un análisis integral de las disposiciones constitucionales y legales, que es al que precisamente nos dedicaremos más adelante, para poder arribar a una conclusión única y global, en ese u otro sentido.

Limitándonos, por lo pronto, al numeral 12 del artículo 156 constitucional, observamos, por una parte, que se trata de una competencia “exclusiva” atribuida al Poder Público Nacional y, por la otra, que abarca “impuestos” a los “hidrocarburos”.

Respecto de la exclusividad de la referida competencia, vale destacar que se trata de una expresión clásica de armonización tributaria. En un Estado federal como el venezolano, en el que coexisten diversos niveles de entes político-territoriales, el reparto del poder tributario es la fórmula más sencilla para no atentar contra las garantías y derechos constitucionales de los contribuyentes que en ellos hacen vida (Ej. capacidad contributiva, libertad económica, propiedad, etc.). Es así como, por ejemplo, sólo corresponde a la República la creación del Impuesto sobre la Renta (ISLR) y, a los Municipios, el Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o, de índole similar (ISAE). Siendo ello así, únicamente corresponde al Poder Público Nacional crear “impuestos” a los “hidrocarburos”.

Ahora bien, la utilización de esa técnica de armonización, más aún, en los términos en que lo hizo la CRBV, impide, insistimos, que una lectura aislada y literal de la norma en cuestión (Art 156.12) sea suficiente para disipar las dudas que históricamente ha encerrado la materia.

La lectura parcial de la norma bajo análisis pudiera generar la impresión de que la atribución de poder tributario en materia de hidrocarburos al Poder Público Nacional se limita a los “*impuestos*” que, como todos sabemos, integran una de las varias especies de los “tributos”. Ello, además de no tener mayor sentido, pierde total razonabilidad si se considera la parte final del numeral 12 en cuestión, en la que se alude como componentes del poder tributario de la República, a “las tasas y otras rentas no atribuidas a los estados y municipios”. En nuestra opinión, se trató simplemente de una falla de técnica en la que incurrieron los constituyentes que, en lugar de utilizar el término “tributos” que era el correcto, recurrieron al de “impuestos”. En tal virtud, tanto los impuestos como las tasas, contribuciones especiales o cualquier otra especie tributaria sobre “hidrocarburos”, deben considerarse incluidas en el poder tributario atribuido con carácter exclusivo al Poder Público Nacional en materia de hidrocarburos.

Aclarado lo anterior, procedemos a concentrarnos en la mención hecha por la norma, precisamente, a los “*hidrocarburos*”, tema este que, al escapar del ámbito estrictamente jurídico, por las razones que a continuación exponemos, se torna altamente complejo.

Si bien es sabido que los hidrocarburos son compuestos formados por átomos de carbono (C) e hidrógeno (H), estos en su estado natural se encuentran mezclados en pequeñas proporciones de nitrógeno, azufre, oxígeno y algunos metales.

Los hidrocarburos se clasifican de acuerdo con dos criterios posibles: su tipo de estructura y los tipos de enlace entre sus átomos (Ej.: propano -alifático-; benceno -aromático-).

Los hidrocarburos en su estado natural se presentan de formas líquida (petróleo), gaseosa (gas) o, sólida (carbón), sin embargo, una vez extraídos de los yacimientos e incluso durante su extracción (libres o asociados), pueden ser objeto de la intervención humana con el propósito de facilitar su movilización y almacenamiento o, para lograr su transformación en productos de mayor valor comercial o utilidad.

Si bien puede quedar claro que el término “hidrocarburos” comprende tanto al petróleo como al gas en su estado natural, lo que no deja del todo claro la norma constitucional en comentarios es hasta dónde llega esa noción, es decir, si se limita a aquellos o abarca también a sus productos manufacturados o refinados (gasolina, gasoil, kerosene, etc.), a las corrientes de industrialización (plásticos, cauchos, solventes, etc.) y a cualquier subproducto (coque y azufre) o derivación subsiguiente (aceites) que, si bien provienen de los hidrocarburos, resultan de procesos industriales en los que se produce la transformación química y/o física del recurso natural (crudo). Estas interrogantes, son algunas de las que impiden que la norma bajo análisis resuelva de manera absoluta el problema aquí planteado, resultando este, inclusive, más controversial, cuando se discute si el petróleo mezclado o mejorado²⁵ -, sigue calificando como hidrocarburo en estado natural.

Más allá de los términos “impuestos” e “hidrocarburos” utilizados por el artículo 156.12 constitucional, otro tema que ha suscitado polémica respecto a esa norma es, si ella se refiere, únicamente, a los “impuestos específicos”²⁶ a los hidrocarburos (Ej. superficial, de registro de exportación o al consumo propio) o, si también comprende a los generales que recaen sobre manifestaciones de capacidad contributiva derivadas del ejercicio de las actividades que los tienen por objeto, directa o indirectamente, quedando por tanto vedados, por ejemplo, tributos como el ISAE, de competencia del Poder Público Municipal.

Respecto de ese tema en concreto es importante destacar el cambio que experimentó la norma de la CN61 (Art. 136.8°) respecto de su par en la CRBV (Art.

25 Es una modalidad de imposición indirecta y se cobra sobre la producción o venta de determinados productos (por ejemplo, licores, cigarrillos, etc.).

26 Federico Araujo y Leonardo Palacios, “Análisis constitucional del poder tributario en materia de hidrocarburos”. Torres, Plaza & Araujo, Caracas, 1995, p. 72.

156.12) que, en opinión de la doctrina mayoritaria, dispuso las dudas existentes en cuanto al tipo de “impuesto” al que está referida. Mientras la norma derogada señalaba como de la competencia del Poder Nacional a “la organización, recaudación y control de (...) *las contribuciones que gravan la producción y consumo de bienes que total o parcialmente la ley reserva al Poder Nacional*, tales como las de alcoholes, licores, cigarrillos, fósforos y salinas; *las de minas e hidrocarburos* (...)”, el numeral 12 del Art. 156 de la CRBV establece que corresponde al Poder Público Nacional, “la creación, organización, recaudación y administración *de los impuestos (...) a los hidrocarburos y minas* (...)” (Cursivas nuestras).

La CN61 aludía a contribuciones a la producción y consumo, seguida de la enumeración de los bienes o sectores delimitadores del poder tributario asignado (ej. licores y cigarrillos). Interrumpía a ese listado, un punto y coma, al que seguía la mención a las minas e hidrocarburos, todo lo cual suscitaba la duda de si estos últimos formaban parte de la referida enumeración (tributos a la producción o consumo) o constituían un rubro aparte (específicos y generales).

La CRBV, por su lado, utiliza el término “impuestos”, seguido de la mención específica de algunos de ellos (Ej. ISLR e IVA), incluyendo en ese grupo a los que recaen sobre hidrocarburos. La norma constitucional vigente excluyó así la mención a “producción y consumo” y el listado de bienes o sectores a ellos vinculados, lo que ha sido asumido, por parte de la mayoría, como una aclaratoria del alcance del poder tributario asignado, en el sentido de que alude tanto a impuestos específicos como a impuestos generales.

No cabe duda que, el numeral 12 del artículo 156 de la CRBV representó un pequeño, aunque importante paso en la aclaratoria del tema que nos ocupa, pudiendo hoy día sostenerse con mayor propiedad que el Poder Tributario Nacional no se limita en la CRBV a los impuestos específicos a los hidrocarburos, sino que comprende también a los generales. Ello, sin embargo, no resuelve la polémica aquí planteada en el terreno de cuál es el alcance de la noción “hidrocarburos” (mezclado, mejorado, derivados, productos, subproductos, etc.) y de las expresiones de capacidad económica que los tengan por objeto o a ellos estén vinculadas a efectos tributarios (renta, patrimonio, ingresos brutos).

C.3.2.4.- Régimen y administración de los hidrocarburos (Art. 156.16 CRBV)

El mismo artículo 156 de la CRBV, atributivo de competencias al Poder Público Nacional, en su numeral 16 dispone que a este corresponde “*El régimen y administración de las minas e hidrocarburos...*”.

Representa otro tema controversial de vieja data el relativo al alcance de la atribución de esta competencia que, valga señalar, existió realmente bajo la vi-

gencia del ordinal 10° del artículo 136 de la CN61, en tanto, en nuestra opinión, también quedó resuelto con la segunda parte del artículo 180 de la CRBV.

Aquella polémica se centró, por muchos años, en sí la atribución del “régimen de los hidrocarburos” comprendía el ejercicio de poder tributario, caso en el cual, el ordinal 10° del artículo 136, representaba el factor decisivo en la atribución de poder tributario exclusivo en esa materia a favor del Poder Público Nacional. A pesar de que insistimos en señalar que esa controversia quedó zanjada con el artículo 180 de la CRBV, vale la pena reseñar, brevemente, la doctrina y jurisprudencia desarrollada en el país al respecto durante la segunda mitad del siglo XX.

A la luz de la CN61 y de la LOREICH, Federico Araujo Medina y Leonardo Palacios Márquez, señalaban que:

“Esta reserva general, referida al régimen y administración de los hidrocarburos (Art. 136.10°), debe entenderse como una competencia exclusiva que abarca todo lo relacionado con la legislación, reglamentación y ejecución, con exclusión de cualquier otra instancia o entidad pública de base territorial, las cuales, por tal reserva, se encuentran impedidas de ejercer cualquier tipo de regulación de naturaleza normativa o de control administrativo.

Los vocablos ‘régimen’ y ‘administración’, fueron empleados por el constituyente originario en la redacción del numeral 10 del artículo 136, en todo el sentido y extensión del significado del vocablo ‘régimen’. Ello abarca cualquier tipo de regulación y control administrativo, organizativo y de *naturaleza tributaria*”²⁷ (Cursivas nuestras).

Ante el ataque efectuado a la validez de la Disposición Décima del Acuerdo aprobado por el Congreso de la República con ocasión de la “Apertura Petrolera”, en el que se establecía la no aplicación de impuestos municipales y estatales a las empresas resultantes de los convenios de asociación, la CSJ en sentencia del 16 de agosto de 1999 sostuvo que:

“(…) reservada la regulación sobre dicha industria en razón del interés nacional que reviste esa actividad al ser uno de los pilares fundamentales en que se sostiene nuestra economía, es lógico que *la regulación en la materia* esté también circunscrita al ámbito nacional por los mencionados numerales décimo y octavo del artículo 136. De este modo, es indefectible concluir *que toda la regulación en la materia, lo que incluye desde luego su tratamiento fiscal, debe quedar plasmada en una Ley nacional y, por tanto, dictada por el Congreso según los extremos dispuestos en el artículo 162 y siguientes de la Constitución*” (Cursivas nuestras).

27 SC del TSJ. Sentencia del 4 de marzo de 2004. Link para acceder a la sentencia: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>. Consultada en fecha 26 de febrero de 2025.

Bajo la vigencia del artículo 180 de la CRBV, según el cual, “La potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades regulatorias que esta Constitución o las leyes atribuyan al Poder Nacional o Estatal sobre determinadas materias o actividades (...)”, la SC del TSJ, en sentencia del 4 de marzo de 2004, con ponencia del magistrado Antonio García García, acabó con la polémica que algunos insistían en mantener viva. Dicha sentencia estableció que:

“La primera parte del artículo 180 de la Constitución fue incluido en ese Texto Fundamental para dar por terminada la discusión doctrinal y jurisprudencial en torno al problema del poder tributario implícito en los casos en que se contemple un poder regulador. Esa primera parte del artículo 180, en consecuencia, sólo ha recogido lo que constituye un principio general y debe ser interpretado como *la imposibilidad de presumir que una competencia reguladora nacional implica necesariamente un poder de tributación exclusivo sobre dicha actividad o materia*. Los Estados y Municipios pueden, por tanto, dictar normas para exigir los tributos que constitucionalmente se les reconocen, *aun en el caso de actividades cuya formación sustantiva corresponde al Poder Nacional*” (Cursivas nuestras)²⁸.

La inclusión de la primera parte del artículo 180 de la CRBV representó así otro importante paso en la delimitación del alcance del Poder Tributario Nacional respecto del sector de los hidrocarburos, en el sentido de que dejó de considerar al numeral 16 del artículo 156 (régimen y administración) de la Carta Magna como piedra angular en la resolución de la antigua polémica en torno a la exclusividad del gravamen a los hidrocarburos por parte de la República. Ello, sin embargo, no le resta valor a dicho numeral, claro está, en el contexto del resto de las normas que lo acompañan en la regulación de la materia.

C.3.2.5.- Calificación de la tributación petrolera como “materia rentística” de la competencia nacional (Art. 183.1 CRBV)

En su momento, doctrinarias como Adriana Vigilancia García y Betty Andrade Rodríguez y, Magistradas, como Hildegard Rondón de Sansó (Voto Salvado: sentencia de la CSJ en Pleno, del 17 de agosto de 1999), insistieron vehementemente en el peso que tenía el numeral 1 del artículo 183 de la CRBV, antes ordinales 1° de los artículos 18 y 34 de la CN61, en la asignación del poder tributario en materia de hidrocarburos.

28 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia n° 1892 del 18 de octubre de 2007. Consultada en línea en: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>. Consultada en fecha 26 de febrero de 2025.

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 183 de la CRBV, “Los Estados y Municipios no podrán crear aduanas, *ni impuestos sobre las materias rentísticas de la competencia nacional*”.

Esta norma que, como señalamos, tiene antecedentes inmediatos en los artículos 18 y 34 de la CN61, ha sido tradicionalmente utilizada como argumento para sostener que la creación de tributos respecto de los hidrocarburos es una expresión de las materias rentísticas de la competencia nacional, motivo por el cual, corresponde únicamente al Poder Público Nacional la imposición a ese sector.

Al respecto, en sentencia n° 1892 del 18 de octubre de 2007 fue acogido el criterio sostenido en el voto salvado de la Magistrada Hildegard Rondón de Sansó en la decisión de 1999, lo que representó un importante avance. De acuerdo con la decisión de 2007:

“(…) lo que se ha querido impedir es que las entidades federadas y locales graven la renta que recibe la República con ocasión del ejercicio de ciertas actividades. *Estima la Sala que ‘materia rentística de la competencia nacional’ es aquella actividad del Poder Nacional capaz de generar una renta, es decir, un provecho económico. La disposición es clara al indicar que se trata de casos en los que la renta se produce como resultado de la competencia nacional, por lo que se excluye cualquier caso en el que la actividad estatal no corresponde a una competencia (asignación de tarea según el Derecho Público), sino a una actividad que se desarrolla de manera idéntica o similar a la de un particular.*

(…)

*Ha destacado con insistencia esta Sala que la actividad económica relativa a los hidrocarburos es una de las materias rentísticas de la competencia nacional, en virtud de que la República se la ha reservado con base en el artículo 302 de la Constitución. La República, así sea a través de empresas organizadas con forma de sociedad mercantil, explota la industria y el comercio de los hidrocarburos y obtiene de ellos una renta”*²⁹ (Cursivas nuestras).

En lo que respecta a las “materias rentísticas de la competencia nacional”, como bien señala el jurista colombiano Mauricio Plazas Vega, resulta obvio que los tributos son fuente de ingresos públicos y, por tanto, parte de las rentas públicas³⁰.

29 Cfr. Mauricio Plazas Vega, “Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario. Las ideas políticas de la hacienda pública”, Temis, Bogotá, 2000, p. 546.

30 * Abogada por la Universidad Católica Andrés Bello, mención cum laude. Master en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela. Doctora en Derecho por la

Una materia rentística pública es toda aquella capaz de generar ingresos en virtud de la normativa existente y que sea de la exclusividad de un ente político-territorial.

Los ingresos públicos pueden tratarse de corrientes de dinero o de bienes que percibe el ente público como contrapartida por su actividad, cualquiera sea el régimen bajo el cual la ejerce; por la liberalidad de quien suministró el recurso (Ej. donaciones) o; por imposición del titular del poder de imperio (tributos). Sin embargo, para calificar a un ingreso público de materia rentística pública, es necesario que reúna ciertas características, entre ellas, que el régimen en función del cual este se obtiene sea de Derecho Público en cuanto a su titularidad (Ej. Poder Tributario y una actividad económica reservada, que no, simplemente sometida a habilitaciones y permisos).

Desde ese punto de vista, resulta claro, entonces, que la tributación a los hidrocarburos es fuente de ingresos públicos y materia rentística de la República. Ello, aisladamente considerado, sin embargo, como hemos puesto en evidencia, sigue sin permitirnos avanzar hasta donde se requiere para poner fin a la controversia a cuyo análisis nos hemos venido dedicando y que se centra en lo que debe entenderse por hidrocarburos y actividades petroleras reservadas.

C.3.2.6.- Aprovechamiento directo de la actividad y titularidad del crudo como criterio de delimitación del Poder Tributario Nacional

Como fue señalado, la comentada sentencia de la SC del TSJ del 18 de octubre de 2007, reiteró lo sostenido en la sentencia de la CSJ en Pleno del 17 de agosto de 1999, en cuanto a la distinción que debe hacerse entre las actividades que implican auténtica explotación de hidrocarburos y aquellas en las que esta no está presente. Según las referidas decisiones, el criterio diferenciador consiste en la *titularidad del crudo extraído*.

A pesar de aquel criterio, en nuestra opinión, este sólo aclara aquellos casos en los que se llevan a cabo actividades primarias reservadas o se ejecutan “proyectos verticalmente integrados”, pero, mantiene las dudas respecto de aquellas actividades que, como la refinación, tienen por objeto hidrocarburos, pero, los ingresos de ellas obtenidos lo son por la prestación de un servicio o por la venta de un producto manufacturado. Se trata, además, de actividades que pueden ser ejercidas por particulares que no gozan de inmunidad y que, si bien se ejercen bajo regímenes de Derecho Público, no están reservadas (Ej. permisos y licencias).

Universidad CEU-San Pablo, Madrid-España. Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Central de Venezuela.

Como hemos venido insistiendo, a efectos de delimitar la exclusividad atribuida al Poder Tributario Nacional respecto de los hidrocarburos, persiste, por una parte, la necesidad de delimitar la noción “hidrocarburos” y, por la otra, la de fijar un criterio que ponga un punto final a la sucesión de operaciones y procesos operativos propios de ese sector.

En lo que respecta a un caso como el de la refinación, llevada a cabo por un particular que adquirió el crudo de quien lo extrajo, podría existir discusión en cuanto a si tiene por objeto hidrocarburos y, a pesar de no estar reservada, debe quedar al margen de los tributos estatales y municipales o, si por generarse manifestaciones de riqueza de la comercialización del producto que de ella se obtiene (Ej. derivados, productos), que no pueden catalogarse de hidrocarburos, ni parte de la reserva, quedan al margen de las materias rentísticas de la República, exclusividad del Poder Tributario Nacional. En ello, quizá, pueda haber diversas respuestas, entre otras, según el tributo de que se trate (específicos, actividad, renta, patrimonio, etc.) y las particularidades bajo las cuales se lleve a cabo la actividad.

Antes de intentar arribar a una conclusión respecto del planteamiento anterior, vale traer a colación la decisión dictada por la SPA del TSJ en fecha 22 de junio de 2022, que lejos de aclarar el tema avivó la polémica en torno a él existente.

Sin pretender entrar en mayores detalles en cuanto a los hechos, es necesario, contextualizar la referida decisión señalando que las empresas PDVSA Petróleo y Gas, S.A. (antes, Maraven, S.A.), Total Venezuela, S.A. y Statoil Sincor A.S. habían celebrado un Convenio de Exploración a Riesgo y Ganancias Compartidas en el marco de la Apertura Petrolera, bajo la vigencia de la LOREICH, aunque ejecutado, parcialmente, bajo la CRBV y la LOH2001.

De acuerdo con la Condición Segunda de los términos del Convenio de Asociación, concluida con éxito la fase de exploración, las siguientes podían ser llevadas a cabo por las empresas Contratantes, por sí mismas (especie de *joint venture* o consorcio) o a través de una nueva empresa por ellas constituida. Las Contratantes optaron por la primera alternativa, aunque con la particularidad de que constituyeron en 1997 a la empresa Sincruos de Oriente C.A. (SINCOR), para que ésta actuara en nombre de ellas en condición de Operadora y mandataria. A esos fines suscribieron un “*Operating Agreement*”, en el que se precisaba que *Las Contratantes adquirirían en propiedad el crudo extraído, mejorado y sus productos, en proporción a su participación porcentual en el proyecto, en tanto que SINCOR, actuaba como Operadora-Mandataria de esas empresas en todo lo relacionado con la ejecución del proyecto, más específicamente en lo relativo a la explotación, producción, transporte, mejoramiento y comercialización de crudos extrapesados*

en la Faja Petrolífera del Orinoco. A cambio de las actividades cumplidas por SINCOR (mandataria), esta recibía de Las Contratantes una remuneración.

Aquellas actividades tenían lugar en los Municipios José Gregorio Monagas y Fernando Peñalver, ambos, del estado Anzoátegui.

De acuerdo con el acta de reparo originalmente dictada por el municipio José Gregorio Monagas, en su jurisdicción ocurría *la “industrialización primaria” del crudo extrapesado (...) consistente en la agregación de diluentes (mezcla) que permitieron su transporte por vía marítima hasta las Plantas procesadoras ubicadas en el Municipio Peñalver, donde tenía lugar “la industrialización secundaria (mejoramiento)” del crudo extrapesado extraídos de la faja del Orinoco convertidos en crudo Zuata Sweet Zuata Sweet API 32°; y Zuata Sweet API 32°.*

Por su parte, SINCOR señaló con base en la declaración de un testigo experto y las results de la inspección judicial evacuadas en Primera Instancia, que el diluyente utilizado para el “mejoramiento” (mezcla) del crudo extrapesado no modificaba la composición ni las características químicas del crudo extraído, en tanto con ello (diluyentes) simplemente se facilitaba su transporte hacia el Municipio Fernando Peñalver.

SINCOR y demás accionantes de primera instancia, señalaron adicionalmente que: “El mejoramiento no es otra cosa que separar del crudo el coque y el azufre, para dejar sólo el crudo que posteriormente se vende para su refinación, en refinarias especiales que sólo aceptan este tipo de crudo. No es verdad que el mejoramiento haga que se venda un bien distinto del crudo; se vende crudo con reducción de azufre y coque a fin de hacerlo refinable (...)”.

Ya encontrándose el caso en el proceso de Segunda Instancia por ante la referida SPA, el testigo experto (INTEVEP) cuya declaración se evacuó en la fase probatoria sostuvo que las actividades primarias que menciona el artículo 9 de la LOH2001 están asociadas a la *separación física* por diferencia de densidades, en tanto que a las que alude el artículo 10, están relacionadas con la *conversión química*, es decir, a la transformación del arreglo molecular de los enlaces. Respecto de estas últimas destacó el testigo experto que, en el caso de los hidrocarburos, esa transformación puede ser una transformación esquelética o por eliminación de ciertos *heteroátomos*, es decir, contaminantes, todo aquello que no sea ni carbono ni hidrógeno (Ej. azufre y coque).

Según el testigo experto, las actividades de conversión química no son actividades primarias y entre ellas se encuentra la refinación. Concluyó así su testimonio sosteniendo que entre las actividades llevadas a cabo por SINCOR se encontraba la refinación, es decir, una actividad secundaria.

Basado en ese testimonio y, en otros argumentos, la SPA sostuvo en cuanto al tema que aquí nos ocupa, que el “... *tratamiento puede ser distinto cuando se trata de empresas privadas que realizan actividades secundarias. Que, en el caso en cuestión, empresas privadas, terminaban comercializando un producto refinado (crudo mejorado - sintético)* y subproductos resultantes de ese mismo proceso de mejoramiento (azufre y coque), lo que debía considerarse una actividad secundaria de hidrocarburos, por ende, gravable con el ISAE.

El sentenciador a efectos de arribar a su decisión aludió, en unos casos de manera acertada y en otros no, al carácter estatal de las empresas y a su inmunidad; a la distinción entre actividades primarias y secundarias; a la diferenciación entre una supuesta industrialización primaria (mezcla - diluyentes) e industrialización secundaria (refinación, mejoramiento); a la distinción entre crudo natural, mezclado, mejorado y sub-productos (azufre y coque), pero, en ningún momento se detuvo a considerar el criterio de la titularidad del crudo y de los productos a los que había venido haciendo referencia el Máximo Tribunal desde 1999 (proyectos verticalmente integrados), así como tampoco se refirió a la caracterización de la relación jurídica existente entre las empresas que habían ejecutado las actividades primaria (Contratantes) y SINCOR (mandataria).

Precisamente, respecto del criterio de la titularidad y al margen de las particularidades del caso de SINCOR, insistimos en que, de no registrarse cambio en la propiedad del crudo, posteriormente convertido en un producto refinado, cuya única comercialización, por tanto, es la efectuada por quien lo extrajo (proyectos verticalmente integrados), siguiendo las sentencias de 1999 y 2007, no debe mediar tributo municipal alguno. Este pareciera haber sido el caso de las empresas mandantes de SINCOR, en el que, además, tampoco tomó en cuenta el sentenciador el tema de la territorialidad del ejercicio de las actividades, en el sentido de que a lo que se llamó “industrialización primaria”, no equiparable a la refinación, ocurría en el Municipio José Gregorio Monagas y, a la que se llamó “industrialización secundaria – refinación”, ocurría en el Municipio Peñalver.

En el caso de que quien refine lo haga en carácter de prestador de ese servicio a quien extrajo el crudo, la actividad ejecutada sí sería gravable como servicio en cabeza de quien lo haya prestado (SINCOR), pero no en cabeza del extractor, único vendedor del producto refinado.

En el supuesto de quien adquiera crudo de una Operadora para refinarlo (Licenciario) y comercializar el producto de ese proceso obtenido o quien adquiera un producto manufacturado para someterlo a un proceso de industrialización subsiguiente (permisado), en principio también sería gravado con el ISAE, salvo que pueda alegarse el argumento de que la refinación y las corrientes de indus-

trialización también forman parte de las materias rentísticas de la República, argumento este al que descartaremos más adelante.

C.2.2. Consideraciones finales

Reiteramos que, si bien puede estar claro que: i) el término “hidrocarburos” comprende al petróleo, al gas en su estado natural y al carbón; ii) que el poder tributario a los hidrocarburos asignado al Poder Público Nacional incluye no sólo a los impuestos, sino a cualquier tributo, sean estos, específicos o generales; iii) que el régimen y administración de los hidrocarburos asignado al Poder Público Nacional es cosa distinta al Poder Tributario Municipal y; iv) que las empresas del Estado son inmunes al Poder Tributario Estatal y Municipal, siguen pendientes de aclaratoria muchos otros temas, respecto de algunos de los cuales fijaremos esquemáticamente nuestra posición, conscientes de la necesidad que existe de seguir ahondando al respecto.

1.- Reserva de la actividad petrolera consagrada en el artículo 302 de la CRBV

- Resulta lógico concluir que, el alcance y efecto de la reserva consagrada en el artículo 302 constitucional, comprenda el ejercicio del poder tributario al que alude el artículo 156.12 *eiusdem*, de manera que es claro que el ejercicio de las actividades primarias a que se refiere el artículo 9 de la LOH2006, no pueden ser gravadas por los entes menores.
- Dada la complejidad que encierra el ejercicio de actividades en el sector petrolero que van más allá de las actividades a que se refiere el artículo 9 de la LOH de 2006, con base en la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, únicamente pueden ser gravadas con tributos nacionales las empresas que efectivamente se aprovechan de los hidrocarburos, en ello, la titularidad del crudo extraído hasta su comercialización en estado natural o como producto, es determinante.
- Quiénes desarrollen “proyectos verticalmente integrados”, aun cuando terminen obteniendo sus ingresos de la comercialización de productos derivados de hidrocarburos, sólo pueden ser gravados con tributos nacionales.
- La titularidad del crudo es, hasta el momento, el criterio más adecuado a esos fines, en el sentido de que debe reconocerse que quien explota, si bien se hace propietario del crudo, registra capacidad contributiva una vez comercializa el crudo o su producto refinado, salvo que pretenda gravarse el incremento patrimonial representado por el crudo extraído menos la regalía en especie.

2.- Inmunidad de las personas jurídicas estatales consagrada en la segunda parte del artículo 180 de la CRBV

- Bajo el esquema consagrado en la LOH de 2006, en la LOREMIHL (2008) y en la LOREBSC (2009), en el que quienes llevan a cabo las actividades objeto de esos instrumentos son empresas del Estado, únicamente corresponde al Poder Público Nacional gravarlas.
- De producirse un cambio en el esquema subjetivo de aquellas reservas, pudiendo llevar a cabo las referidas actividades entes privados o mixtos con participación estatal minoritaria, la inmunidad consagrada en la segunda parte del artículo 180 no resultaría aplicable.

3.- Exclusividad del Poder Tributario Nacional por efecto del numeral 12 del artículo 156 de la CRBV

- Comprende todo tipo de tributo: impuestos, tasas, contribuciones especiales y cualquier otra especie de aquellos que se reconozca.
- En el caso de los impuestos, abarca tanto a los específicos como a los generales.
- La noción “hidrocarburos”, comprende petróleo, gas asociado y no asociado y carbón. En estricto sentido no debería abarcar productos derivados de procesos de refinación y corrientes de industrialización, salvo por el efecto de la aplicación de criterios complementarios, como la titularidad del crudo con el que se llevan a cabo estas actividades (proyectos verticalmente integrados).
- El petróleo mezclado debe seguir considerándose crudo en estado natural, en tanto que el mejorado, ha sido calificado por la SPA del TSJ, como un producto refinado.

4.- Régimen y administración de los hidrocarburos atribuida como competencia del Poder Público Nacional por el artículo 156.16 de la CRBV

- La competencia al Poder Nacional del régimen y administración de los hidrocarburos, no es un argumento autónomo para considerar la exclusividad del Poder Tributario Nacional en materia de hidrocarburos, tal como se desprende de la primera parte del artículo 180 de la CRBV.
- Dicho argumento junto a otros, contribuye a fijar una posición sólida en cuanto a la exclusividad del Poder Tributario Nacional en materia de hidrocarburos.

5.- Calificación de la tributación petrolera como materia rentística de la competencia nacional prevista en el artículo 183.1 de la CRBV

- Los tributos que gravan a los “hidrocarburos” y a “actividad petrolera”, reservada, son materias rentísticas de la competencia nacional, por ende, gravables exclusivamente por el Poder Público Nacional.
- Quien realiza actividades de refinación como un prestador de servicios o por haber adquirido el crudo de quien lo extrajo, si bien lleva a cabo dichas actividades bajo un régimen de licencias y permisos que, consideramos no puede equipararse al de la reserva, por más de ser de Derecho Público, deberían quedar al margen de la exclusividad del Poder Tributario Nacional, pudiendo ser gravadas con el ISAE.

Bibliografía

- ANDRADE RODRÍGUEZ, Betty. *Tributación Municipal a los Hidrocarburos*. En *Temas sobre Tributación Municipal en Venezuela*. Fondo Editorial de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Obras Colectivas 1, Caracas, 2005.
- ARAUJO MEDINA, Federico y PALACIOS, Leonardo. *Análisis constitucional del poder tributario en materia de hidrocarburos*. Torres, Plaza & Araujo, Caracas, 1995.
- AUTORES VARIOS. *Financiación de las Comunidades Autónomas y Corresponsabilidad Fiscal*. Fundación Bancaixa. Valencia, España, 1996.
- BREWER CARÍAS, Allan. *Informe sobre la Descentralización 1993*. Editorial Arte, C.A. Caracas, 1994.
- CARMONA BORJAS, Juan Cristóbal Carmona, *Régimen Jurídico de la Actividad Petrolera en Venezuela*. Tomos I y II., Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2016.
- HERNÁNDEZ, José Ignacio. *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Colección Estudios Jurídicos n° 83. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2006.
- PLAZAS VEGA, Mauricio. *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario. Las ideas políticas de la hacienda pública*, Temis, Bogotá, 2000.
- SANSÓ, Benito, *Aspectos jurídicos de la nacionalización de la industria del hierro en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana. Colección Monografías Jurídicas n° 8, Caracas, 1977.
- SOSA GÓMEZ, Cecilia. *Análisis de la sentencia de la Sala Político Administrativa del TSJ que reconoce la competencia de los municipios para gravar los servicios de mejoramiento en la explotación de hidrocarburos*. En: Libro Homenaje al Dr. Hum-

- berto Romero-Muci. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, AVDT, EJV, Caracas, 2023.
- TURUPHIAL, Héctor. *Teoría general y régimen jurídico del dominio público en Venezuela*. FUNEDA, Caracas, 2008.
- VIGILANZA GARCÍA, Adriana. *Federación descentralizada. Mitos y realidades en el reparto de los tributos y otros ingresos entre los entes político-territoriales en Venezuela*, Ángeles Editores, Maracaibo, 2010.
- http://estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/221.htm - Consultada en fecha 24 de mayo, 2020.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español 1/82 del 23 de enero.
- Link para acceder a la sentencia: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>
- Link para acceder a la sentencia: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>
- Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 38.670 de fecha 25 de abril de 2007.
- Ley Orgánica del Poder Público Municipal, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 6.015, en fecha 28 de diciembre de 2010.
- Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 5.963 Extraordinario del 22 de febrero de 2010.
- Reforma el Decreto Ley N° 1.510 con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicado en la GO. N° 37.323 de fecha 13/11/2001. Con reimpresión en Gaceta Oficial de la República bolivariana de Venezuela N° 38.443 de fecha 24 de mayo de 2006.
- Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno, publicada en Faceta Oficial Nro. 5.963 Extraordinario, en fecha 22 de febrero de 2010.
- Ley del Fondo de Estabilización Macroeconómica, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.827 de fecha 27 de noviembre de 2003.
- Ley del Fondo de Estabilización Macroeconómica, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.670 de fecha 25 de abril de 2007.
- Ley del Fondo de Estabilización Macroeconómica, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.846 del 9 de enero de 2008.
- Ley de Asignaciones Económicas Especiales (LAEE), publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.991 del 29 de julio de 2010.
- Ley del Banco Central de Venezuela (LBCV) publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.232 de fecha 20 de julio de 2005.
- <https://www.debatesiesa.com/los-fondos-de-estabilizacion-de-noruega-y-venezuela-dos-universos-opuestos/> Consultado: 07 de abril de 2025.

La organización administrativa en el marco de la Constitución de Venezuela de 1999 (balances y perspectivas)

María Amparo Grau¹

Me complace especialmente participar en esta obra para celebrar los 50 años de actividades del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, no sólo porque es esta Universidad mi alma mater, sino porque con ella he estado y sigo estando vinculada en labores académicas por más de 40 años. Además, es particularmente importante para mí tener la oportunidad de conmemorar los 50 años de actividad de su Instituto de Investigaciones Jurídicas, porque en ese centro trabajé cuando cursaba el segundo año de la carrera de derecho, bajo la coordinación de su directora de entonces, la dra. Cecilia Sosa Gómez. Hoy el Instituto se encuentra dirigido por otro extraordinario académico, el profesor César Carballo Mena, quien acertadamente lo conduce, cumpliendo la importante función de estudio y difusión del conocimiento jurídico tan necesario para el apuntalamiento del orden requerido para que sea posible una pacífica y armónica convivencia social.

El tema a desarrollar se titula “La organización administrativa en el marco de la Constitución de Venezuela de 1999 (balances y perspectivas)”, y, a tales efectos, vamos a destacar cuáles cambios se realizaron en la Constitución de 1999 respecto de la Constitución de 1961 y haremos algunos comentarios en relación a su ejecución.

1. Los Principios de Organización del Estado

La Constitución de 1999, al igual que la Constitución de 1961, y toda Constitución en general, contiene disposiciones atinentes a la organización del Estado y de los órganos del Poder Público. Se basa esta organización del Poder en tres

1 Socia Senior de Badell & Grau Despacho de Abogados. Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello, meción cum laude. Máster en Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Máster en Derecho Administrativo en la Universidad San Pablo CEU, Madrid. Doctora en Derecho de la Universidad San Pablo CEU, Madrid. Profesora titular de la Universidad Católica Andrés Bello.

principios fundamentales: la separación de los poderes, la legalidad de la competencia y la responsabilidad del Estado. De manera que el Poder Público se divide desde la perspectiva de las funciones del Estado en diferentes ramas integradas por órganos con competencias específicas. A estas estructuras orgánicas que conforman las distintas ramas del Poder corresponde el ejercicio típico y propio de una función estatal, las cuales ejercen cada una de ellas de forma independiente de las otras, aunque eventualmente la colaboración pueda llevar a que esta separación funcional no sea absolutamente rígida y puedan los órganos del poder ejercer funciones de naturaleza similar a la que se atribuye de forma típica y propia a ramas distintas a las que estos pertenecen.

La Constitución de 1961 contemplaba estos principios de forma casi idéntica a como hoy lo hace la Constitución de 1999. El artículo 118 disponía: “Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.”. El artículo 136 de la Constitución de 1999 lo repite a la letra en el segundo párrafo, en el cual se lee: “Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.”. En lo que innova el artículo 136 es en el primer párrafo que se agrega para definir cómo se verifica esta división del Poder desde la perspectiva territorial, y en el nivel nacional, desde la perspectiva funcional, al establecer: “El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.”. Esta división territorial y funcional se encontraba de igual forma regulada en varias disposiciones en el texto de la Constitución de 1961, con la única diferencia de que las ramas del Poder eran sólo las de la clásica trilogía del constitucionalismo moderno (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), pero la Constitución de 1999 añade dos nuevos Poderes para agrupar órganos ya existentes bajo la Constitución de 1961, que se consideraban por la jurisprudencia del Alto Tribunal como Administraciones Públicas Constitucionales Autónomas². Los dos nuevos poderes están entonces integrados

- 2 Este pronunciamiento se produjo a raíz de demandas de nulidad por inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios que incluía en su ámbito de aplicación al Consejo Supremo Electoral, la Contraloría General de la República, el Consejo de la Judicatura y la “Fiscalía General de la República” (sic). La Corte Suprema determinó que, si bien la naturaleza de estos órganos era de carácter administrativo, no podían incluirse como parte de la Administración Central o Descentralizada de la República. La ley en efecto ejecutaba el exhorto del artículo 2 de la enmienda constitucional de 1983 que disponía: *“El beneficio de jubilación o de pensión se regulará en una ley orgánica a la cual se someterán todos los funcionarios o empleados públicos al servicio de la Administración Central o Descentralizada de la República de los Estados o de*

por estas antes consideradas Administraciones Constitucionales Autónomas (con excepción del Defensor del Pueblo y el Consejo Moral Republicano que son nuevos órganos creados por la Constitución de 1999). Así, se han añadido el poder electoral (Consejo Nacional Electoral y otras autoridades electorales) y el poder ciudadano (Ministerio Público, Contraloría General de la República y Defensoría del Pueblo, y los tres reunidos integran el Consejo Moral Republicano).

El principio de legalidad estaba contenido en el artículo 117 de la Constitución de 1961: “La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio” y se mantiene hoy igual con pequeños cambios de redacción en el artículo 137 de la Constitución de 1999: “La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.”

La responsabilidad del Estado, finalmente, se deduce de varias disposiciones similares en ambas Constituciones, en base a las cuales el Supremo Tribunal ha construido la teoría de una responsabilidad autónoma, distinta del régimen del derecho común, de rango constitucional y con la nota característica de ser una responsabilidad objetiva e integral³ y, en el caso de la administración pública, la responsabilidad del Estado se consagra además de forma especial, en ambos textos, con la previsión constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa (en la Constitución de 1961, en el artículo 206 y en la de 1999, en el artículo 259, que sólo se ha modificado para incluir el contencioso de los servicios públicos).

2. La Organización Administrativa

La Constitución de 1999, al igual que la de 1961, contempla la organización administrativa, distinguiendo desde la perspectiva orgánica tres tipos de administraciones públicas. Las administraciones central y descentralizada, y las administraciones constitucionales autónomas.

La primera de las categorías mencionadas se compone de la estructura orgánica que integran las ramas ejecutivas en los distintos niveles territoriales y actúan bajo la personalidad jurídica de los respectivos entes territoriales. La administra-

los Municipios. (...)”, y, por ende, la ley no debía incluir otros órganos que además contaban con normas propias de jubilación. La decisión determinó entonces que esos órganos no eran administración pública central ni descentralizada sino órganos constitucionales autónomos, calificándolos por oposición como administración pública “acentralizada”. Vid. sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de fecha 22 de mayo de 1990, caso L. Jiménez y otros en nulidad, cit. en Jurisprudencia Venezolana, Tomo CXII, 1990, segundo trimestre, Ramírez y Garay, S.A., Caracas, 1990. Pp. 581-589.

- 3 Sentencia N° 2818 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 19 de noviembre de 2002, caso *Carmona*.

ción pública nacional central se desenvuelve bajo la personalidad jurídica territorial de la República (artículos 225 al 252 de la Constitución de 1999, y artículos 181 al 203 de la Constitución de 1961); la administración pública estatal central bajo la personalidad jurídica territorial de los Estados (artículos 160 y 161 de la Constitución de 1999, y artículos 21 al 24 de la Constitución de 1961); y la administración pública municipal central bajo la personalidad jurídica territorial de los Municipios (artículo 174 de la Constitución de 1999 y los artículos 25 de la Constitución de 1961 en concordancia con la ley que regula el régimen municipal). Además, hay que tener en cuenta la figura del Distrito que surge de la agrupación de varios municipios y que pueda dar lugar a un poder ejecutivo distrital⁴ y de allí a una administración pública distrital central, la cual se desenvolverá bajo la persona jurídica distrital (artículos 18 y 170 de la Constitución de 1999 y artículo 28 de la Constitución de 1961)⁵.

La administración pública descentralizada, la cual puede igualmente ser nacional, estatal, municipal o distrital, es aquella que se compone de organizaciones administrativas creadas en los distintos niveles territoriales con personalidad jurídica propia, es decir, que actúan en base a su propia personalidad jurídica distinta de la persona jurídica del ámbito territorial al cual pertenecen. Así existe una administración pública nacional descentralizada, una administración pública estatal descentralizada, y una administración pública municipal descentralizada e igualmente administraciones públicas distritales descentralizadas. Los entes de la administración descentralizada se clasifican a su vez, por su forma de creación, en entes de derecho público y entes de derecho privado e igualmente estos se distinguen por su inserción en la organización del Estado. Aquí se incluyen los institutos autónomos, las empresas del Estado, los entes asociativos y las fundaciones creadas por el Estado, clasificación que adopta la Ley Orgánica de la Administración Pública (artículos 15, 29, 32, y 98 al 117).

Sobre la administración descentralizada y sus entes, la Constitución de 1961 limita la creación de los institutos autónomos, al exigir que ella sea efectuada por ley (artículo 230); asimismo se refiere a los entes descentralizados de forma incidental en varias normas, el artículo 140, por ejemplo, al regular la incompatibilidad para el cargo de senador y diputado menciona a los institutos autónomos

4 Además de los entes distritales que surjan por la unión de varios municipios, hay que tener en cuenta la previsión del artículo 18 de la Constitución referida a un “gobierno municipal a dos niveles” que abarque los Municipios del Distrito Capital y los correspondientes del Estado Miranda.

5 Aunque el Distrito no forma parte de la división político territorial del poder, debemos considerarlo a los efectos del tema que desarrollamos en este trabajo, desde es producto de un mecanismo de organización municipal que da ciertamente origen a órganos administrativos.

y empresas del Estado; en el artículo 160 se refiere a los institutos autónomos al regular los poderes de investigación del parlamento; el artículo 235 sobre la posibilidad de extender a los institutos autónomos los poderes de control de la Contraloría General de la República; la disposición transitoria décima también menciona a dichos institutos cuando contempla la sanción aplicable a quienes incumplan el deber de colaboración en las investigaciones del Congreso que dispone el artículo 160 antes mencionado.

La Constitución de 1999 mantiene la regulación del artículo 230 de la Constitución de 1961 en el sentido de limitar la creación de los institutos autónomos, al exigir que lo sean por ley (hoy artículo 142), y además agrega esta norma que “Tales instituciones, así como los intereses públicos en corporaciones o entidades de cualquier naturaleza, estarán sujetos al control del Estado, en la forma que la ley establezca”. De forma incidental también se mencionan cuando, por ejemplo, se mantiene la incompatibilidad para el cargo de diputado a la Asamblea Nacional de los presidentes y directores de los institutos autónomos, aunque en la Constitución vigente se agrega también a los de las empresas del Estado.

La Constitución de 1999 regula más el tema de la descentralización funcional porque se promueve la participación del Estado en la economía. En este sentido, al definirse el régimen económico, en el artículo 299, se contempla la iniciativa pública conjuntamente con la privada para realizar actividades que favorezcan el desarrollo armónico de la economía. Esta disposición que coloca a la par la iniciativa pública y privada se complementa con la norma subsiguiente, el artículo 300, conforme al cual “La ley nacional establecerá las condiciones para la creación de entidades funcionalmente descentralizadas para la realización de actividades sociales o empresariales, con el objeto de asegurar la razonable productividad económica y social de los recursos públicos que en ellas se inviertan.” Esta nueva disposición en efecto reconoce la actividad no sólo social, sino también económica del Estado, limitándola, sin embargo, de forma expresa, por el principio de racionalidad del gasto⁶.

Además de estas disposiciones hay que destacar la posibilidad de reservarse áreas de la economía, la Constitución de 1961 ya la disponía para el caso de “de-

6 Estas normas en todo caso no pueden justificar la protagónica actividad empresarial del Estado de los últimos años ni la desmedida acción estatal en contra del sector privado. Si bien no se establece en nuestra Constitución el principio de subsidiariedad estatal en materia económica, por su naturaleza, la actividad económica pertenece al ámbito de los particulares y el Estado, órgano de Poder, sólo podría asumir el rol de empresario de forma excepcional, siempre limitado por una razón condicionante de un interés público, la libre competencia, la racionalidad del gasto y el respeto a los derechos económicos de los particulares, la libre empresa y la propiedad privada.

terminadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional”, propendiendo incluso a “la creación y desarrollo de una industria básica pesada bajo su control” y dejando a la ley la determinación del régimen jurídico de “las industrias promovidas y dirigidas por el Estado” (artículo 97). La Constitución de 1999 dispone esta posibilidad de reservarse actividades económicas y además establece la reserva al Estado, mediante la ley orgánica respectiva, de la actividad petrolera (artículo 302), norma que se complementa con el artículo 303 conforme al cual: “Por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando la de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela.”.

Además de la regulación constitucional de la organización administrativa a nivel central en los distintos ámbitos territoriales y de la descentralización funcional mediante normas que hacen referencia a dicho mecanismo y a los institutos autónomos y empresas del Estado, se regula constitucionalmente un tercer tipo de órganos administrativos. Como antes se dijo, en la Constitución de 1961 también se encontraban órganos que no se insertaban en ninguna de las ramas del Poder Público Nacional, a saber, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Consejo de la Judicatura y en una referencia genérica del artículo 113 se contemplaban los organismos electorales, calificados todos ellos por el supremo tribunal como administraciones públicas constitucionales autónomas que, al igual que la administración centralizada, carecían de personalidad jurídica y, por tanto, sus actuaciones y la responsabilidad por ellos se atribuían a la persona jurídica República. Si bien estos órganos pasaron bajo la Constitución de 1999 a integrar dos nuevas ramas del Poder Público (la ciudadana y la electoral) salvo el caso del Consejo de la Judicatura el cual se sustituyó por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura creada por el Tribunal Supremo de Justicia e inserta en el Poder Judicial (artículo 267), siguen existiendo este tipo de Administraciones Públicas Constitucionales Autónomas. En efecto, en la Constitución de 1999 se encuentran nuevas organizaciones que no se insertan en ninguna de las ahora cinco ramas del Poder Público, estas son, el Consejo Federal de Gobierno (artículo 185), el Banco Central de Venezuela (artículo 318) y el Consejo de Defensa de la Nación (artículo 323).

Hay que tener en cuenta que el Consejo de Defensa de la Nación lo incluimos como un órgano constitucional autónomo porque se crea en la Constitución y la norma de creación se ubica fuera de las regulaciones de las distintas ramas del poder público (legislativa, ejecutiva, judicial, ciudadana y electoral), en el Título relativo a la seguridad de la nación, en el artículo 323, definiéndolo como

un órgano de consulta del poder público en general y no del Poder Ejecutivo, como sí ocurre con el Consejo de Estado que está regulado en el artículo 251 de la Constitución dentro de las disposiciones del Poder Ejecutivo y está definido como órgano de consulta del Gobierno y la Administración Pública Nacional. Sin embargo, en la Ley Orgánica de la Administración Pública se incluyen ambos, tanto el Consejo de Estado como el Consejo de Defensa de la Nación, junto a la Procuraduría General de la República, en el artículo 44, como órganos de consulta del nivel central de la Administración Pública Nacional. Esto no conlleva en nuestra opinión a desconocer el carácter constitucional y autónomo del Consejo de Defensa de la Nación por las razones antes explicadas, debe entenderse esta inclusión como que en efecto el Consejo de Defensa de la Nación puede considerarse órgano de consulta del Ejecutivo Nacional, pero es a su vez órgano de consulta de otros poderes del Estado en materia de seguridad.

Por otra parte, de estos organismos mencionados como administraciones públicas constitucionales autónomas destaca que el Banco Central de Venezuela, a diferencia de los anteriores de la Constitución de 1961 y de los otros dos previstos en la Constitución de 1999 (Consejo Federal de Gobierno y Consejo de Defensa de la Nación), tiene personalidad jurídica propia⁷, dando lugar su consagración constitucional a la figura novedosa de una administración constitucional personificada que la distingue de los organismos constitucionales autónomos propiamente dichos que carecen de ella.

3. La Administración Pública Nacional Central

La administración pública que se define como la estructura que integra la rama ejecutiva en el nivel nacional encuentra una buena regulación constitucional. La Constitución de 1999 contiene las siguientes innovaciones:

3.1. Creación del cargo de vicepresidente ejecutivo

Se incluye la figura del vicepresidente ejecutivo (artículos 238 a 241), el cual se define como “órgano directo y colaborador inmediato del Presidente o Presidenta de la República en su condición de Jefe del Ejecutivo Nacional”. Bastante similar a la definición de los Ministros a los que el artículo 242 califica como “órganos

7 En sentencia N° 259 del 31 de marzo de 2016 la Sala Constitucional estableció:

“En conclusión, el Banco Central de Venezuela es una persona jurídica de derecho público, de rango constitucional, dotado de autonomía para el ejercicio de las políticas de su competencia, que no forma parte ni de la Administración Central ni de la Administración Descentralizada funcionalmente, sino que, atendiendo a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que lo regulan y que han sido desarrolladas por la Ley Especial que lo rige, forma parte de la llamada Administración con autonomía funcional.”

directos del Presidente de la República”, ambos integran, junto al Presidente, el Consejo de Ministros.

La diferencia estriba en el rango jerárquico que se deriva de sus funciones, previstas en el artículo 239, conforme al cual le corresponde: no un área de las competencias nacionales como es el caso de los Ministros, sino en general colaborar con el presidente en la dirección de la acción del Gobierno. Desde la perspectiva jerárquica, el vicepresidente coordina la Administración Pública Nacional de acuerdo con las instrucciones del presidente y le propone el nombramiento y la remoción de los Ministros. Además, el Vicepresidente Ejecutivo preside el Consejo de Ministros, previa autorización del presidente y suple las ausencias temporales⁸ del Presidente, cuestión que bajo la Constitución de 1961 hacía el Ministro que fuera designado a estos efectos. También en el caso de falta absoluta, cuando esta se produzca durante los primeros cuatro años del período constitucional, este se encargará de la presidencia mientras se proceda a una nueva elección universal y directa dentro de los treinta días consecutivos siguientes. En caso de que la falta absoluta se produzca durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo asumirá la presidencia de la República hasta el fin del período (artículo 233).

3.2. Creación del Consejo de Estado:

Se crea la figura del Consejo de Estado (artículos 251 y 252 de la Constitución y 44 y 86 de la Ley Orgánica de la Administración Pública), como órgano de consulta del Gobierno y la Administración Pública Nacional y presidido por el Vicepresidente Ejecutivo. Este organismo también ha sido regulado mediante un Decreto con Rango y Fuerza de Ley identificado con el número 8.791 publicado en la Gaceta Oficial N° 39.865 de fecha 15 de febrero de 2012.

3.3. Ampliación del poder de autoorganización del Ejecutivo Nacional:

Se modificó la potestad de normar la organización de la Administración, aumentándose el poder de autoorganización, al otorgarse al presidente de la República la facultad de “Fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica (artículo 236, numeral 20). La Constitución de 1961 reservaba directamente a la ley

8 Las faltas temporales, según el artículo 234, serían hasta por noventa días, prorrogables por decisión de la Asamblea Nacional por noventa días más. En caso de que ésta se prolongue por más de noventa días consecutivos, entendiéndose que se refiere a los de la prórroga, la Asamblea Nacional decidirá por mayoría de sus integrantes si debe considerarse que hay falta absoluta.

orgánica la determinación del “número y organización de los Ministerios y su respectiva competencia, así como también la organización y funcionamiento de Consejo de Ministros” (artículo 193). Con esta modificación se crea una reserva reglamentaria no sólo para el caso del número y organización de los Ministerios, su competencia y la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, sino también respecto de “otros organismos de la administración pública nacional”, pero limitado a “los principios y lineamientos de la ley orgánica respectiva”, esta es, la Ley Orgánica de la Administración Pública.

3.4. Ampliación del control parlamentario:

Se modificó la norma que dispone el control del parlamento sobre el poder ejecutivo. La Constitución de 1961 contemplaba el control del Congreso sobre la Administración Pública Nacional “en los términos establecidos por esta Constitución.” (artículo 139), en cambio la Constitución de 1999 establece que corresponde a la Asamblea Nacional “Ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en esta Constitución y la ley” (artículo 187, ordinal 3º). De manera que se extienden los mecanismos de control no sólo a los previstos en la Constitución, sino aquellos que puedan establecerse mediante la ley.

Se modificó así el sistema de control parlamentario del Ejecutivo que era de “control cerrado”, limitado a las previsiones constitucionales, cambiándolo por uno de control abierto, “...sistema conforme al cual los poderes de control del órgano legislativo sobre la administración vienen expresados, primero por la Constitución, pero abierto a otras formas de control definidas por la ley”. Este cambio obedece a la “intención del constituyente de dotar a la Asamblea Nacional de suficientes poderes de control frente a la particular suma de funciones del Poder Ejecutivo Nacional. La Constitución buscó plasmar un sistema de gobierno semi presidencial o semi parlamentario -así lo admite la propia Exposición de Motivos- en el que se controla la acción del gobierno con cierto aval del Poder Legislativo...”⁹. En dicha Exposición de Motivos se indica:

La ingeniería constitucional del nuevo sistema de gobierno semipresidencial flexible se sustenta en la creación de la figura del Vicepresidente Ejecutivo. Esta nueva institución, a pesar de su denominación de Vicepresidente, es mucho más que la tradicional figura vicepresidencial que acostumbran los sistemas de gobierno americanos. En propiedad, el Vicepresidente que contempla la Constitución no es el típico cargo que tiene la función de resolver la sucesión presidencial por la

9 Rafael Badell Madrid, “Control Político y las Funciones Judiciales del Congreso Nacional. Retos en el Siglo XXI”. Memorias. I Congreso Internacional de las Academias Jurídicas de América del Sur. Editorial Tirant Lo Blanch, septiembre 2024, pág. 340.

ausencia temporal o absoluta del Presidente de la República. Más que ello, el Vicepresidente es una institución que comparte con el Presidente el ejercicio de su jefatura de gobierno y responde políticamente por la gestión general del gobierno frente al Parlamento. (...)

Los mecanismos de control constitucionales se contemplan en el artículo 222, en los siguientes términos:

La Asamblea Nacional podrá ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en esta Constitución y en la ley y cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su Reglamento. En ejercicio del control parlamentario, podrán declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos o funcionarias públicas y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad.

La Constitución de 1961 distinguía claramente entre las interpelaciones y las investigaciones. Las interpelaciones se encontraban reguladas en el artículo 199 y se refería concretamente a los Ministros¹⁰. Las investigaciones comprendían la obligación de comparecencia de todos los funcionarios de la administración pública e institutos autónomos e incluso de los particulares¹¹.

La Constitución de 1999 sólo hace referencia a las investigaciones y al deber de comparecencia de todos los funcionarios públicos e igualmente a la posibilidad de aplicársele esta norma a los particulares. Se elimina la mención de los institutos autónomos, corrigiendo el texto de 1961, lo cual fue acertado, ya que no hace falta su mención específica, pues sus funcionarios entran en la categoría de funcionarios de la administración pública (artículo 223)¹².

10 Artículo 199. Los Ministros tienen derecho de palabra en las Cámaras y en sus Comisiones, y están obligados a concurrir a ellas cuando sean llamados a informar o a contestar las interpelaciones que se les hagan.

11 Artículo 160. Los cuerpos legislativos o sus Comisiones podrán realizar las investigaciones que juzguen convenientes, en conformidad con el reglamento. Todos los funcionarios de la administración pública y de los institutos autónomos están obligados, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante ellos y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones. Esta obligación incumbe también a los particulares, quedando a salvo los derechos y garantías que esta Constitución establece. En todo caso se notificará al interesado el objeto de su citación con cuarenta y ocho horas de anticipación cuando menos.

12 Artículo 223. La Asamblea o sus Comisiones podrán realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el Reglamento. Todos los funcionarios públicos o funcionarias públicas están obligados u obligadas, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante dichas Comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funcio-

En ambos textos se consagra la sanción de censura, la cual cuando ocurre por el voto de las dos terceras partes de los integrantes del parlamento acarrea la remoción, en el caso de la Constitución de 1961 se contemplaba sólo para los Ministros, mientras que en la Constitución de 1999 para estos y para el Vicepresidente Ejecutivo¹³, en cuyo caso no podrán optar al cargo de Ministro o Vicepresidente Ejecutivo, respectivamente, por el resto del período presidencial. La remoción por vía de censura del Vicepresidente Ejecutivo en tres oportunidades dentro de un mismo período constitucional, faculta al Presidente de la República, siempre que no sea el último año del período, para disolver la Asamblea Nacional, debiendo convocarse a elecciones para una nueva legislatura dentro de los sesenta días siguientes a su disolución.

Finalmente, debemos destacar que en ambos textos se establece que los poderes de investigación no afectan las atribuciones, en el caso de la Constitución de 1961, del Poder Judicial¹⁴ y en el caso de la Constitución de 1999 de forma

nes. Esta obligación comprende también a los particulares; quedando a salvo los derechos y garantías que esta Constitución consagra.

- 13 Constitución de 1961, artículo 153: Son atribuciones de la Cámara de Diputados: ... 2. Dar voto de censura a los Ministros; La moción de censura sólo podrá ser discutida dos días después de presentada a la Cámara, la cual podrá decidir, por las dos terceras partes de los Diputados presentes, que el voto de censura acarrea la remoción del Ministro. Podrá, además, ordenar su enjuiciamiento; Constitución de 1999, artículo 187, numeral 10. Corresponde a la Asamblea Nacional: 10. Dar voto de censura al Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva y a los Ministros o Ministras. La moción de censura sólo podrá ser discutida dos días después de presentada a la Asamblea, la cual podrá decidir, por las tres quintas partes de los diputados o diputadas, que el voto de censura implica la destitución del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva o del Ministro o Ministra. Artículo 240: La aprobación de una moción de censura al Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, por una votación no menor de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, implica su remoción. El funcionario removido o funcionaria removida no podrá optar al cargo de Vicepresidente Ejecutivo Vicepresidenta Ejecutiva o de Ministro o Ministra por el resto del período presidencial. La remoción del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva en tres oportunidades dentro de un mismo período constitucional, como consecuencia de la aprobación de mociones de censura, faculta al Presidente o Presidenta de la República para disolver la Asamblea Nacional. El decreto de disolución conlleva la convocatoria de elecciones para una nueva legislatura dentro de los sesenta días siguientes a su disolución. La Asamblea no podrá ser disuelta en el último año de su período constitucional.
- 14 Artículo 161: El ejercicio de la facultad de investigación a que se refiere el artículo anterior no afecta las atribuciones que corresponda al Poder Judicial de acuerdo con esta Constitución y las leyes. Los jueces estarán obligados a evacuar las pruebas para las cuales reciban comisión de los cuerpos legislativos.

más amplia se refiere a los demás poderes públicos¹⁵, lo cual permite incluir las facultades también de los órganos del poder ciudadano, como el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y la Defensoría del pueblo en sus competencias de investigación.

3.5. La buena administración:

La Constitución de 1999, en su artículo 141 incluye una norma que permite afirmar que se acoge en nuestro país la doctrina de la buena administración, al indicar que la “Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.”.

En todo caso, puede afirmarse que la Constitución venezolana incorpora la doctrina de la buena administración como derecho, y sus derechos comprendidos, porque así se infiere, además del artículo 141 mencionado, de otras varias de sus normas, como los artículos 19, 21, 22, 28, 49, 52 y 62.

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

El artículo 22 dispone que “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.”.

Las otras normas han sido citadas porque se contemplan en ellas derechos humanos que se consideran contenidos en el derecho fundamental a la buena administración, como por ej.: el respeto a la dignidad de la persona (artículos 3 y 46, ordinal 2º); el goce irrenunciable de los derechos humanos (artículo 19); el trato igualitario y no discriminatorio ante la Ley (artículo 21); el trato oficial respetuoso de ciudadano o ciudadana (artículo 22); el derecho de acceso a la información y datos personales (artículo 28); el debido procedimiento (artículo 49); la

15 Artículo 224: El ejercicio de la facultad de investigación no afecta las atribuciones de los demás poderes públicos. Los jueces o juezas estarán obligados u obligadas a evacuar las pruebas para las cuales reciban comisión de la Asamblea Nacional o de sus Comisiones.

defensa y la asistencia jurídica (artículo 49, 1); el derecho de petición y oportuna respuesta (artículo 52); y el derecho a la participación (artículo 62), entre otros.

La doctrina de la buena administración se refiere a un principio de actuación de la Administración Pública, pero a la vez a un Derecho fundamental de los ciudadanos a los que se dirige de forma concreta su actividad. La Administración es organización y actividad, por lo tanto, cuando se habla del derecho a la buena administración deben tenerse en cuenta estas dos perspectivas. El derecho a la buena administración se concreta en una serie de principios y valores que hacen que la Administración sea una buena organización (vg. idoneidad del cargo) y que a su vez hacen que la Administración realice una buena actividad (vg. celeridad). Todo ello siempre en servicio de la satisfacción de los intereses públicos, pero teniendo como centralidad la dignidad del ciudadano.

Como lo explica Jaime Rodríguez-Arana, el derecho a una buena administración es una derivación necesaria del carácter instrumental de la Administración pública en el marco del Estado social y democrático de Derecho y de Justicia (artículo 2 constitucional). La consecuencia de esta formulación constitucional es que el Derecho Administrativo abandone la lógica de los privilegios, prerrogativas o potestades exorbitantes de la Administración, en obsequio de una concepción servicial de poder, que asuma al ciudadano y sus derechos como principio y fin del actuar administrativo y, por tanto, como elemento determinante del interés general. De allí que *“el ciudadano es ahora, no sujeto pasivo, receptor mecánico de servicios y bienes públicos, sino sujeto activo, protagonista, persona en su más cabal expresión, y, por ello, aspira a tener una participación destacada en la configuración de los intereses generales porque éstos se definen, en el Estado social y democrático de Derecho, a partir de una adecuada e integrada concertación entre los poderes públicos y la sociedad articulada”*¹⁶.

Asimismo, el derecho a la buena administración se puede ver desde otras dos perspectivas: (i) Para la Administración, como principios de organización y funcionamiento (vg. Jerarquía y concentración); (ii) Para los ciudadanos, como derechos fundamentales (vg. Derecho a la defensa).

Los derechos públicos subjetivos pertenecen al ámbito de estudio del derecho administrativo, y surgen a partir de entender que en la actividad administrativa se establece una relación jurídico-subjetiva entre la Administración Pública y los administrados a los que se concretan los efectos de esa actividad. Los derechos

16 Jaime Rodríguez Arana, “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 16, 2012. p. 261.

fundamentales pertenecen al ámbito del derecho constitucional y se refieren a la relación entre el Estado y los ciudadanos y el límite del poder.

Hoy la buena administración se considera un derecho fundamental y de allí la consagración constitucional y convencional que se hace en estos últimos tiempos de sus principios, valores y derechos. Ciertamente, esta doctrina de la buena administración vinculada a la noción misma del Estado de Derecho explica su consagración como derecho fundamental de los ciudadanos en los Tratados sobre derechos humanos y en los textos constitucionales de los Estados de Derecho. La buena administración está en efecto prevista en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada por el Parlamento Europeo el 7 de diciembre de 2000 en Niza y adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo; y también lo está en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública aprobada por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), en Caracas el 10 de octubre de 2013 y adoptada por la Organización de Estados Iberoamericanos en la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en la Ciudad de Panamá en octubre de 2013.

En el ámbito Constitucional, la buena administración está prevista en las Constituciones de los Estados de Derecho. Existe un vínculo entre la consagración constitucional de la buena administración y el Estado de Derecho, para el cual es valor fundamental la dignidad humana y de allí que la nota característica de esa organización estatal sea la de ser servicial. Sobre estos tres conceptos, Estado de Derecho, dignidad humana y carácter servicial pivota la noción del derecho a la buena administración

Como bien lo explica el Preámbulo de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, la buena administración implica:

1. El nuevo estatus de “ciudadano” para la persona en sus relaciones con la Administración Pública.
2. La concepción del poder público como derivación de la voluntad de los ciudadanos y la rendición de cuentas permanentemente por parte de la Administración.
3. El objetivo de las políticas públicas con respeto a la dignidad humana.
4. La gestión del interés general respetando el libre y solidario desarrollo de cada persona.

5. La triple funcionalidad de la buena administración, como principio general del derecho administrativo y de aplicación a la Administración Pública; como obligación de la Administración derivada de la noción del del Estado Social y Democrático de Derecho y sus tareas promocionales; y como genuino y auténtico derecho fundamental, integrado a su vez por una multiplicidad de derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con la Administración.

6. Esa funcionalidad debe estar supeditada al objetivo del interés general, el interés general supeditado a su vez a la participación ciudadana.

7. La posición del ciudadano frente a la Administración Pública se define por una serie de deberes y derechos de naturaleza dinámica y activa.

Todos estos derechos componentes de la buena administración, establecidos tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública se encuentran regulados en nuestro ordenamiento jurídico administrativo y tienen base constitucional, no sólo en las normas específicas que a ellos se refieren, sino también en esta nueva consagración constitucional de una Administración Pública al “servicio de los ciudadanos” y con fundamento “en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho” (artículo 141 de la Constitución de 1999).

4. Balances y perspectivas de las modificaciones realizadas en la Constitución de 1999 al tema de la organización administrativa

Para hacer un balance de la aplicación de los cambios producidos en la Constitución de 1999 sobre el tema de la organización administrativa, nos referiremos sólo a tres de los aspectos analizados, a saber, la ampliación del poder de autoorganización de la Administración Pública con la atribución de competencia al Presidente para regularla, la consagración de la buena administración, y la ampliación del control parlamentario de la Administración Pública a lo previsto no sólo en la Constitución, sino también por la ley.

4.1. La ampliación del poder de autoorganización vía competencia reglamentaria del Presidente de la República:

La Constitución de 1999 contempló esta ampliación del poder de autoorganización atribuyendo al Presidente de la República la competencia para fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, pero limitada a que tal competencia se ejerciera “de acuerdo a lo previsto en ley orgánica” (artículo 236, 20).

Este límite sin embargo se omite cuando es el propio Presidente quien, en un uso abusivo de su poder de dictar decretos con fuerza de ley, es quien produce ese acto limitante. Estando en un Estado de Derecho con separación de poderes, conforme al cual a la rama legislativa corresponde ejercer la función de legislar de acuerdo con el procedimiento constitucionalmente establecido, este Poder tiene en principio el monopolio de la ley. La ley es un acto formal que se define como el ejercicio de la función legislativa por parte del órgano parlamentario de acuerdo al procedimiento establecido en la Constitución¹⁷.

De allí que el ejercicio de función legislativa para la producción de actos con fuerza y rango de ley que se contempla en la atribución al Presidente de la República para dictar decretos leyes tiene que considerarse excepcional y, por ende, referida a los precisos supuestos constitucionales y con respeto a los límites sustanciales y formales que se contemplan en el texto fundamental. En este sentido, el Presidente de la República puede producir decretos leyes únicamente en dos supuestos, previa habilitación de la Asamblea Nacional mediante ley aprobada por las tres quintas partes de sus integrantes, limitado por las directrices, propósitos y materias que se le delegan, y dentro del plazo establecido para su ejercicio (artículo 203) y en el caso de los Estados de Excepción.

De acuerdo a lo expuesto, la competencia atribuida al Presidente en el ámbito organizativo corresponde realizarla mediante actos reglamentarios porque claramente se indica que su potestad debe ejercerla conforme a lo previsto en la ley orgánica respectiva. No obstante lo anterior, es lo cierto que el Presidente, bajo la Constitución de 1999, ha asumido la función legislativa en esta y muchas otras materias, ya que ha sido en base a decretos leyes como se ha regulado a la Administración Pública, la cual hoy está regida también por un decreto ley como es el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en la Gaceta Extraordinaria N° 6.147 del 17 de noviembre de 2014. La distorsión se evidencia aún más cuando en la motivación del Decreto Ley se expresa “El presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley consolida una

17 Ciertamente es que esta definición que se refiere a la ley nacional se ha extendido, por virtud de la división vertical del poder y la concepción federal descentralizada del Estado (artículo 4) para incluir en esta categoría a los actos legislativos de los poderes legislativos estatal (leyes estatales) y municipal (leyes municipales).

larga trayectoria de legislación dedicada a regular y organizar el funcionamiento de la Administración Pública, trayectoria que deriva del mandato constitucional consagrado en la Disposición Transitoria Cuarta, numeral 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”. El numeral 5 de la Disposición Transitoria Cuarta se refiere expresamente a la “Asamblea Nacional”, a la cual exhorta a dictar, dentro del primer año contado a partir de su instalación, la legislación referida a la Administración Pública Nacional. Hacer uso del decreto ley para sustituirse en la facultad normativa del parlamento no encuentra justificación y viola esta disposición que expresamente le asigna a esta la responsabilidad de legislar en la materia.

Por otra parte, debemos hacer notar que en esta legislación presidencial se crea la figura de las Vicepresidencias y los Vicepresidentes Sectoriales (artículo 49), como “órganos superiores del nivel central de la Administración Pública Nacional, encargados de la supervisión y control funcional, administrativo y presupuestario de los ministerios del poder popular que determine el Presidente o Presidenta de la República, quien fijará además el número, denominación, organización, funcionamiento y competencias de estas.

Los Vicepresidentes sectoriales pueden ser o no Ministros , ya que se dispone que el mismo será designado por el Presidente de la República y que en caso de que se trate de un Ministro el cargo tendrá carácter no remunerado mientras coexista con el de Ministro del Poder Popular.

De manera que se está creando por decreto ley una organización que se pone por encima de la del Ministro restando competencias de coordinación que constitucionalmente corresponde al Vicepresidente Ejecutivo¹⁸. Además se contempla dentro de sus atribuciones legales la de asistir a las reuniones del Consejo de Ministros y del Consejo Federal de Gobierno (artículo 50, 11) e incluso coordinar

18 **Artículo 50:** Son atribuciones de las vicepresidentas o vicepresidentes sectoriales: 1. Proponer las líneas de definición conceptual de las políticas públicas, a ser formuladas e implementadas por los ministerios del poder popular en el sector de su competencia. (...) 4. Emitir opinión, aprobar y autorizar las regulaciones sectoriales dictadas por los ministerios del poder popular cuya coordinación le fuere asignada por la Presidenta o el Presidente de la República. 5. Efectuar la coordinación y el seguimiento a la ejecución e implementación de las medidas y decisiones adoptadas por la Presidenta o Presidente de la República y el Consejo de Ministros por parte de los ministerios del poder popular bajo su coordinación, informando de ello al Presidente o la Presidenta de la República y al Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva. 6. Evaluar el desempeño de los ministerios del Poder Popular bajo su coordinación, pudiendo establecer mecanismos uniformes para el aporte de información y evaluación de resultados que faciliten la toma de decisiones. (...) 12. Convocar a las ministras o ministros del Poder Popular bajo su coordinación a las reuniones de gabinete sectorial que estime necesarias.

determinados Ministerios en el seno de dicho Consejo¹⁹. Ya la jurisprudencia del supremo tribunal²⁰ se pronunció sobre la inconstitucionalidad de la modificación legal de la integración del Consejo de Ministros cuando declaró la nulidad de la Ley Orgánica del Distrito Federal que incorporaba a gabinete al gobernador de esa entidad, por tratarse de un asunto regulado en la propia Constitución y no poder, por ende, ser modificado por ley²¹.

Finalmente dentro de este balance y perspectivas de la ampliación del poder de organización de la Administración Pública Nacional hemos indicado que este cambio que ha realizado la Constitución de 1999 de pasar al Presidente de la República la facultad para determinar el número y competencias de los ministerios, en lugar de mantenerlo a nivel de la ley orgánica respectiva como hacía la Constitución de 1961, debe ponderarse a la luz de la experiencia en el ejercicio de esta nueva facultad presidencial, pues se observa una irreflexiva ejecución, desde que “Con base a esta atribución, el Presidente dictó en el período de tiempo comprendido entre abril de 2002 y enero de 2007, al menos 18 decretos reglamentarios, modificando así la organización administrativa en al menos 18 oportunidades en un lapso de 5 años.”²². Quizá la ausencia de una ley parlamentaria de carácter orgánico que determine los límites a esta facultad, como lo indica la Constitución, haya también contribuido a permitir estos excesos que afectan la estabilidad y permanencia, dos requisitos fundamentales de la organización.

4.2. La Buena Administración

- 19 **Artículo 52:** “La Presidenta o Presidente de la República, la Vicepresidenta Ejecutiva o Vicepresidente Ejecutivo y las ministras o ministros del poder popular reunidos integran el Consejo de Ministros, el cual será presidido por la Presidenta o Presidente de la República o por la Vicepresidenta Ejecutiva o Vicepresidente Ejecutivo. En este último caso, las decisiones adoptadas deberán ser ratificadas por la Presidenta o Presidente de la República. Para la mejor organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, su integración y el manejo presupuestario y financiero, la Presidenta o Presidente de la República podrá disponer que las vicepresidentas o vicepresidentes sectoriales ejerzan la coordinación de determinados ministerios en el seno del Consejo de Ministros.”
- 20 Vid. sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de fecha 7 de diciembre de 1988, caso *J.G. Andueza y M. C. Andueza en demanda de nulidad*, cit. en *Jurisprudencia Venezolana*, Tomo CVI, 1988, cuarto trimestre, Ramírez y Garay, S.A., Caracas, 1988. Pp. 614-617.
- 21 Sobre la integración del Consejo de Ministros, el artículo 242 de la Constitución indica que el mismo es la reunión de los Ministros con el Presidente y el Vicepresidente de la República. Luego, el artículo 250 *eiusdem* dispone que a dichas reuniones podrá asistir sólo con derecho a voz el Procurador General de la República.
- 22 Sobre este tema nos pronunciamos en 2008 en el libro *Separación de Poderes y Leyes Presidenciales en Venezuela*, Editorial Texto, Caracas 2009, pág.12.

A pesar de la vigencia de la doctrina de la buena administración y la consideración central de una Administración Pública del servicio al ciudadano y con respeto de su dignidad, no puede decirse que el balance en la práctica sea positivo, en el sentido de que exista, en términos de la Carta Iberoamericana, “una funcionalidad de los Gobiernos y Administraciones Públicas” orientada “a la mejora constante y permanente de las condiciones de vida de las personas para que puedan ejercer en mejores condiciones todos sus derechos humanos.”.

El sólo ejemplo de las múltiples violaciones a la libertad personal y derecho de propiedad por los órganos policiales y administrativos, (Informe de la Misión Internacional de Naciones Unidas del 15 de octubre de 2024, Informe Provea 2024, Informe Mundial 2023, Venezuela de Human Rights Watch, Crisis de los derechos humanos en Venezuela de Amnistía Internacional de 7 de febrero de 2019, entre muchos otros).

No puede constatararse en modo alguno que bajo la vigencia de la Constitución de 1999 los derechos del ciudadano en los procedimientos administrativos se ajusten a los principios y valores de la buena administración ni que se caracterice la actuación de la Administración Pública por el respeto de ese derecho fundamental y los derechos que en ella se contienen. Las frecuentes actuaciones sin acto previo, sanciones sin trámite previo, violaciones al derecho a la defensa, la ausencia de transparencia, entre otros, aunado a un contencioso administrativo que lejos de ejercer sus competencias de control de la arbitrariedad las convalida, pone en evidencia un balance muy negativo en este caso por la falta de concreción de los postulados y normas constitucionales vigentes.

4.3. La ampliación del control parlamentario de la Administración Pública

Sobre este tema es de importancia destacar la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 1 de marzo de 2016 mediante la cual se decidió recurso de interpretación de los artículos 136, 222, 223 y 265 de la Constitución relativos a las competencias de control, investigación y fiscalización del órgano legislativo y el deber de comparecencia de los funcionarios públicos.

La interpretación jurisprudencial que conlleva una limitación a los poderes constitucionales del poder de control sobre la administración pública nacional, comienza aludiendo al principio de separación de los poderes invocando la Exposición de Motivos de la Constitución, la cual, precisa, si bien no tiene carácter normativo ni vinculante, sirve de orientación “en tanto sea coherente con el fundamento material del texto fundamental y las normas que lo integran” (sentencia 93 del 6 de febrero de 2001 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia). En dicha exposición de motivos se lee:

“El presente título referente al Poder Público adquiere especial significación dado que se propone rescatar la legitimidad del Estado y de sus instituciones, recuperando la moral pública y la eficiencia y eficacia de la función administrativa del Estado, características complementarias e indispensables para superar la crisis de credibilidad y de gobernabilidad que se ha instaurado en el país en los últimos tiempos.

(...)

Se consagra, igualmente, una división de las funciones que corresponden a cada rama del Poder Público, tanto en sentido vertical como horizontal. Pero si bien se acepta la especialidad de la tarea asignada a cada una de ellas, se establece un régimen de colaboración entre los órganos que van a desarrollarlas para la mejor consecución de los fines generales del Estado.

Se establece el principio restrictivo de la competencia, según el cual los órganos que ejercen el Poder Público sólo pueden realizar aquellas atribuciones que les son expresamente consagradas por la Constitución y la ley.

(...)

El Estado democrático y social de Derecho y de Justicia consagrado por la Constitución, al implicar fundamentalmente, división de los poderes del Estado, imperio de la Constitución y las leyes como expresión de la soberanía popular, sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y garantía procesal efectiva, de los derechos humanos y de las libertades públicas, requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan la potestad constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la Constitución y las leyes, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

El conjunto de órganos que desarrollan esa función constituyen el Poder Judicial y el Sistema de Justicia que se consagra en el Capítulo III del Título V de la Constitución, configurándolo como uno de los poderes del Estado.

En el referido Capítulo, la Constitución, con fundamento en el principio de soberanía, declara que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y se imparte en nombre de la República y por autoridad de la ley.

(...)”

Precisa que, si bien “el Poder Legislativo Nacional constituye un poder fundamental para los Estados y las sociedades, de forma similar a los otros poderes, al igual que el resto de los poderes constituidos, está sometido a la Constitución y a otros límites, como lo contempla la Constitución.

Analiza el tema del control parlamentario previsto en el artículo 187 de la Constitución, conforme al cual corresponde a la Asamblea Nacional:

“3. Ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en esta Constitución y en la ley. Los elementos comprobatorios obtenidos en el ejercicio de esta función, tendrán valor probatorio, en las condiciones que la ley establezca.

(...)

6. Discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público.

7. Autorizar los créditos adicionales al presupuesto.

8. *Aprobar las líneas generales del plan de desarrollo económico y social de la Nación, que serán presentadas por el Ejecutivo Nacional en el transcurso del tercer trimestre del primer año de cada período constitucional.*

9. *Autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley. Autorizar los contratos de interés público municipal, estatal o nacional con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.*

10. *Dar voto de censura al Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva y a los Ministros o Ministras. La moción de censura sólo podrá ser discutida dos días después de presentada a la Asamblea, la cual podrá decidir, por las tres quintas partes de los diputados o diputadas, que el voto de censura implica la destitución del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva o del Ministro o Ministra.*

(...)

12. Autorizar al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la Nación, con las excepciones que establezca la ley.

13. Autorizar a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros.

14. Autorizar el nombramiento del Procurador o Procuradora General de la República y de los Jefes o Jefas de Misiones Diplomáticas Permanentes.

(...)

La Comisión Delegada también cumple funciones de control, conforme lo dispone el artículo 196 del Texto Fundamental:

Artículo 196. Son atribuciones de la Comisión Delegada:

(...)

3. Autorizar al Ejecutivo Nacional para decretar créditos adicionales.

(...)

5. Ejercer las funciones de investigación atribuidas a la Asamblea.

6. Autorizar al Ejecutivo Nacional por el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes para crear, modificar o suspender servicios públicos en caso de urgencia comprobada. (...)

Indica la decisión que las funciones de control político deben ejercerse dentro del orden constitucional y jurídico en general porque ello es la garantía de la estabilidad de la Nación y de la democracia. En este sentido, destaca la importancia de lo previsto en los artículos 222, 223 y 224, conforme a los cuales:

Artículo 222. La Asamblea Nacional podrá ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en esta Constitución y en la ley y mediante cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su Reglamento. En ejercicio del control parlamentario, podrán declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos o funcionarias públicas y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad.

Artículo 223. La Asamblea o sus Comisiones podrán realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el Reglamento.

Todos los funcionarios públicos o funcionarias públicas están obligados u obligadas, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante dichas Comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones.

Esta obligación comprende también a los y las particulares; a quienes se les respetarán los derechos y garantías que esta Constitución reconoce.

Artículo 224. El ejercicio de la facultad de investigación no afecta las atribuciones de los demás poderes públicos. Los jueces o juezas estarán obligados u obligadas a evacuar las pruebas para las cuales reciban comisión de la Asamblea Nacional o de sus Comisiones.

De manera que, concluye, la Constitución le atribuye a la Asamblea Nacional la competencia de control político sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional y sobre los funcionarios del Gobierno y Administración Pública Nacional, “en el marco de los principios cardinales de autonomía y colaboración entre órganos del Poder Público, para alcanzar los fines del Estado”, pudiendo incluso tomar la medida excepcional prevista en el numeral 21 del artículo 236 de disolver la Asamblea Nacional.

Ese control político se refiere, en primer lugar, a la presentación de la memoria y cuenta (artículo 244 de la Constitución²³), en segundo lugar, mediante el ejercicio del derecho de palabra de los Ministros ante la Asamblea Nacional y sus comisiones, pudiendo tomar parte de los debates, sin derecho al voto (artículo 245 de la Constitución²⁴).

Se refiere también a la facultad de control parlamentario y la posibilidad de declarar la responsabilidad política de funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional, distintos al Presidente, Vicepresidente o Ministros, y hasta de particulares, lo cual se concreta mediante y los mecanismos de las interpelaciones, las investigaciones, preguntas, autorizaciones y aprobaciones parlamentarias previstas en la Constitución y la ley y cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su Reglamento, la obligación de comparecencia y suministro de las informaciones y documentos que se les requieran (artículos 222 y 223 de la Constitución).

Ahora bien, con base en el principio de colaboración entre poderes, utilidad, necesidad y proporcionalidad, y para impedir que ese control afecte el adecuado funcionamiento del Ejecutivo Nacional, establece la Sala la necesidad de un requisito, aunque no previsto en la Constitución, fundamentado en la competencia del Vicepresidente Ejecutivo de coordinar las relaciones del Ejecutivo Nacional con la Asamblea Nacional (artículo 239,5²⁵). Impone, en efecto, por vía de esta jurisprudencia, una regla de coordinación entre la Asamblea Nacional y el Vicepresidente Ejecutivo para el ejercicio del control político, de manera que, “con-

23 De acuerdo con el artículo 237 el Presidente presentará personalmente, cada año, ante la Asamblea Nacional, en sesiones ordinarias, dentro de los diez primeros días siguientes a su instalación, un mensaje para dar cuenta de los aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión durante el año inmediatamente anterior. El artículo 244, por su parte se refiere a los Ministros, quienes deberán presentar ante la Asamblea Nacional, dentro de los primeros sesenta días de cada año, una memoria razonada y suficiente sobre la gestión del despacho en el año inmediatamente anterior.

24 Artículo 245: Los Ministros o Ministras tienen derecho de palabra en la Asamblea Nacional y en sus comisiones. Podrán tomar parte en los debates de la Asamblea Nacional, sin derecho al voto.”

25 Artículo 239: “Son atribuciones del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva: (...) 5. Coordinar las relaciones del Ejecutivo Nacional con la Asamblea Nacional.”

forme a la referida previsión constitucional, la Vicepresidencia Ejecutiva de la República centralice y coordine todo lo relacionado con las comunicaciones que emita la Asamblea Nacional con el objeto de desplegar la atribución contenida en el artículo 187.3 Constitucional, desarrolladas en los artículos 222 al 224 *eiusdem*; además de la consideración de las circunstancias políticas, económicas y sociales en general que imperasen en la República para el momento en el que se coordina y ejerce el referido control, tal como ocurre en la actualidad, en la que principalmente el Ejecutivo Nacional, como en todo sistema presidencialista o semipresidencialista de gobierno (cuya característica elemental es que gran parte de las funciones cardinales del Estado recaen sobre el jefe del referido poder), está atendiendo de forma especial la situación de emergencia económica que existe en el país (ver sentencia de esta Sala n° 7 del 11 de febrero de 2016), circunstancia que amerita toda la colaboración posible entre los diversos órganos del Poder Público (ver artículo 136 Constitucional), para superar esa situación excepcional que se ha venido manteniendo y que tiene visos regionales y mundiales; circunstancia que también convoca al Poder Legislativo Nacional, el cual debe sopesar que especialmente en estas circunstancias, la insistencia de peticiones dirigidas hacia el Poder Ejecutivo Nacional e, inclusive, hacia el resto de poderes públicos, pudiera obstaculizar gravemente el funcionamiento del Estado, en detrimento de la garantía cabal de los derechos de las ciudadanas y ciudadanos, así como también de los derechos irrenunciables de la Nación (ver artículo 1 Constitucional).”²⁶.

Además exhorta la sentencia a que sea el Presidente de la República, mediante su potestad reglamentaria (artículo 236, numeral 10), y no la Asamblea Nacional por su reglamento, quien desarrolle ejecutivamente la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos o los o las Particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones y de esta forma “armonizar el normal desarrollo de las actuaciones enmarcadas en ese instrumento legal y demás ámbitos inherentes al mismo, siempre respetando su espíritu, propósito y razón.”.

De otra parte por lo que se refiere al ámbito subjetivo del control, en primer lugar, se refiere al control sobre la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y lo limita, señalando que se concreta a través “de su Comandante en Jefe y del control parlamentario mediante el control político que se ejerce sobre su Comandante en Jefe y autoridad jerárquica suprema: El Presidente o Presidenta de la República; el cual, como se advierte del artículo 237 Constitucional, dentro de los diez primeros días siguientes a la instalación de la Asamblea Nacional, en sesiones ordinarias, presentará cada año personalmente a esa Asamblea un mensaje en

26 Sentencia Nro. 9 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 1 de marzo de 2016, caso *Gabriela Flores Ynserny y otros*.

que dará cuenta de los aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión durante el año inmediatamente anterior (a ello se limita el control previsto el artículo 187.3 Constitucional –desarrollados en los artículos 222 y 223- en lo que respecta a dicha Fuerza).”

En segundo lugar, hay que destacar que precisa que, aunque el artículo 223 que regula las facultades de investigación no distinga, el control político constitucional de los funcionarios públicos por parte de la Asamblea Nacional está limitado, por virtud del artículo 187,3 que al establecer sus facultades lo refiere únicamente al control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional. Se excluye así a los funcionarios de los otros poderes nacionales, como el Poder Ciudadano²⁷, Electoral y Judicial (a los que se refiere el artículo 12 de la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos o los y las particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones). Luego en la dispositiva dice, sin embargo, que ese control se extiende fundamentalmente al poder ejecutivo y no a los otros poderes del Estado, el significado de la palabra “fundamentalmente” en este contexto crea confusión. Observamos que se trata indistintamente los términos Ejecutivo Nacional y Administración Pública Nacional, lo cual plantea el caso de los órganos y entes de rango nacional constitucionalmente autónomos que se consideran parte de la Administración Pública Nacional aun cuando no del Ejecutivo Nacional.

También en este sentido se desaplica el artículo 113 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional²⁸, por incluir a los funcionarios estatales y municipales, indicando que dicho control no circunscribe a los límites previsto en los artículos 187.3, 222 y 223 del Texto Fundamental, y a la jurisprudencia de esta Sala, por cuanto no se trata de funcionarios ajenos al Poder Ejecutivo Nacional, quedando a salvo lo contemplado en el numeral 9 del artículo 187 constitucional sobre la competencia de la Asamblea Nacional para autorizar los

27 Hay que dejar a salvo, como lo hace la sentencia en la parte dispositiva del fallo, lo previsto en el Artículo 276. El Presidente o Presidenta del Consejo Moral Republicano y los o las titulares de los órganos del Poder Ciudadano presentarán un informe anual ante la Asamblea Nacional en sesión plenaria. Así mismo, presentarán los informes que en cualquier momento les sean solicitados por la Asamblea Nacional.

28 *Artículo 113. La interpelación y la invitación a comparecer tienen por objeto que el pueblo soberano, la Asamblea Nacional o sus comisiones conozcan la opinión, actuaciones e informaciones de un funcionario o funcionaria pública del Poder Nacional, Estatal o Municipal, o de un particular sobre la política de una dependencia en determinada materia, o sobre una cuestión específica. Igualmente podrá referirse a su versión sobre un hecho determinado. La interpelación solamente se referirá a cuestiones relativas al ejercicio de las funciones propias del interpelado o interpelada.*

contratos de interés público estatales o municipales con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.

En todo caso, en base a las anteriores consideraciones, es claro que a pesar de tratarse de un recurso de interpretación, la Sala lo convierte con esta decisión en un pronunciamiento sobre la validez de las normas de la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios o Funcionarias Públicos y los Particulares ante la Asamblea Nacional (artículos 1, 3, 11 y 12²⁹) y del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional desaplicando parcialmente su contenido, en cuanto a la referencia a funcionarios públicos distintos a los del Gobierno y la Administración Pública Nacional.

Cabe destacar que la sentencia hace una desaplicación de normas por inconstitucionalidad, que por naturaleza tiene efectos sólo para el caso concreto, pero en el marco de un recurso de interpretación, que por naturaleza tiene efectos *erga omnes*, y ante tal contradicción opta entonces establecer una “desaplicación general temporal, mientras se tramita el procedimiento de nulidad por inconstitucionalidad de las normas que ordena iniciar “en tutela oficiosa del orden público constitucional” aludiendo a la competencia contenida en el artículo 336, cardi-

29 “Artículo 3. La Asamblea Nacional o sus Comisiones en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales podrá acordar conforme a su Reglamento la comparecencia ante la plenaria o sus comisiones de todos los funcionarios y funcionarias públicos, así como de los o las particulares preservando los derechos fundamentales, garantías y principios constitucionales a los fines del cumplimiento efectivo de las funciones de control y de investigación parlamentaria que sobre el gobierno nacional, estatal y municipal y sobre la administración descentralizada le corresponde.

Artículo 11. Cuando se cite a un funcionario o funcionaria, distinto al superior jerárquico del organismo, la citación se hará a través de este último, quien favorecerá el trámite correspondiente a los fines de la comparecencia del funcionario o funcionaria ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones. En este caso debe enviarse un oficio al superior jerárquico y otro al funcionario o funcionaria subordinado.

Quienes deban comparecer podrán hacerse acompañar de los asesores que consideren convenientes.

Artículo 12. La citación para la comparecencia de los integrantes del Poder Ciudadano: Defensor del Pueblo, Fiscal General de la República y Contralor General de la República; del Poder Electoral: Directivos del Consejo Nacional Electoral; del Poder Judicial: Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, así como del Poder Ejecutivo: Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República; y de los Ministros o Ministras, se hará del conocimiento previo de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, a los efectos de su coordinación.

Una vez decidida la comparecencia de alguno de los integrantes antes mencionados, en el seno de la Asamblea Nacional o sus Comisiones, se le incluirá como primer punto del Orden del Día de la sesión para la cual se le haya citado.

nal 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 25, cardinal 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que en modo alguna la facultan para una realizar una “acción oficiosa” de nulidad. También se invoca en la parte dispositiva del fallo como fundamento de esta decisión, el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, conforme al cual no priva el principio dispositivo en las demandas de control concentrado de la constitucionalidad, “pudiendo la Sala suplir de oficio, las deficiencias o técnicas del demandante por tratarse de un asunto de orden público. (...)”. Suplir de oficio deficiencias de la parte en un proceso de nulidad es una cosa muy distinta a interpretar, como lo ha hecho la Sala, que ello le permita iniciar ella misma el proceso de forma oficiosa, esta norma con clara excepción para el relevo del principio dispositivo en la argumentación del accionante no puede llevar a socavar dicho principio como elemento indispensable de la acción que da inicio al proceso y de la cual depende la actuación del poder judicial.

De manera que en esta sentencia decide:

1. Que el control parlamentario previsto en los artículos 187.3 y 222 al 224 se extiende “fundamentalmente” sobre el Poder Ejecutivo Nacional, y no sobre el resto de los Poderes Públicos (Judicial, Ciudadano y Electoral), haciendo salvedad del supuesto previsto en el artículo 276 Constitucional referido a la obligación a cargo del Presidente del Consejo Moral Republicano y los titulares de los órganos del Poder Ciudadano de presentar un informe anual ante la Asamblea Nacional en sesión plenaria y en cualquier momento que les sean solicitados por la Asamblea Nacional.
2. Que el control parlamentario previsto en los artículos 187.3 y 222 al 224 no se extiende sobre el poder público estatal ni sobre el poder público municipal, con excepción de lo contemplado en el numeral 9 del artículo 187 constitucional, referido a la competencia de la Asamblea Nacional para autorizar los contratos de interés público estatales o municipales con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.
3. Que la Fuerza Armada Nacional Bolivariana sólo es pasible de control parlamentario a través del control político que se ejerce sobre su Comandante en Jefe, el Presidente de la República, mediante la presentación de su mensaje anual ante la Asamblea Nacional, dentro de los diez primeros días siguientes a su instalación (artículo 237).

4. Que los órganos excluidos del control parlamentario previsto en los 187.3 y 222 al 224 están sometidos
5. al control que para ellos contemplan las normas constitucionales y legales aplicables.
6. Que el ejercicio del control constitucional parlamentario de la Asamblea Nacional previsto en los artículos 222 y 223 sobre los funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional debe cumplirse con indicación de “la calificación y base jurídica que la sustenta, el motivo y alcance preciso y racional de la misma (para garantizar a su vez un proceso con todas las garantías constitucionales), y en fin, orientarse por los principios de utilidad, necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y colaboración entre poderes públicos (sin pretender subrogarse en el diseño e implementación de las políticas públicas inherentes al ámbito competencial del Poder Ejecutivo Nacional), permitiendo a los funcionarios que comparecen, solicitar y contestar, de ser posible, por escrito, las inquietudes que formule la Asamblea Nacional o sus comisiones, e inclusive, también si así lo solicitaren, ser oídos en la plenaria de la Asamblea Nacional, en la oportunidad que ella disponga (parte de lo cual se reconoce, por ejemplo, en el referido artículo 245 Constitucional), para que el control en cuestión sea expresión de las mayorías y minorías a lo interno de ese órgano del Poder Público, las cuales han de representar a todas las ciudadanas y a todos los ciudadanos, y no únicamente a un solo sector; todo ello para dar legitimidad y validez a tales actuaciones; y, además, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 224 de la Constitución, según el cual el ejercicio de la facultad de investigación de la Asamblea Nacional no afecta [y, por ende, no ha de afectar] las atribuciones de los demás poderes públicos, pues obviamente la Constitución no avala ni el abuso ni la desviación de poder, sino que, por el contrario, plantea un uso racional y equilibrado del Poder Público, compatible con la autonomía de cada órgano del mismo, con la debida comprensión de la cardinal reserva de informaciones que pudieran afectar la estabilidad y la seguridad de la República y, en fin, compatible con los fines del Estado.”
7. Que para impedir que ese control afecte el adecuado funcionamiento del Ejecutivo Nacional, y, en consecuencia, evitar que el mismo termine vulnerando los derechos fundamentales, debe observarse la debida coordinación de la Asamblea Nacional con el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, tal como lo impone el artículo 239.5 Constitucional,

para encausar la pretensión de ejercicio del referido control (canalización de comunicaciones, elaboración de cronograma de comparecencias, etc.), respecto de cualquier funcionario del Gobierno y la Administración Pública Nacional, a los efectos de que, conforme a la referida previsión constitucional, la Vicepresidencia Ejecutiva de la República centralice y coordine todo lo relacionado con las comunicaciones que emita la Asamblea Nacional con el objeto de desplegar la atribución contenida en el artículo 187.3 Constitucional, desarrolladas en los artículos 222 al 224 *eiusdem*.

8. Desaplicar por control difuso de la constitucionalidad los artículos 3, 11, 12 y 21 al 26 de la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos o los y las particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones, en lo que respecta a funcionarios ajenos al Ejecutivo Nacional y el artículo 113 de Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, en lo que respecta a funcionarios ajenos al Ejecutivo Nacional.
9. Ordenar a la Secretaría de la Sala Constitucional la apertura del expediente respectivo, a los fines de procesar de oficio la nulidad de los artículos 3, 11, 12 y 21 al 26 de la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos o los y las particulares ante la Asamblea Nacional o sus Comisiones, y del artículo 113 de Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional.

5. Conclusiones

En conclusión, la Constitución de 1999 contempla algunos cambios en el tema de la organización administrativa cuyo balance de ejecución resulta bastante negativo:

5.1. No se han concretado adecuadamente, tal y como puede constatarse en el caso de la ampliación del poder de autoorganización por parte del Ejecutivo al atribuirse al residente de la República la potestad de reglamentar de forma autónoma, con el límite de lo previsto en la Ley Orgánica respectiva, el número y tareas de los Ministerios y otros órganos de la Administración Central. En efecto, el ejercicio de esta competencia no sólo ha generado una gran inestabilidad de la organización por las múltiples modificaciones realizadas sino que la ley orgánica no ha servido de límite a esta potestad como ordena la Constitución, ya que ha sido el Presidente quien ha legislado vía decretos leyes esta materia, produciendo varias leyes en corto período de tiempo y modificando regulaciones organizativas

constitucionales como ocurre con la creación de las Vicepresidencias y Vicepresidentes Sectoriales y su participación en el Consejo de Ministros.

5.2. No se ha concretado el nuevo paradigma de la buena administración como derecho fundamental, que impone la acción administrativa bajo la consideración de la centralidad de la dignidad humana y el respeto a los derechos humanos fundamentales.

5.3. A pesar de la ampliación del poder de control parlamentario al preverse su ejercicio no sólo con base a la Constitución, como lo establecía la Constitución de 1961, sino también a la Ley, el mismo se ha visto limitado por sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la cual se precisa que este control sólo abarca a los funcionarios del Poder Ejecutivo nacional y no otros poderes en el nivel nacional ni en el ámbito estatal y municipal, desaplicando en un proceso de interpretación varias normas de índole legal y reglamentaria, y ordenando una acción de “nulidad oficiosa”, violando el principio dispositivo con base a una norma de la Ley del Tribunal Supremo que en modo alguno la faculta para ello, sino para no atenerse al principio dispositivo frente a las deficiencias de los argumentos del accionante en un proceso de control concentrado de constitucionalidad.

Reflexiones sobre el Derecho de la Competencia en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Miguel J. Mónaco¹

1. Introducción

Por asombroso que pudiera parecer, el Derecho de la Competencia² cuenta con un soporte expreso en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (“CRBV”), en función del principio de la libre competencia consagrado por esta última, el cual, al menos en el plano normativo, debería ser desarrollado y aplicado legislativa y administrativamente en nuestro país.

En efecto, a pesar de la marcada intervención estatal, de corte planificador y dirigista, la CRBV reserva un lugar especial para a la libre competencia, no sólo en su texto principal, sino que también en su Disposición Transitoria Decimoctava, en la cual existe un mandato constitucional expreso a la Asamblea Nacional, para que sea esta la que sancione una ley especial en la materia, a través de la cual se cree un órgano con independencia similar a las que poseen las llamadas *agencias federales independientes* del Derecho de los E.E.U.U, y el principio de la libre competencia sean aplicado con preferencia a cualquier otro en asuntos relativos a la materia económica.

- 1 Abogado *Summa Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Decano y Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Premio internacional Georg Forster de Investigación de la Fundación alemana Alexander von Humboldt.
- 2 Tomando distintas opiniones doctrinales, el Derecho de la Competencia podría ser definido como aquella rama del Derecho que persigue garantizar la eficiencia económica para lograr el bienestar de los consumidores, mediante la prevención de aquellas conductas que puedan alterar el funcionamiento del mercado a través de la obstaculización del mecanismo de la libre formación de los precios. Cfr. Felipe Márquez Robledo, *Apuntes sobre Derecho Económico y Derecho de la Competencia*, Pontificia Universidad Javeriana, 2º edición, Bogotá, 2007; Richard Posner y Frank, Easterbrook, *Antitrust. Cases, Economic Notes and Other Materials*, West Group, 2º ed., 1981; y Ana Julia Jatar. *Política de Competencia y Legislación Antimonopólica*, en *Revistas de la Procuraduría General de la República* N° 9, Caracas, 1994.

Obviamente este mandato constitucional es bastante difícil de armonizar con otros principios contenidos en la CRBV, como por ejemplo, la justicia social o la solidaridad, establecidos también en su artículo 299, pues la libre competencia persigue la eficiencia económica a través de la asignación de los recursos por medio del mercado y la libre formación de precios en este; controles de precios, reservas de sectores enteros de la economía venezolana y regulaciones estrictas de sectores chocan frontalmente con la libre competencia y el mandato de la Disposición Transitoria Decimoctava.

La situación jurídica que antecede no es única, y guardando las diferencias y contexto que deben tenerse en el análisis comparado, se aprecian situaciones similares, al menos en el plano normativo, como es el caso de la Constitución de la República Popular de China, en la cual se establece un sistema de “economía de mercado socialista”, la cual se basa en la “macro-regulación y control” estatal de la economía, en el que el mercado tiene cabida especial, pero en la medida que el Estado así lo permita³.

Lo anterior lleva a considerar que, desde el plano constitucional venezolano, el mercado y la competencia económica parecieran tener un rol instrumental, y no central o principal, en el cual se transforman en una técnica de intervención estatal, la cual debe ser armonizada con los otros principios establecidos constitucionalmente en materia económica, y que a la fecha parecieran tener mayor aplicación o preferencia en los programas de gobierno que han sido aplicados desde la entrada en vigencia de la CRBV.

No obstante, a pesar de ese rol instrumental y complementario aparentemente, el hecho que exista una disposición transitoria que contenga ese mandato, y la cual no se haya aun desarrollado legislativamente, deja aún una posibilidad para que la libre competencia, a través del Derecho de la Competencia, pudiere tener una mayor peso y compensar o restringir los efectos de la intervención estatal por otros medios; por esta razón, y con motivo a cumplirse los 50 años del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, hemos querido realizar este trabajo, en el marco del eje temático propuesto.

2. La Libre Competencia en la CRBV

La CRBV posee una serie de artículos que textualmente sirven de base a la libre competencia y, por lo tanto, al Derecho de la Competencia. Sus artículos 113, 114, 117 y 299 disponen una serie de principios y normas que, interpretadas

3 Cfr. Constitución de la República Popular de China de 1982 y enmendada el 14 de marzo de 2004. Artículo 15. Consultada en http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/node_2825.htm.

correctamente, sustentan la aplicación de esta rama del Derecho, aunque, como hemos indicado, con problemas en su armonización con otros principios constitucionales.

El artículo 113 de la CRBV⁴ dispone una serie de prohibiciones y restricciones a los monopolios, el abuso de posición de dominio y al monopsonio, con el objeto expreso de supuestamente evitar los efectos restrictivos de las conductas nocivas enumeradas por este; la protección de los consumidores y los productores; y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía nacional.

Aun cuando el artículo 113 constitucional pareciera referirse sólo a esos tres tipos de situaciones o prácticas, sin nombrar a otras que tienen relevancia en el marco del Derecho de la Competencia, en nuestro criterio, esta disposición es uno de los fundamentos normativos expresos de la CRBV a esta rama del Derecho, pues carecería de sentido que se consagrara a nivel constitucional la protección de determinados bienes jurídicos, pero al mismo tiempo que se sostuviera que esta operaría sólo respecto a determinadas conductas o situaciones que ella consagró expresamente, sin que eso sucediera respecto a otras prácticas restrictivas de la libre competencia no enunciadas.

Asimismo, conviene señalar, como ya los hemos hecho en el pasado⁵, que la mención que realiza el artículo 113 de la CRBV respecto a la prohibición del monopolio no debe ser entendida respecto de este en sí mismo, sino únicamente respecto de sus efectos nocivos, es decir, de las conductas que, un sujeto con posición de dominio realice para obstaculizar a la competencia en base a los méritos

4 Artículo 113. No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contrario a dichos principios el abuso de posición de dominio que un particular, un conjunto de ellos o ellas o una empresa o conjunto de empresas, adquieran o haya adquirido en determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa dominante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concertada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concertadas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía. Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.

5 Cfr. Miguel Mónaco Gómez, *Regulación de los Monopolios y la Posición de Dominio en Venezuela, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia*, UCAB, Caracas, 2015.

de los competidores, impidiendo la libre formación de precios a través -principalmente- de una restricción indebida de la oferta por parte de terceros.

En tal sentido, el monopolio únicamente debe entenderse prohibido cuando sea el resultado de prácticas obstructivas de carácter ilícito, por lo que aquellos monopolios alcanzados lícitamente, producto de los méritos de quien logra esta condición en los términos que hemos indicado, no deben ser considerados inconstitucionales *per se*, y pueden ser mantenidos, en tanto ello se haga en función de su eficiencia; por este motivo, el artículo 113 de la CRBV sólo prohíbe los actos, acuerdos o conductas que obstruyan injustificadamente el proceso de competencia efectiva y perjudiquen a los consumidores.

Esa interpretación se encuentra además respaldada por el contenido del artículo 117 de la CRBV, el cual, conjuntamente con el artículo 114 *ejusdem*, complementan el artículo 113 constitucional.

En efecto, por una parte, el artículo 117 de la CRBV⁶ consagra una serie de derechos a favor de los consumidores, entre los que cabe destacar el referido a su “libertad de elección” respecto a los bienes o servicios que deseen consumir, que, en nuestro criterio, se corresponde a la llamada “soberanía del consumidor”, el cual es uno de los pilares fundamentales del Derecho de la Competencia.

Ciertamente, como afirma CALVO CARAVACA, el Derecho de la Competencia se encuentra “anclado en el principio de soberanía de los consumidores (su libertad de elección y decisión en las relaciones de producción y consumo)”⁷, el cual no es otra cosa que el reconocimiento expreso de la Ley de la Demanda, en el cual se soporta existencia misma del mercado, en tanto este tendrá lugar en tanto se permita a los consumidores elegir entre distintas ofertas que concurren ante él.

Ahora bien, es preciso aclarar que, el hecho que el Estado deba asegurar la libertad de elección de los consumidores no significa que tenga que promover que necesariamente hayan siempre diversas ofertas en el mercado, pues esa es una situación que depende precisamente de cómo se desenvuelva la competencia en un mercado, y los méritos de sus participantes, para permanecer en él y captar

6 “Artículo 117. Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos.”

7 Alfonso Luis Calvo Caravaca, *Derecho Antitrust Europeo*. Tomo I, Parte General, La Competencia. Colex, Madrid, 2009, p. 38.

la preferencia de los consumidores; el rol del Estado debe ser, en este sentido, el asegurar que existan las condiciones para que puedan libremente concurrir o permanecer en el mercado aquellos que deseen hacerlo, dependiendo de ello de su propia capacidad y méritos.

De esta manera, no sería cónsono con el contenido del artículo 117 constitucional, el interpretar literalmente la primera parte del artículo 113 ya referido, respecto a que “no se permitirán los monopolios”, pues como indicamos, el artículo 117 consagra el derecho de los consumidores a elegir libremente los bienes que deseen consumir y, en consecuencia, si un monopolio es el resultado de la preferencia del consumidor, mal podría impedirse su existencia, dado que ello significaría la vulneración de este particular derecho.

Por esa razón, los monopolios que sean el resultado de la libre elección de los consumidores, logrados en el marco del proceso de competencia y fruto de su eficiencia o méritos en general, deberán ser respetados por el Estado, limitando su actuación a velar que no abusen ilícitamente de ese poder de mercado, entre otras razones respecto de los cuales ya nos hemos ocupado en la obra ya citada.

Adicionalmente, y con relación al artículo 114⁸ de la CRBV, este también le otorga soporte a la libre competencia como principio constitucional, pues se encuentra referido a ciertos ilícitos o delitos comúnmente relacionados con la protección del consumidor, uno de los fines principales del Derecho de la Competencia, y entre los que se menciona expresamente a la cartelización, la cual no se encuentra nombrada entre las conductas supuestamente lesivas indicadas en el artículo 113 *ejusdem*⁹.

Finalmente, y por lo que respecta entonces a las normas constitucionales que le otorgan soporte a la libre competencia, se debe sumar el artículo 299¹⁰ de la

8 “Artículo 114. El ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, serán penados severamente de acuerdo con la ley.”

9 Nótese que declarar como delitos a la especulación o la usura pudiera ser contrario a la libre competencia, pues la libre formación de precios debería ser considerada como un elemento central de esta última, lo cual se encuentra en contradicción con declarar como delitos a la especulación, entendida ésta como el establecimiento de precios superiores a los fijados administrativamente por el Estado, o la usura, al considerar que existirían precios desproporcionados, asuntos que deberían ser resueltos por el propio mercado y la forma cómo éste opera.

10 Artículo 299. El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, altor valor agregado nacional, elevar el

CRBV, el cual consagra a esta entre los principios del sistema socioeconómico venezolano y, por lo tanto, ratifica su presencia expresa entre los valores que deberían estar presentes en el marco normativo de la economía; sin embargo, esta norma es la mejor evidencia de los contrastes y problemas de armonización de la libre competencia con otros principios constitucionales, pues esta contrasta con los principios de justicia social y la solidaridad en ella establecidos, dado que la libre competencia puede implicar necesariamente la desaparición de competidores y empleos en aquellos casos que una empresa no sea -por ejemplo- eficiente y sus precios sean más altos que los del resto o sencillamente sus productos no sean preferidos por los consumidores.

Al respecto, conviene entonces recordar lo señalado por Zagrebelsky, en cuanto a que los principios se distinguen de las reglas en que “las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas”,¹¹, lo cual implica, en nuestro criterio, que dependería del desarrollo legislativo que se le dé al principio de libre competencia y, por lo tanto, de las mayorías circunstanciales que pudieran existir en el legislativo, para determinar la forma cómo este será armonizado con los otros principios que el artículo 299 declara.

No obstante, como veremos a continuación, la Disposición Transitoria Decimoctava de la CRBV pareciera contener una verdadera regla, que ordena darle preferencia a la libre competencia a los funcionarios judiciales y administrativos llamados a aplicar las normas que regulen la materia económica, a la cual nos referiremos a continuación.

3.- De la Disposición Decimoctava de la CRBV

La Disposición Transitoria Decimoctava de la CRBV dispone lo siguiente:

“Decimoctava. A los fines de asegurar la vigencia de los principios establecidos en el artículo 113 de esta Constitución, la Asamblea Nacional dictará una ley que establezca, entre otros aspectos, el organismo de supervisión, control y fiscalización

nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza mediante la planificación estratégica democrática, participativa y consulta abierta.

- 11 Gustavo Zagrebelsky. *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, 10ª Edición, Madrid, 2011, p. 110 (cursivas del autor).

que deba asegurar la efectiva aplicación de estos principios y las disposiciones y demás reglas que los desarrollen.

La persona que presida o dirija este organismo será designada por el voto de la mayoría de los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional, previo informe favorable de una comisión especial designada de su seno al efecto.

La ley establecerá que los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública y los jueces o juezas llamados a conocer y decidir las controversias relacionadas con las materias a que se refiere dicho artículo, observen con carácter prioritario y excluyente, los principios allí definidos, y se abstendrán de aplicar cualquier disposición susceptible de generar efectos contrarios a ellos.

La ley establecerá en las concesiones de servicios públicos, la utilidad para el concesionario o concesionaria y el financiamiento de las inversiones estrictamente vinculadas a la prestación del servicio, incluyendo las mejoras y ampliaciones que la autoridad competente considere razonables y apruebe en cada caso.”

La Disposición Transitoria Decimoctava comienza por ordenar a la Asamblea Nacional que dicte una ley especial en la cual se desarrollen los principios ya indicados en el punto anterior, en el cual destaca especialmente la libre competencia; este aspecto resulta de especial relevancia, por cuanto, y como nos referiremos abajo, a pesar de que luego de la entrada en vigencia de la CRBV fue dictada una nueva ley que derogó a la Ley para Promover y Proteger a la Libre Competencia, esta fue dictada por el Presidente de la República mediante un decreto legislativo, con lo cual no se cumplió con este mandato constitucional.

En segundo lugar, la Disposición Transitoria Decimoctava ordena también la creación de un órgano con independencia constitucional para velar por la aplicación en la práctica del artículo 113 *eiusdem*, el cual debería tutelar los bienes jurídicos a los cuales ya nos hemos referido anteriormente, y que son aquellos mismos protegidos por el Derecho de la Competencia. Este órgano poseer un grado de independencia tal que, la máxima autoridad del mismo debería ser designada por la Asamblea Nacional, y no por el Presidente de la República o cualquier otro órgano del Poder Ejecutivo nacional, como dispone la actual legislación vigente en la materia.

Lo anterior implica que, dicho funcionario gozará de una estabilidad en el cargo capaz de aplicar la legislación de competencia al sector público o privado sin temor a ser removido o destituido por ello, cuestión que, como hemos expresado en otras oportunidades, se asimila a la independencia que se le ha otorgado a ciertos órganos administrativos de los EEUU para que puedan regular ciertos

sectores o ejecutar determinadas competencia de forma técnica y alejados en lo posible de la influencia política¹².

En complemento de lo anterior, la Disposición Transitoria Decimoctava estableció -adicionalmente- una especie de “control difuso” que obliga a los funcionarios y jueces encargados de aplicar el Derecho de la Competencia a desaplicar cualquier norma que pueda colidir con la libre competencia. Esta potestad, que no sería extraña en el caso de los jueces en materia constitucional, sí lo sería en extraña en materia administrativa, dado la sumisión que debe tener la administración pública a la ley, lo cual le debería impedir juzgarla y decidir sobre su aplicación. En efecto, el principio de la legalidad en materia administrativa es una de las bases fundamentales del Derecho Administrativo, y del Estado de Derecho, en general, por lo que pareciera inconveniente el haber otorgado esta potestad a los funcionarios públicos, con competencia en la materia, más allá de cualquier preferencia hacia esta rama del Derecho.

En atención a lo anterior, lo procedente sería que la ley que dicte la Asamblea Nacional, en atención a este mandato, resolviera la manera cómo se debiera aplicar esta disposición, especialmente por lo que respecta a la administración pública, pudiendo ser una alternativa válida para ello que el funcionario someta a consulta al juez competente por la materia, para que este sea el que resuelva el conflicto sobre su aplicación o no.

Una vez que hemos determinado cuál es la situación constitucional de las normas que sirven de soporte a la libre competencia, y al Derecho de la Competencia en Venezuela, corresponde revisar cuál ha sido su desarrollo en concreto a la fecha.

4. La Ley Antimonopolio

Para la entrada en vigencia de la CRBV ya se encontraba vigente, a su vez, la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia o Ley Procompetencia, como comúnmente se le conoció. La Ley Procompetencia era una ley bastante similar a las desarrolladas con base en el Derecho de la Competencia europeo, y en la cual se proscribían una serie de prácticas restrictivas de la libre competencia, como clásicamente lo efectúan las leyes sobre la materia de otros países u ordenamientos.

Había mucha expectativa sobre cuál sería el contenido de la ley que la sustituyera, por dos razones; la primera, el cumplimiento del mandato de la Disposición

12 Cfr. Miguel J. Mónaco, *Las Administraciones Independientes en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos de América y su Potestad Normativa*, FUNEDA, Caracas, 2005, p. 207.

Transitoria Decimoctava y cómo sería su desarrollo; y la segunda, la interpretación del artículo 113 de la CRBV, respecto a la interpretación relativa a que no se permitirían los monopolios, sobre lo cual ya nos hemos referido.

La Asamblea Nacional trabajó en proyectos de ley destinados a la reforma de la Ley Procompetencia, o en una nueva ley que la derogara por completo, como lo fueron el “Proyecto de Ley para Promover a la Libre Competencia y la Eficiencia”, en el año 2001, y el “Proyecto de Ley contra Prácticas Monopólicas, Oligopólicas y la Competencia Desleal”, preparado por la Procuraduría General de la República en el 2006, el cual se encontraba basado en el proyecto anterior preparado por Procompetencia,¹³ y cuyo título fue reformado posteriormente a “Proyecto de Ley Antimonopolio, Antioligopolio y la Promoción de la Justa Competencia”¹⁴.

Posteriormente, en el 2011, Asamblea Nacional realizó algunos nuevos intentos para la preparación de un nuevo proyecto, y específicamente conviene referirse al “Proyecto de Ley contra los Monopolios y otras Prácticas de Similar Naturaleza”¹⁵, preparado por la Comisión Permanente de Finanzas y Desarrollo Económico, del cual merece destacar que eliminaba la palabra “competencia” en todo su contenido y lo sustituía por “inserción y participación”, así como que proscribía al monopolio en sí mismo, independientemente del hecho que este fuese alcanzado lícitamente y producto de la preferencia de los consumidores. Asimismo, este nuevo proyecto de ley pretendía exceptuar a las empresas públicas o entes públicos de su ámbito de aplicación.

Ninguno de dichos proyectos alcanzó a culminar su aprobación completa en segunda discusión de la Asamblea Nacional, en el mejor de los casos, lo cual seguramente fue el resultado de la desconfianza de algunos de sus miembros en el mercado y la libre competencia, por lo que había poco interés en su impulso, y más bien estos proyectos se inscribían en ir en contra de estos últimos.

13 Consultado en original.

14 Comisión Especial de la Asamblea Nacional para la revisión del Proyecto de Ley Antimonopolio, Antioligopolio y de la Competencia Desleal. *Informe que presenta la Comisión Especial a la Plenaria de la Asamblea Nacional sobre el Proyecto de Ley Antimonopolio, Antioligopolio y la Competencia Desleal a los Efectos de su Segunda Discusión*. Consultado en original.

15 Comisión Permanente de Finanzas y Desarrollo Económico. *Proyecto de Ley contra los Monopolios y otras Prácticas de Similar Naturaleza*, consignado ante la Secretaría de la Asamblea Nacional el 10 de julio de 2012. Consultado en original.

Fue en el 2014, cuando fue publicada La Ley Antimonopolio¹⁶, la cual no fue aprobada por la Asamblea Nacional, sino por el Presidente de la República a través de un decreto con rango, valor y fuerza de ley, lo cual implica que no fue en cumplimiento del mandato contenido en la Disposición Transitoria Decimoctava.

En ese sentido, la Ley Antimonopolio tampoco cumple con lo ordenado en la Disposición Transitoria Decimoctava, en cuanto a que su máxima autoridad debería ser designada por la Asamblea Nacional, por cuanto esta ley dispone que este alto funcionario de la Superintendencia Antimonopolio es designado por el Presidente de la República. Asimismo, la Ley Antimonopolio tampoco desarrolló en nada referido al “control difuso” de la libre competencia, si lo deseamos llamar de esa forma, con lo cual se evidencia que la Disposición Transitoria Decimoctava en nada fue tomada en cuenta.

Por lo que respecta a la Ley Antimonopolio en sí misma, apreciamos que buscó reformar a la Ley Procompetencia, pues sigue su esquema -en cierta medida- respecto a las prohibiciones que contenía esta última, pero sus fines parecieran más propios de una actividad de fomento de la producción nacional¹⁷ que en función de la protección de los consumidores, lo cual es el bien jurídico fundamental que protege el Derecho de la Competencia.

En todo caso, la Ley Antimonopolio, trató de asimilarse a la Ley Procompetencia derogada, y se separó de los proyectos preparados por la Asamblea Nacional, a los cuales nos hemos referido, en los cuales se eliminaban las palabras “competencia” o “mercado”, y se prohibían a los monopolios en sí mismos, lo cual hubiese sido un retroceso sumamente grave.

Ciertamente, por lo que a este último aspecto respecta, se ratifica que la Ley Antimonopolio sólo prohíbe el abuso de la posición de dominio, en términos similares a los contenidos en la Ley Procompetencia, pero advirtiendo en el último párrafo de su artículo 13 que, “Cuando exista posición de dominio, las personas que se encuentren en esa situación, se ajustarán a las disposiciones previstas en

16 Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 40.529, de 26 de noviembre de 2014, y publicada nuevamente por error material en su publicación.

17 “Artículo 1.- (...) promover, proteger y regular el ejercicio de la competencia económica justa, con el fin de garantizar la democratización de la actividad económica productiva con igualdad social, que fortalezca la soberanía nacional y propicie el desarrollo endógeno, sostenible y sustentable, orientado a la satisfacción de las necesidades sociales y a la construcción de una sociedad justa, libre, solidaria y corresponsable, mediante la prohibición y sanción de conductas y prácticas monopolísticas, oligopólicas, abuso de posición de dominio, demandadas concertadas, concentraciones económicas y cualquier otra práctica económica anticompetitiva o fraudulenta.”

este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en cuanto no se hayan establecido condiciones distintas en los cuerpos normativos que la regulen, conforme a lo dispuesto en el artículo 113 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, lo cual implica que, la Ley Antimonopolio advirtió el problema interpretativo que encierra el artículo 113 de la CRBV, respecto a no permitir los monopolios, sin resolverlo, razón por la cual este problema interpretativo se encuentra aún por pendiente de solución legislativa, la cual debería ser la que hemos indicado en este trabajo, y otros previos que lo preceden.

Finalmente, resulta pertinente indicar que, la Ley Antimonopolio excluye a las Empresas del Estado de sectores estratégicos o publicados de su ámbito de aplicación, así como de las llamadas “organizaciones socio productivas” consagradas en la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, lo cual carece de justificación alguna, pues siendo una ley que proscribe y castiga conductas ilícitas, debería ser el Estado el primero en llamado a no incurrir en ellas.

5. Conclusión

La CRBV contiene reglas y principios destinados a la protección de la libre competencia, y que sirven de base para el Derecho de la Competencia a nivel constitucional, pero los mismos se encuentran pendientes de desarrollo a través de la ley dictada por la Asamblea Nacional, como lo dispone la Disposición Decimoctava de ella. Más aún, la Ley Antimonopolio tampoco cumplió con dicho mandato constitucional, pues tampoco estableció un órgano con la independencia requerida constitucionalmente, ni resolvió el problema de la aplicación preferente de los principios en materia de libre competencia a cualquier norma que los contradiga y, especialmente, a cómo ello operaría en el ámbito de la regulación de la actividad económica.

Sumado a todo lo anterior, nos encontramos con que existen algunas dudas todavía, a nivel legislativo, sobre la interpretación del artículo 113 de la CRBV, por lo que es necesario que se ratifique el derecho de cualquier empresa a alcanzar una condición de monopolio o posición de dominio cuando ello sea el producto de sus méritos, tales como pudiesen ser tecnológicos, científicos, económicos o por la simple preferencia del consumidor; castigar a quien sea más eficiente que el resto, es contrario a la eficiencia, al beneficio del consumidor y la economía, y contrario a las propias normas constitucionales, las cuales sólo requieren de una interpretación coherente y apegada a sus propios objetivos y fines.

Resulta por lo tanto indispensable una nueva ley que cumpla con esos cometidos, y que sustituya a la Ley Antimonopolio, respecto de lo cual el legislador se encuentra en mora, a más de 25 de años de la entrada en vigencia de la CRBV.

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Algunos aspectos de la normativa vigente en Venezuela sobre trata de personas, particularmente niños, niñas y adolescentes

María Gabriela Cuevas García¹

Introducción

La comercialización de personas con la finalidad de obtener beneficio mediante su explotación es una actividad prohibida, tipificada como delito en normas de naturaleza penal, es un delito grave, que genera situaciones violatorias de derechos humanos pues vulnera la dignidad de las personas víctimas, y comporta pena de privación de libertad por una importante cantidad de años, tanto en Venezuela como en otros países.

En la práctica, este delito resulta sumamente rentable, se comete con frecuencia, suele involucrar complicidad de autoridades públicas, se comete en muchos países del mundo, y en muchas ocasiones con el concurso de la delincuencia organizada transnacional. Por su gran lesividad a nivel global, frente a este flagelo se han producido múltiples respuestas en el plano internacional, muchas de estas originadas en la actuación de órganos internacionales, que han elaborado variedad de instrumentos jurídicos, de los que derivan compromisos para todos los Estados miembros de los organismos intergubernamentales de los que emanan y, particularmente, obligaciones para los Estados que han suscrito tratados, tal como la obligación de dictar medidas legislativas tipificando esta actividad como delito.

1 Abogada por la Universidad Católica Andrés Bello 1991, Master en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid 2002, Estudios de Especialización en Derecho Penal UCAB en curso, Profesora de la Escuela de Derecho de la UCAB, Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB.

En este artículo se muestra una visión general de los textos normativos contentivos de la diversidad de normas jurídicas vigentes en Venezuela que abordan el fenómeno de la trata de personas, entre las que se encuentran diferencias según su distinto ámbito geográfico de aplicación (internacional o nacional), y según los distintos objetivos perseguidos mediante dichas normas (prevención, protección de víctimas, o persecución de personas victimarias). En el artículo se hace énfasis específicamente en la trata de niños, niñas y adolescentes, y se reflexiona sobre la ausencia de normas expresas en importantes textos normativos, como la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

La revisión que se presenta se centra en aspectos sustantivos de las normas, por lo tanto, no forma parte de este trabajo el análisis de aspectos adjetivos, como los referidos a posibles conflictos de competencia de tribunales.

Normas internacionales

A continuación se hace referencia a normas internacionales que expresamente refieren la problemática de la trata de personas en su articulado (trata de personas en general o trata específicamente de niños, niñas y adolescentes). Hay textos normativos internacionales de particular relevancia para el estudio de las distintas formas de explotación, indispensables para la comprensión de la problemática, pero que no son referidos aquí por no estar dirigidos a ser aplicados en casos de trata (es decir, supuestos de captación, transporte, traslado, acogida o recepción con la finalidad de explotación, aun cuando no se haya materializado la explotación); tales textos normativos resultan aplicables para otros supuestos en los que se presentan formas de explotación que no han sido precedidas de la captación, transporte, traslado, acogida o recepción; es el caso del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía²; en este Protocolo que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño, la mención que se hace a la trata no es en su articulado, sino en los considerandos previos, en donde se destaca que existe diferencia entre la trata y la venta, que pueden ir aparejadas, pero no necesariamente, y que la trata debe estudiarse como fenómeno que prolifera en entornos de pobreza y vinculados a las causas profundas de la realidad de la venta y explotación, que son objetivo específico de ese Protocolo.

Aclarado este límite en la selección de los textos, se procede a su análisis.

2 Organización de las Naciones Unidas. *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía*. 25 de mayo de 2000. (Instrumento igualmente suscrito y ratificado por Venezuela, y aprobado mediante Ley)

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Hoy día se encuentra una definición elaborada de la trata en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños³, que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁴. Este tratado internacional fue suscrito por Venezuela el 14 de diciembre de 2000, y ratificado mediante Ley Aprobatoria⁵. Este tratado ha sido ratificado por 180 países⁶ (de los 192 que han ratificado la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional). En el Protocolo contra la Trata se regula la trata de personas cuando es cometida transnacionalmente por un grupo de delincuencia organizada.

En ese instrumento jurídico se define la trata de personas en los siguientes términos:

Protocolo contra la Trata

Artículo 3

Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servi-

3 Organización de las Naciones Unidas. *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños*. 2000. (También conocido como Protocolo de Palermo).

4 Organización de las Naciones Unidas. *Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. 2000.

5 Venezuela. *Ley Aprobatoria del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Gaceta Oficial n° 37.357, 04 de enero de 2002.

6 Como referencia de la importancia de este tratado según el respaldo que le han dado los Estados al ratificarlo, se puede comentar para comparar, que el tratado de Naciones Unidas sobre derechos humanos que cuenta con el mayor número de ratificaciones de países es la Convención sobre Derechos del Niño, de la que son parte 196 Estados.

cios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

b) **El consentimiento dado por la víctima** de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo **no se tendrá en cuenta** cuando **se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados** en dicho apartado...⁷

Entre las obligaciones que asumen los Estados al ratificar tratados internacionales está la de dictar normas internas que prohíban las conductas identificadas como nocivas en el tratado. En este sentido:

El Protocolo contra la Trata, en su artículo 5, identificado con el título “Penalización” establece que cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas para tipificar como delito en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente (lo que descarta el tipo de delito culposos), las siguientes conductas:

1) La trata de personas (es decir, su captación, traslado, acogida o recepción, con fines de explotación);

2) La tentativa⁸ de trata de personas (es decir, que expresamente se tipifique como delitos los actos con los que se da inicio a la ejecución de las conductas de

7 Delito distinto de la trata de personas es el tráfico ilícito de migrantes, pero puede estar muy vinculado, cuando la trata no se limita al traslado en el territorio nacional, sino que supone el traslado internacional. Se encuentra regulación de este otro en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, del mismo año 2000, que también complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y que es referido como el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes. Este instrumento internacional también establece la obligación de los Estados Parte de legislar, para lo cual indica las conductas a tipificar como delito (el tráfico ilícito de migrantes; y la creación o falsificación de documentos con fines de tráfico ilícito o de permanencia ilegal de migrantes); señala la obligación de tipificar la tentativa (que expresamente se tipifique como delitos los actos preparatorios del tráfico ilícito de migrantes, y de creación y falsificación de documentos con tales fines); y la obligación de incluir en el tipo penal subjetivo las conductas de quienes actúen como partícipes (del tráfico ilícito de migrantes y de la falsificación de documentos con tales fines); así como la obligación de legislar sobre las circunstancias a considerar como agravantes (poner en riesgo la vida de los migrantes o transportarlos en condiciones de explotación).

8 En este punto surge duda sobre el sentido con que se usa en el Protocolo el término “tentativa”: 1) Si se usa en el sentido moderno, que abarca tanto la tentativa inacabada, como la tentativa acabada -a la que el Código Penal Venezolano, en un lenguaje más tradicional, refiere como frustración-. (Respecto al uso actual del término ver: Juan Luis Modolell, *Derecho Penal. Teoría del Delito*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014, Pág. 156; quien explica que en la doctrina moderna se utiliza la palabra tentativa como sinónimo de delito imperfecto, y dentro de ella se distingue la tentativa inacabada -que corresponde a lo que nuestro Código Penal denomina tentativa- y la tentativa acabada -que corresponde

captación, traslado, acogida o recepción de personas con fines de explotación), ello con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico⁹ (en alusión a los tipos de imperfecta realización);

3) La participación como cómplice en la comisión del delito de trata de personas (en este sentido, según nuestra normativa las formas de participación pueden ser: la cooperación inmediata, la inducción, la complicidad necesaria y la complicidad simple¹⁰);

4) La organización o dirección de otras personas para la comisión del delito de trata de personas (lo cual se refiere a la autoría intelectual, en los casos de coautoría; a la autoría mediata, en los casos de uso de personas como instrumento; y a la autoría mediata en los casos de dominio de aparato de poder)¹¹.

Adicionalmente, el Protocolo contra la Trata de Personas pareciera establecer que las conductas que regula son aquellas que además sean de **carácter transnacional** y que entrañen la participación de un **grupo delictivo organizado** (según lo establecido en su artículo 4, titulado “Ámbito de aplicación”).

No obstante, de una revisión detallada de este instrumento jurídico y de los debates previos a su adopción, hay autores que concluyen que tales limitaciones solo se refieren a las normas sobre la cooperación internacional, mientras que lo relativo a la obligación de los Estados de tipificar delitos, entre otras, debía interpretarse de manera amplia, es decir abarcando el flagelo a nivel nacional (penalizando los casos que no impliquen paso de fronteras) y a todos los autores y no solo a la delincuencia organizada¹².

a lo que nuestro CP denomina frustración-); o 2) Si el término “tentativa” en el Protocolo se refiere al concepto tradicional de tentativa (actual tentativa inacabada), y por tanto está dejando de lado la posibilidad de sancionar la frustración..

9 Llama la atención que esta referencia al ordenamiento interno no se haga respecto a todas las conductas, sino solo para tipificar la tentativa, lo que sugiere que a este respecto hay diferencias en los ordenamientos jurídicos internos (que la norma internacional declara respetar). Por lo que corresponde precisar lo que estipula la normativa venezolana sobre la tentativa.

10 De conformidad con el Código Penal venezolano (Arts. 83 y 84). Ver: Modolell, *Derecho Penal. Teoría del Delito*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014, Pp. 185 y Ss.

11 Ver: Modolell, *Derecho Penal. Teoría del Delito*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014, Pp. 176 y Ss.; Roxin, Claus. *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. *Revista de Estudios de Justicia* (Facultad de Derecho Universidad de Chile), nº 7 (2006), Pp. 11 y Ss.; Francisco Muñoz Conde. *Teoría General del Delito*. Segunda edición, reimpresión. Temis, S.A., Santa Fé de Bogotá, 1999, Pp. 156 y Ss.

12 “...la clave principal en la lectura de este artículo (4 del Protocolo contra la Trata) es nuevamente la relación de complementariedad del Protocolo con la Convención. Así, efectivamente existe una disposición en la Convención – Artículo 34 apdo. 2 – que podría

El Protocolo contra la Trata complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se debe interpretar junto con esta Convención¹³, de manera que procede remitirnos a las definiciones contenidas en la Convención (en su artículo 2, titulado “Definiciones”; y en su artículo 3, titulado “Ámbito de aplicación”).

Para los fines de la presente Convención:

- a) Por “**grupo delictivo organizado**” se entenderá un **grupo estructurado de tres o más personas** que exista **durante cierto tiempo** y que **actúe concertadamente** con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro **beneficio de orden material**;
- b) Por “**delito grave**” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una **privación de libertad máxima de al menos cuatro años** o con una pena más grave;
- c) Por “**grupo estructurado**” se entenderá un grupo **no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito** y en el que **no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones** formalmente definidas ni **haya continuidad en la condición de miembro o** exista una **estructura desarrollada**; ...” (Artículo 2 de la Convención contra DOT. Resaltados propios).

“...será de carácter **transnacional** si:

- a) **Se comete en más de un Estado**;

considerarse “en contrario” y que... establece que las ofensas de la Convención deben penalizarse en el derecho interno de cada Estado Parte con independencia de la naturaleza transnacional o la participación de un grupo criminal organizado. De esta forma, es claro que se pretende asegurar claridad para los Estados cuando procedan a la criminalización de la trata, la cual debe ser penalizada así entendida. No obstante – y aquí el sentido en el que debe leerse el Artículo 4 sobre el ámbito de aplicación del Protocolo de Palermo –, las notas interpretativas sobre los *travaux préparatoires* aclaran que lo dicho no tiene impacto alguno en los artículos que regulen la cooperación. Siendo esta última vía la única abierta para interpretar el tenor del precepto, ocurriría que el mismo estaría estableciendo los parámetros de la cooperación entre los Estados Parte del Protocolo de Palermo para proteger a las víctimas de la trata y para prevenir, investigar y penalizar los delitos tipificados cuando estos tuvieran carácter transnacional y participara un grupo delictivo organizado”. (Ver: Ángela, Trujillo del Arco, *La trata de personas: la ‘trata delito’ y la ‘trata violación de derechos humanos’*. *Reconsideraciones sobre el concepto de trata y examen de las obligaciones de los Estados*. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Getafe, 2017, Pág. 74).

- 13 Así lo dispone expresamente el Protocolo contra la Trata en su artículo 1, titulado “Relación con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”

b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una **parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado**;

c) Se comete dentro de un solo Estado, pero **entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado**; o

d) Se comete en un solo Estado, pero **tiene efectos sustanciales en otro Estado**” (Artículo 3 de la Convención contra DOT. Resaltados propios).

Referencias a niños, niñas y adolescentes en el Protocolo

En el Protocolo contra la Trata se establecen precisiones respecto a la trata de niños, niñas y adolescentes en los siguientes términos:

Artículo 3. Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

...c) **La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación** se considerará **“trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados** en el apartado a) del presente artículo;

d) Por **“niño”** se entenderá toda persona **menor de 18 años**¹⁴.

(Resaltados propios).

Se observa, pues, la presencia en el Protocolo de referencia a NNA como parte de la definición de la conducta reprochable (Art. 3, literal c), y en este sentido señala que siempre que se produzca la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de NNA con fines de explotación, se considerará que existe el delito de trata, aunque no se haya procedido por los medios por los que se suele doblegar la voluntad de una persona, y que son identificados en el Protocolo. Es

14 De manera preliminar corresponde **aclarar** lo relativo al uso del término “niño”. En los documentos internacionales se usa la palabra “niños” para referir a las personas que no han alcanzado la mayoría de edad (como lo expresa el Protocolo en el Art. 3 arriba transcrito), mientras que en los documentos venezolanos se utiliza la expresión niños, niñas y adolescentes (en lo sucesivo NNA), y cuando corresponde se precisa sobre los distintos grupos etarios incluidos en esa categoría general. Así, según la Ley Orgánica de Protección de NNA los menores de edad son niños o niñas hasta que cumplen doce (12) años; y son adolescentes desde que cumplen doce (12) años y hasta antes de cumplir los dieciocho (18). Consideramos que la práctica venezolana de distinguir las categorías etarias es provechosa. En este artículo se usan los términos niño, niña y adolescente (NNA) en todos los casos, inclusive en las interpretaciones respecto a documentos internacionales que en su origen refieren únicamente el término “niños”. Cuando corresponde aportar información sobre el género de los adolescentes se les identifica como adolescentes de sexo femenino o adolescentes de sexo masculino, según sea el caso.

decir, cuando el sujeto pasivo es una persona menor de edad, se entiende que se está en presencia del delito, sin que haya que demostrar la existencia de medios violentos, engañosos, abusivos de poder, de aprovechamiento de la vulnerabilidad, o precedidos de negociación con quien tenga autoridad sobre la víctima.

El contenido de esta norma no debe confundirse con el contenido del apartado anterior del artículo (Art. 3, literal b) más arriba transcrito, referido a la irrelevancia del consentimiento de la víctima (concebida en términos generales, es decir, cualquier persona, sea adulta o menor de edad)¹⁵.

Entendemos que, en ambos casos, tanto respecto a víctimas mayores de edad que hayan sido objeto de violencia, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de su vulnerabilidad, u objeto de negocio con quien tiene autoridad sobre ellas, como respecto a las víctimas menores de edad, las posibles manifestaciones de voluntad consintiendo respecto de su explotación, son absolutamente inválidas. Ahora bien, en el caso de las víctimas menores de edad, además de la irrelevancia del supuesto consentimiento, opera la regla de que son innecesarias las verificaciones sobre la existencia o no de los medios, pues, en todo caso en que se hayan configurado las conductas reprochables de captación, transporte traslado, recepción o acogida, con fines de explotación, se considera que existe trata de personas. Por el contrario, en el caso de víctimas adultas, sí será necesario verificar que se está en presencia de los medios que constituyen elementos del delito.

Adicionalmente, el Protocolo establece obligaciones de los Estados Parte en favor de las víctimas y particularmente de NNA, en materia de: asistencia y protección (Art. 6, numeral 4) aludiendo la necesidad de que se les provea alojamiento, educación y cuidados adecuados, entre otros; medidas de prevención contra un nuevo riesgo de victimización, medidas para mitigar la falta de oportunidades, medidas para desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata (Art. 9)

Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es el más importante tratado internacional en materia de derechos humanos de niños, niñas y ado-

15 Se reitera aquí que, sobre el supuesto consentimiento para la explotación dado por la víctima, el Protocolo contra la Trata manifiesta que no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a la violencia psicológica, violencia física, al engaño, al abuso de poder, al aprovechamiento frente a la vulnerabilidad o al negocio con tercera persona que tenga autoridad sobre la víctima (mediante “la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder, al aprovechamiento de su vulnerabilidad, o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra”).

lescentes¹⁶. Entre los derechos que establece a NNA alude a cuatro grupos: los de supervivencia, los de desarrollo, los de participación, y los de protección propiamente dicha, entre estos últimos se encuentran los referidos a la necesidad de resguardar a NNA de la violencia que los rodea en los distintos ámbitos de la sociedad. En ese contexto, el artículo 35 de la **Convención** obliga a los Estados parte a tomar las medidas necesarias para impedir el secuestro, la venta o la **trata** de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Así, para desarrollar el contenido de la Convención, entre los protocolos que se han dictado, se adoptó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía¹⁷. En este instrumento se establecen importantes obligaciones en cabeza de los Estados para la prevención y erradicación de estos flagelos. En la exposición de motivos del mismo se hace referencia expresa a la trata de NNA, estableciendo tanto la diferencia como la relación entre estas figuras, al referir como un serio problema la importante y creciente **trata** internacional, que tiene como objeto la venta de niños, su prostitución y su utilización en la pornografía.

Convenio 182 de la OIT sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación

Este Tratado prohíbe las peores formas de trabajo infantil, y compromete a los Estados a la acción inmediata para su eliminación. Entre las peores formas de trabajo infantil, este Tratado se refiere a la **trata** y a la venta de niños, niñas y adolescentes.

La doctrina de la Organización Internacional del Trabajo describe las peores formas de trabajo infantil y ha producido normativa como el mencionado

16 Organización de las Naciones Unidas. *Convención sobre los Derechos del Niño*. 1989. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>. Consultado en junio de 2025. (Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General ONU en su Resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990. Suscrita por Venezuela el 26 de enero de 1990. Aprobación legislativa el 20 de julio de 1990. Ratificación Ejecutiva el 20 de agosto de 1990. Publicado en Gaceta Oficial N° 34.541, de fecha 29 de agosto de 1990. Depósito del instrumento de ratificación el 13 de septiembre de 1990.)

17 Organización de las Naciones Unidas. *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía*. 25 de mayo de 2000. (Instrumento igualmente suscrito y ratificado por Venezuela, y aprobado mediante Ley).

Convenio 182¹⁸, mediante la cual los países miembros se comprometen a prohibir y eliminar: a) la esclavitud, la venta, la trata, la servidumbre por deudas, la condición de siervo, el trabajo forzoso u obligatorio, el reclutamiento para ser usados en conflictos armados, y toda otra práctica análoga a la esclavitud; b) su utilización, reclutamiento u oferta para la prostitución, producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) su utilización, reclutamiento u oferta para la realización de actividades ilícitas como la producción y tráfico de estupefacientes; y d) otras que sean prohibidas por la normativa de cada país, sujeta a actualización periódica, porque puedan dañar su salud, seguridad o moralidad. De igual modo, tal normativa internacional contempla el compromiso de los países miembros de implementar programas de acción, y de vigilancia, así como normativa sancionadora, protección a quienes hayan sido víctimas y asegurar su rehabilitación y reinserción social.

Sin duda son graves los problemas a que hace frente dicha normativa sobre las peores formas de trabajo infantil, y es necesario encontrar soluciones frente a la magnitud con que se presentan en nuestro país (son problemas que se deben en gran parte a la pobreza¹⁹, y por eso han proliferado ampliamente, en medio de la situación que nos aqueja, que va mucho más allá de la agudización de la pobreza, pues se origina en perversiones institucionales y estructurales que caracterizan a la emergencia humanitaria compleja).

No obstante este reconocimiento de la gravedad de la situación por la que atraviesan cada vez más NNA víctimas de la explotación laboral, consideramos que puede resultar un factor protector de la niñez y de prevención de la trata que los victimiza, el generar opciones de trabajo cónsonas con su desarrollo integral, que hoy día existen pero solo al alcance de ciertos grupos que son o pasan a ser privilegiados (por ser la excepción, aunque provengan de sectores populares: nos referimos a los jóvenes que tienen la fortuna de trabajar en el Sistema Nacional de Orquestas, que bien puede tomarse como experiencia exitosa en cuanto al logro del desarrollo integral de NNA), y que pueden llegar a ser edificantes y constructivas, siempre que se lleven adelante en determinadas áreas, como puede ser la cultura. Estas posibilidades deben ser estudiadas, partiendo de un mayor conocimiento, mayor difusión y mayor aplicación, de las normas tanto nacionales como internacionales (LOPNNA y CDN) que reconocen la posibilidad del

18 Organización de las Naciones Unidas. Organización Internacional del Trabajo. *Convenio 182 sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación*. 1999, artículo 3.

19 Tal como se expresa en los considerandos del Convenio 182 de la OIT

trabajo de menores de edad, en ciertas condiciones que garanticen sus derechos y su desarrollo²⁰.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene en su artículo 6.1 una referencia a la trata, pero mencionando expresamente a dos grupos específicos de sujetos, a saber, esclavos y mujeres.

En su jurisprudencia²¹ la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace una interpretación del sentido actual de esa norma, tomando en cuenta el desarrollo del derecho internacional en la materia, pues no solo la trata de esclavos y de mujeres tienen como fin la explotación del ser humano, por lo que la Corte debe interpretar de manera amplia para que su protección alcance a cualquier persona, teniendo como fundamento para ello la aplicación de la óptica de la interpretación más favorable al ser humano y el principio pro persona; y todo ello con el objeto de dar efecto útil a la Convención Americana, de conformidad con la evolución del fenómeno. Así pues, concluye que debe entenderse referida a cualquier persona, lo que expresa en los siguientes términos:

“...la prohibición de ‘la trata de esclavos y la trata de mujeres’ contenida en el artículo 6.1 de la Convención Americana se refiere a: i) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; ii) recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Para los menores de 18 años estos requisitos no son condición necesaria para la caracterización de trata; iii) con cualquier fin de explotación”.

Como se puede observar, en los términos utilizados por la Corte hay identidad con los utilizados en el Protocolo contra la Trata antes presentado, que con fecha previa a la Sentencia marcó pauta a nivel internacional en la materia, recogiendo elementos de una importante variedad de documentos internacionales previos, y estableciendo una definición del delito respecto a la que se puede decir que existe acuerdo generalizado.

20 Instituto de Investigaciones Jurídicas y Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, *Trabajo adolescente según la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes como estrategia de prevención de la trata de personas*, Proyecto conjunto aprobado por el Comité de Ética de la UCAB, en curso 2025.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. San José, Costa Rica, 20 de octubre de 2016, Párr. 289.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Para”

En su artículo 2 este Tratado²² define lo que constituye violencia contra la mujer, clasificando los tipos de violencia según distintas facetas de la misma. Según los distintos tipos de daño que ocasiona, se señala que la violencia puede ser física, sexual y psicológica (Art. 2, enunciado).

Luego, según el ámbito en que ocurre la violencia se identifica: en primer lugar, el de las relaciones interpersonales (Art. 2.a); y en segundo lugar, la violencia que ocurre en la comunidad.

En este marco se mencionan distintas situaciones que configuran violencia, **entre las que se incluye expresamente la trata de personas** (Art. 2.b).

Por último, según los actores que de alguna manera participan como victimarios, se identifica la violencia que es ejercida o tolerada por agentes del Estado.

La presentación de estos cinco textos normativos de carácter internacional, entre los que destaca el papel del Protocolo contra la Trata, persigue favorecer la posterior revisión de la normativa interna para determinar en qué medida se ha cumplido con los mandatos, particularmente los contenidos en el Protocolo contra la Trata que señalan: 1) la obligación de tipificar determinadas conductas (la trata de personas, la tentativa de cometerla, la coautoría y la autoría mediata); y 2) en qué medida están tipificadas las conductas que, aun no siendo objeto de regulación del Protocolo contra la Trata, deben ser objeto de regulación interna, es decir, si están tipificadas las conductas de captación, traslado y recepción de personas con fines de explotación, aun cuando no tengan carácter transnacional y sean cometidas por actores no pertenecientes a un grupo delictivo organizado. Todo esto sin perjuicio de que, al menos en teoría, las normas internacionales sobre derechos humanos establecen un mínimo respecto al cual los Estados logran ponerse de acuerdo, por lo que es factible y deseable, que se pueda encontrar normas internas aún más favorecedoras de la persona humana, en la medida en que los Estados, en su deber de adaptación de su normativa y prácticas a los estándares debidos, pueden incluso superar los mínimos establecidos internacionalmente.

22 Organización de Estados Americanos. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Para”*. 9 de junio de 1994

Normas nacionales con regulación expresa sobre trata de personas, y específicamente sobre trata de niños, niñas y adolescentes.

A continuación se identifican las normas nacionales que aluden a la trata de personas en general y a la trata de NNA, en las que se tipifica el delito, y se hace una primera aproximación a su contenido. Adicionalmente, se hace mención a la omisión en esta materia en la ley destinada a la protección integral de niños, niñas y adolescentes (LOPNNA).

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela²³

En la normativa venezolana se prohíbe expresamente la esclavitud desde 1854 por vía de Decreto Presidencial, y desde 1857 por disposición constitucional.

En el texto de 1999 se incorporó también de forma expresa la referencia a la trata de personas. De esta manera, se proscribe la esclavitud y servidumbre estableciendo que ninguna persona podrá ser sometida a estas, y se identifica la trata de personas como delito, disponiendo que la trata de personas y, en particular, la de mujeres, niños, niñas y adolescentes en todas sus formas, estará sujeta a penas previstas en la ley.

Artículo 54

Ninguna persona podrá ser sometida a esclavitud o servidumbre. La **trata de personas** y, en particular, **la de mujeres, niños, niñas y adolescentes** en todas sus formas, **estará sujeta a las penas** previstas en la ley.

Se observa pues que, con anticipación a la adopción de la norma internacional antes presentada (Protocolo contra la Trata de Personas), existe la disposición constitucional que identifica como delito la trata de personas y remite a las normas penales su sanción. Al menos en el plano normativo existe la manifestación expresa de la necesidad de regular esta realidad.

En la práctica, para la concreción de la norma constitucional en normas de rango legal, y en medidas concretas para su aplicación aun transitamos un lento proceso, en el que durante la primera década de este Siglo XXI fue reiterado el discurso oficial respecto a la supuesta ausencia del problema en el país.

23 Modificación por enmienda Publicada en G.O. extraordinaria núm. 5.908 de 19 de febrero de 2009.

Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo²⁴

Con posterioridad a la ratificación de la Convención contra la Delincuencia Organizada, de su Protocolo contra la Trata, y de su Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, Venezuela dictó la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada²⁵, que luego fue reformada y titulada Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (LODOFT)²⁶. Esta Ley tipifica el delito de trata de personas y **establece como circunstancia agravante**, que aumenta la cuantía de la pena, el **que la víctima sea persona menor de edad**. En esta Ley se incorpora el tipo penal del delito de trata de personas en términos similares a los del mencionado Protocolo contra la Trata en cuanto a la definición de las conductas punibles, introduciendo precisiones. En el Capítulo IV, dedicado a los **delitos contra las personas** (junto a los delitos de manipulación genética ilícita; inmigración ilícita y tráfico ilegal de personas; tráfico ilegal de órganos; y sicariato) dispone:

Artículo 41

Quien como parte integrante de un grupo de delincuencia organizada promueva, favorezca, facilite o ejecute mediante la **captación, transporte, traslado, acogida o recepción** de personas, recurra a la amenaza, fuerza, coacción, rapto, engaño, abuso de poder, situaciones de vulnerabilidad, concesión, recepción u otro medio fraudulento de pagos o beneficios, para obtener el consentimiento de la víctima, directamente o a través de un intermediario, o una persona que tenga relación de autoridad sobre la otra, **para que** ejerza la mendicidad, trabajos o servicios forzados, servidumbre por deudas, adopción irregular²⁷, esclavitud o

24 Reforma publicada en G.O. núm. 39.912 de 30 de abril de 2012.

25 Venezuela. Asamblea Nacional de la RBV. *Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada*. 2005.

26 Venezuela. Asamblea Nacional de la RBV. *Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo*. 2012.

27 Respecto a este aspecto del tipo penal surgen dudas y reflexiones respecto a si exige que el sujeto activo tenga el fin de explotación (como elemento subjetivo del tipo distinto al dolo del autor, que sí está presente en todos los otros aspectos del tipo penal). En contra de la anterior hipótesis podría afirmarse que el comercializar a una persona se considera en sí mismo una forma de explotación (por haberle puesto precio), sin embargo, ello no se corresponde con la noción de explotación que ofrecen los teóricos del derecho penal (Ver Modolell, Juan Luis. *Breves comentarios a los tipos penales contenidos en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008) quienes afirman que la explotación requiere continuidad, reiteración (no un acto aislado, como sería la venta de un niño). Esta interpretación se corresponde con la que emite el Comité de Derechos del Niño (Organización de la Naciones Unidas. Comité de Derechos

sus prácticas análogas, la extracción de órganos, cualquier clase de explotación sexual; como la prostitución ajena o forzada, pornografía, turismo sexual y matrimonio servil, **aún con el consentimiento de la víctima**, será penado o penada con **prisión de veinte a veinticinco años** y la cancelación de **indemnización** por los gastos a la víctima para su recuperación y reinserción social.

Si la víctima es un niño, niña o adolescente será penado o penada **con prisión de veinticinco a treinta años**. (Resaltado propio).

Respecto a la finalidad de explotación (que se identifica en este texto normativo con la expresión “para que...” arriba resaltada en negritas), hemos concluido que las normas lo que exigen es que exista como elemento subjetivo del tipo, distinto al dolo, lo que explica que no se exija que se haya materializado para que proceda aplicar la sanción como delito consumado.

Reiteramos, pues, que en este artículo de la LODOFT se observa la presencia de referencia a NNA en el tipo, y se menciona en relación a la pena aplicable, es decir, como agravante al establecer que en caso de NNA víctimas, la pena será de 25 a 30 años (mientras que en los casos de víctimas adultas la pena es de 20 a 25 años).

Al comparar el texto normativo del Protocolo contra la Trata y la LODOFT se observan cambios y omisiones en esta última, según se detalla a continuación.

Supuesto consentimiento de la víctima: Como se ha dicho, el Protocolo contra la Trata contiene un apartado en el que expresamente señala la ausencia de validez del supuesto consentimiento de la víctima respecto a la explotación, en los casos en que están presentes determinados medios (violentos, engañosos, de uso abusivo del poder, de aprovechamiento de la vulnerabilidad, y de negocio

del Niño. *Observaciones finales a los informes periódicos del Estado venezolano*, 2014) cuando reitera a Venezuela que no basta tipificar la trata, que adicionalmente se requiere tipificar la venta de niños, para que pueda abarcarse la venta para la adopción, que es un asunto diferente a la Trata de Personas, porque en la venta para la adopción no está involucrada la finalidad de explotación. Una primera reacción frente a este texto de la LODOFT puede llevar a considerar favorable la mención de la adopción irregular, porque es una manera de transmitir a la sociedad el mensaje de que la adopción irregular mediante la venta de niños, niñas y adolescentes es una conducta prohibida y tiene connotaciones penales. Sin embargo, técnicamente no es adecuado ampliar los tipos penales sin que haya una congruencia lógica exacta, pues, a la larga, ello desmejora la cualidad de la figura general, si se llega como en este caso, a plantear dudas sobre lo que es esencial al tipo delictivo. Así, en este caso habría que preguntarse ¿esta ampliación del tipo implica que no es esencial a la trata de personas el fin de explotación? Las anteriores afirmaciones llevan a cuestionar la ampliación en la norma de la LODOFT, una mayor reflexión podría dar cabida también a un análisis contrario, profundizando respecto al elemento “conducta”.

con quien tenga autoridad sobre la víctima)²⁸, que son usados para lograr realizar las conductas que constituyen el núcleo del tipo. Es un apartado que se refiere a cualquier víctima, pues la norma no distingue, por ejemplo, entre víctimas adultas y víctimas menores de edad²⁹.

La LODOFT no contiene un apartado como el descrito, referido específicamente a la irrelevancia del consentimiento en presencia de determinados medios, sino que la LODOFT refiere **de forma general**, en la descripción del tipo, que el delito se configura con la conducta del sujeto activo descrita **“aún con el consentimiento de la víctima”**.

Al intentar revisar las implicaciones de este cambio, se observa que, según ambos textos normativos se llega a la misma conclusión (establecer la irrelevancia del supuesto consentimiento de la víctima), sin embargo, con la fórmula escogida por el legislador venezolano se llega a esa misma conclusión de una manera más directa, lo que parece favorecer la postura de la víctima (cualquier víctima, sea mayor o menor de edad). Es decir, en ambos textos normativos la conclusión es que, en todos los supuestos de trata de personas se vulnera la voluntad de la víctima (aunque haya alguna supuesta manifestación de voluntad, será una voluntad siempre viciada) y el supuesto consentimiento es siempre carente de validez.

Irrelevancia del uso de determinados medios en casos de víctimas menores de edad: Como se ha dicho, el Protocolo contra la Trata contiene un apartado expresa y específicamente dirigido a los casos en que son víctimas NNA, en el que dispone que cuando se presenten los verbos rectores del tipo, se habrá configurado la trata de personas, aun en ausencia de alguno de los medios que suele usarse para controlar a la víctima. Resulta difícil imaginar cuáles serían esos supuestos, pues el listado de medios es bastante amplio. Un posible ejemplo de uno de esos casos, sería cuando quien transporta, traslada o acoge es la propia persona

28 Según el Protocolo contra la Trata: **“El consentimiento dado por la víctima... a toda forma de explotación intencional... no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados”**

29 Debe descartarse la tendencia a pensar que ese primer apartado (sobre irrelevancia del supuesto consentimiento de la víctima) se refiere únicamente a víctimas adultas, solo por el hecho de que el siguiente apartado de la norma sí se refiere expresamente a víctimas menores de edad, y en ese caso para establecer la irrelevancia de la presencia o no de los medios (violentos, engañosos, de uso abusivo del poder, de aprovechamiento de la vulnerabilidad o, de negocio con quien tenga autoridad sobre la víctima), pues aun en ausencia de los mismos se configura el delito contra las personas menores de edad. Es decir, el hecho de que el segundo apartado se refiera expresa y exclusivamente a víctimas menores de edad, y que descarte la necesidad de evaluar la presencia de los medios especificados, no excluye la aplicación del primer apartado a los casos de víctimas menores de edad (en supuestos excepcionales que no queden resueltos con lo dispuesto en el segundo apartado).

que ejerce autoridad sobre la víctima, por lo que su acción puede presentarse como parte del usual ejercicio de su autoridad, sin que se requieran artilugios de fuerza, engaño o negociación con otro, para lograr el control sobre la persona. Sin embargo, incluso ese ejemplo estaría descrito en el listado de medios, pues sería una situación en que esa persona que ejerce autoridad abusa del poder que tiene. No obstante, aunque difícil de imaginar, esos supuestos de ausencia de los medios descritos podrían ocurrir, y en los mismos, según dispone la norma, lo relevante para calificar el delito es la existencia de captación, transporte, traslado, acogida o recepción, sumado a la finalidad de explotación. Pareciera, pues, que la regla en la práctica es que, aunque la norma no exige que se haya usado los medios determinados, en la mayoría de los casos esos medios estarán presentes, por lo que se estima que el efecto jurídico de la norma es que, en cualquier caso, el asunto no es objeto de debate, es decir, no amerita ser argumentado o probado.

Por su parte la LODOFT no contiene un apartado como el anteriormente descrito, no menciona que **la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un NNA con fines de explotación** se considerará “**trata de personas**” **incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados (que consisten en violencia, psicológica o física, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de vulnerabilidad, o negocio con quien tenga autoridad sobre la víctima).**

Sobre las posibles formas de interpretación de las implicaciones de la omisión en la LODOFT de un señalamiento sobre la irrelevancia de los medios en materia de NNA víctimas, resulta de interés hacer algunos comentarios:

1) Una opción de interpretación de tal omisión podría ser afirmar que en la ley venezolana la configuración del tipo contra NNA es más rigurosa que en el Protocolo contra la Trata (entendiendo que debe aplicarse la definición del tipo general, y que por tanto se requerirá de la presencia de alguno de esos medios para que pueda afirmarse que se está en presencia del delito de trata, bien sea la víctima una persona adulta o menor de edad);

2) Como no resulta lógico que el legislador venezolano haya optado por una fórmula menos protectora para NNA que la del Protocolo contra la Trata, otra opción sería interpretar que la omisión de referencia expresa a la irrelevancia de la presencia de determinados medios, se debería a la consideración de que, en general y respecto a cualquier víctima (sea persona adulta o menor de edad) la mención a los medios en la norma sería solo orientadora, pero no un requisito de configuración del tipo, es decir, el listado de medios no se hace para identificarlos como elementos necesario en la configuración del tipo, y de ser así, se justificaría que el legislador hubiera considerado innecesario reiterar esa regla para el caso de

NNA víctimas, porque sería ya la regla general; esta opción de interpretación, se ubica en el extremo opuesto a la identificada previamente, y llevaría a concluir que la fórmula en la norma venezolana sería más laxa que la del Protocolo contra la Trata, respecto a la configuración del tipo penal contra sujetos pasivos adultos (reiteramos, significaría interpretar que, en general, los medios pueden estar presentes o no, sin que su presencia sea condición *sine qua non* para que se configure el delito, siempre que exista la conducta -captación, transporte, traslado, acogida o recepción- y el elemento subjetivo del tipo distinto al dolo -la finalidad de explotación-). Esta segunda opción de interpretación asomada parece descartable, porque, aunque parece conducir a un resultado más lógico respecto al tratamiento a NNA (que no sería menos favorable que el que otorga el Protocolo contra la Trata), no encuentra respaldo en la interpretación literal³⁰; y por último;

3) Una tercera opción de interpretación es que la norma nacional en la **LO-DOFT**, al no expresar que no se requiere la presencia de uno de los medios para considerar que hay trata contra NNA, no está necesariamente marcando una solución opuesta a la del Protocolo contra la Trata, sino llegando a la misma conclusión, por un camino distinto. Es decir, sería el resultado de interpretar que toda situación que involucra a un NNA supone un abuso de condición de poder, al mismo tiempo que una forma de aprovechamiento respecto de una situación de vulnerabilidad (ya que la mayor vulnerabilidad es inherente a la minoría de edad)³¹, es decir, que se parte de la idea de que no se requiere ni argumentar, ni probar la presencia de los medios, porque la presencia de las situaciones de vulnerabilidad del menor de edad, y de poder del adulto, son la regla siempre, por lo que, es obvio que la ausencia de medios no se configurará en caso alguno como un obstáculo para la identificación del delito, y siendo algo tan obvio, el legislador venezolano optó por no reiterarlo expresamente, por considerarlo innecesario. Según esta tercera opción de interpretación, la norma venezolana no es, **ni más rigurosa que el Protocolo contra la Trata en materia de NNA víctimas, ni menos rigurosa que el Protocolo contra la Trata en materia de adultos víctimas**, tan solo llega a la misma conclusión, por un camino diferente.

La interpretación que parece correcta es esta última, centrándonos en el resultado que produce, pues es la más cónsona tanto con el texto, como con el sentido general de la Ley, que estaría marcado por una tendencia general a replicar el Pro-

30 Siendo que en la descripción general del tipo se alude expresamente a los medios, es cuesta arriba sostener que no es con el carácter de elementos constitutivos del tipo, y una interpretación como esa requeriría de algunos elementos expresados en el texto de la norma, que asomaran ese carácter distinto al de elemento constitutivo del tipo.

31 Es pertinente aquí una reflexión sobre la situación en el caso de víctimas que sean personas adultas vulnerables, que deberían tener un tratamiento similar al de NNA.

tolerancia contra la Trata, y a apartarse de este solo cuando es para favorecer la postura de la víctima, como resulta de haber definido en el tipo penal que el delito se configura aunque exista una manifestación de voluntad de la víctima respecto a la aceptación de la explotación (y no como en el Protocolo contra la Trata, en el que la mención a la irrelevancia del consentimiento se hace en apartado en el que se enfatiza que está supeditada a la presencia de los medios determinados, lo que, si se hubiera replicado en la norma venezolana, podría tener implicaciones probatorias, que impondrían mayor carga a las víctimas).

Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia³²

Los artículos de esta Ley (LODMVLV) que expresamente refieren el delito de trata de personas son:

Artículo 19.23 (definición)

Trata de mujeres, niñas y adolescentes: Es la **captación, transporte, traslado, acogida o recepción** de mujeres, niñas y adolescentes, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza o de otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre mujeres, niñas o adolescentes, **con fines de explotación**, tales como prostitución, explotación sexual, trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Artículo 72 (tipificación de la trata)³³

32 Venezuela. Asamblea Nacional de la RBV. *Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*. Gaceta Oficial No. 6.667 Extraordinario del 16 de diciembre de 2021. (Modificó la Ley Publicada en G.O. núm. 40.548 de 25 de noviembre de 2014).

33 Este artículo fue modificado en la más reciente reforma a la Ley (de 2021), los cambios consistieron en: 1) se amplió la lista de verbos rectores que se refieren a las formas o grados de intervención de los sujetos activos, en este sentido se incluyó: “induzca”, “favorezca”, “financie” o “solicite”; 2) se amplió la lista de verbos rectores que constituyen el núcleo del tipo y que identifican las acciones que configuran el delito, en este sentido se incluyó: “traslado”; 3) se aumentó la lista de medios, es decir, el elenco de acciones alternativas que se podrían emplear para lograr realizar las conductas que son el núcleo del tipo (medios para lograr la captación, transporte, traslado, acogida, o recepción), en este sentido se incluyó “uso de la fuerza”, “otras formas de (coacción)”, “abuso de poder”, “(aprovechamiento) de una situación de vulnerabilidad”, “concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre (mujeres, niñas o adolescentes)”; 4) se aumentó la pena, ahora se establece prisión de 20 a 25 años, mientras que la norma previa establecía de 15 a 20 años; y 5) se introdujo como agravante el que la víctima sea menor de edad, y en esos casos la pena a aplicar será de 25 a 30 años de prisión.

Quien promueva, induzca, favorezca, facilite, ejecute, financie o solicite la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de mujeres, niñas y adolescentes, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza o de otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre mujeres, niñas o adolescentes, con fines de explotación sexual, prostitución, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre, adopción irregular o extracción de órganos será sancionado o sancionada con prisión de veinte a veinticinco años.

Si la víctima es una niña o adolescente la pena será de veinticinco a treinta años.

Resulta interesante que esta Ley incorpora dos textos sobre la trata de personas, uno para definirla desde un punto de vista más sociológico, podría decirse, y otro para tipificarlo penalmente, precisando los elementos del tipo. En el primero se observan elementos enunciativos (Ej. “tales como”), que no están presentes en la tipificación, que identifica los elementos con mayor precisión.

Comparando este texto normativo encontramos que omite dos elementos que sí refiere el Protocolo contra la Trata, a saber:

Irrelevancia del consentimiento de la víctima

A diferencia del Protocolo contra la Trata, la LODMVLV no contiene un apartado relativo a la ausencia de validez del supuesto consentimiento de la víctima respecto a la explotación, en los casos en que están presentes los medios violentos, engañosos, de uso abusivo de poder, de aprovechamiento de la vulnerabilidad, o de negocio con quien tenga autoridad sobre la víctima. En este sentido se diferencia también del texto de la LODOFT, en la que la propia descripción general del tipo señala que es irrelevante que exista consentimiento de la víctima respecto de su explotación, pues en todo caso se configura el delito, con lo que la LODOFT pareciera más favorecedora a la víctima que la LODMVLV. Sobre las implicaciones de esta omisión observamos que, aunque es menos clara, menos contundente, a la larga, en su aplicación se puede llegar a los mismos resultados, pues la invalidez de ese supuesto consentimiento deriva de la aplicación de otras normas de derecho, y específicamente en derecho penal³⁴, sobre consentimiento viciado.

Irrelevancia del uso de determinados medios en casos de víctimas menores de edad

34 En futuros trabajos, este punto particular requerirá mayor desarrollo.

A diferencia del Protocolo contra la Trata, la LODMVLV no contiene un apartado relativo a que **la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación** se considerará “**trata de personas**” **incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados**. Respecto a esta última omisión la LODMVLV asemeja a la LODOFT, por lo que corresponde reiterar aquí los comentarios y reflexiones hechos en el apartado anterior, respecto a esta omisión en la LODOFT, y se recalca aquí la conclusión a la que se arribó:

La norma nacional en **la LODMVLV**, al no expresar que no se requiere la presencia de uno de los medios para considerar que hay trata contra NNA, no está necesariamente marcando una solución opuesta a la del Protocolo contra la Trata, sino llegando a la misma conclusión, por un camino distinto; como sería el resultado de interpretar que toda situación que involucra a un NNA supone un abuso de condición de poder, al mismo tiempo que una forma de aprovechamiento respecto de una situación de vulnerabilidad (ya que la mayor vulnerabilidad es inherente a la minoría de edad)³⁵. En este sentido, se parte de la idea de que en casos de captación, transporte, traslado, acogida o recepción de menores de edad con fines de explotación, la presencia de aprovechamiento de situaciones de vulnerabilidad del menor de edad, y la presencia de situaciones de abuso de poder del adulto, son la regla siempre, por lo que, es obvio que la ausencia de medios no se configurará en caso alguno como un obstáculo para la identificación del delito, por lo que, siendo algo tan obvio, no es indispensable que sea reiterado por el legislador, de tal modo que, aunque la norma nacional omite expresar que la ausencia de determinados medios es irrelevante, en efecto esa es la regla y por lo tanto, no se requiere identificar, ni argumentar, ni probar la presencia de tales medios para que se considere configurado el delito de trata de NNA. Así pues, la norma de la LODMVLV, al igual que la norma de la LODOFT, permiten llegar al mismo resultado que el **Protocolo contra la Trata**, aunque no contengan un apartado con dicha expresión textual.

Adicionalmente, comparando el texto de la LODMVLV con el de la LODOFT, encontramos que, al igual que esta última, la Ley contra la violencia de género, en su reforma más reciente (de 2021), incorpora en el tipo la referencia a menores de edad víctimas, en relación a la pena aplicable, es decir, incorpora una agravante al afirmar que si la víctima es niña o adolescente la pena será de 25 a 30 años (mientras que en los casos de víctimas adultas la pena es de 20 a 25);

35 Se reitera igualmente aquí la necesidad de que, respecto a este punto, se reflexione sobre el caso de víctimas que sean personas adultas vulnerables, que deberían tener un tratamiento similar al de NNA.

se observa, además, que la pena agravada equivale a la pena agravada aplicable según la LODOFT en los casos en que las víctimas sean NNA.

Código Penal³⁶

El Código Penal no contiene una terminología actualizada en esta materia, pues el artículo que prohíbe la trata, refiere expresa y únicamente la prohibición de la trata de esclavos. Es una situación semejante a la ocurrida con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Respecto a este texto normativo de carácter internacional, como expusimos en apartado anterior, se pronunció la Corte Interamericana en Sentencia referida al caso sobre violación de derechos humanos, identificado como Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil, en la que extendió el alcance del artículo de la Convención que alude exclusivamente a la trata de esclavos, para entender que se refiere a una prohibición de la trata que victimice a cualquier persona, con el propósito de cualquier tipo de explotación. Se considera que, en igual sentido puede ser interpretada la norma del Código Penal. Ello no podría considerarse como violatorio del principio de legalidad, puesto que la definición contenida en el tipo penal es amplia al prohibir tanto la esclavitud, como situaciones análogas, de modo que es cónsono con el sentido y alcance de la norma el que la prohibición de trata de esclavos se aplique también como prohibición de trata de personas sometidas a situaciones análogas a la esclavitud y, por ende, también como prohibición de la trata de cualquier persona.

“Art. 173. Cualquiera que reduzca a esclavitud a alguna persona o la someta a una condición análoga, será castigado con presidio de seis a doce años. En igual pena incurrirán los que intervinieren en la trata de esclavos”

En comparación con la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, la pena que prevé el Código Penal es muy leve, lo cual destaca la importancia de actualizar y armonizar la legislación en esta materia, sin que ello se utilice como excusa para dejar de aplicar esta normativa, que en efecto existe, y que permite avanzar en la lucha contra la impunidad. El Código Penal sería la norma aplicable en los casos en que los hechos no encuadren en los supuestos de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, porque no provengan de un grupo de delincuencia organizada, o porque los hechos no tengan alcance transnacional, en que la víctima sea un hombre mayor de edad³⁷.

36 Gaceta Oficial N° 5768 Extraordinario de 13 de abril de 2005.

37 En este apartado sobre la hipotética aplicación del Código Penal, originalmente se habría incluido otros dos supuestos, a saber: 2) los casos en que los hechos no encuadren en la Ley sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, por ser la víctima un niño

En caso de dudas entre la aplicación del Código Penal y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la norma de aplicación preferente, en principio, es esta última, como norma especial en materia de protección de niños, niñas y adolescentes. Aun cuando no contempla expresamente el delito de trata de personas, sus disposiciones sobre las distintas formas de explotación son, en principio, más protectoras para las víctimas que la norma contenida en el Código Penal, sin embargo, esta afirmación debe ser profundizada en el estudio de los casos concretos.

Las **anteriormente** mencionadas son las normas nacionales vigentes que **expresamente refieren la trata de personas**.

Cuadro comparativo de normativa interna aplicable al delito de trata de personas

Normas penales aplicables al delito de trata de personas						
Ley / Artículo	Tipo penal	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Pena	Agravante	Pena agravada
LODOFT, 41 Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (Víctima: Cualquier persona)	Trata de personas (captación, recepción, traslado, con fines de explotación)	Grupo estructurado de delincuencia organizada (3 o más personas)	Cualquier persona	20 a 25 años de prisión	Víctima menor de edad (niño, niña o adolescente)	25 a 30 años de prisión

o adolescente de sexo masculino (y no concurren niñas y adolescentes de sexo femenino como víctimas); y 2) los casos que no encuadren en la LOPNNA para ser juzgados por otros delitos, es decir, casos en que siendo las víctimas niños o adolescentes de sexo masculino, los hechos no encuadren los delitos relativos a privación de libertad y explotación previstos en la LOPNNA. Ahora bien, estos supuestos eran parte del análisis en el pasado, sin embargo, en la actualidad esos supuestos de niños o adolescentes varones, aunque no concurren con víctimas niñas o adolescentes de sexo femenino, están siendo conocidos por la jurisdicción a que se refiere la LODMVLV, en un principio se llegó a esa solución por vía jurisprudencial, que posteriormente fue incorporada en la Ley (se encuentran referencias al respecto desde la LODMVLV de 2014).

LODMVLV, 72 Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (Víctima: Mujeres, adolescentes de sexo femenino y niñas)	Trata de mujeres, adolescentes de sexo femenino y niñas (captación, recepción, traslado con fines de explotación)	Cualquier persona	Mujer Niña o niño Adolescente mujer Adolescente hombre	20 a 25 años de prisión	Víctima menor de edad niña o adolescente	25 a 30 años de prisión
CP, 173 Código Penal	Intervenir en trata de esclavos (intervenir en trata de personas)	Cualquier persona	Cualquier persona	Presidio de 6 a 12 años		

Ley Orgánica de Protección a Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA)

Consideración particular amerita la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

La LOPNNA no contiene norma expresa sobre la trata de NNA

Llama la atención que la LOPNA de 1998, y en sus posteriores reformas hasta el texto de la actual LOPNNA³⁸ no refiere de manera expresa la trata de niños, niñas y adolescentes, aunque sí tipifica el delito de tráfico de NNA, y tipifica las distintas formas de explotación por las que se victimiza a NNA (que son la finalidad última de la trata de personas). Esta omisión amerita reflexión, pues es el texto normativo nacional que por excelencia desarrolla la materia de protección integral de NNA, fue dictado, precisamente, para cumplir con los compromisos asumidos por la República al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, y esta Convención ya incluía mención expresa al delito de trata (dicho instrumento internacional data de 1989).

La Convención sobre Derechos del Niño contiene normas sobre distintas formas que califica directamente como de explotación de NNA y sobre hechos que podrían coincidir en la práctica con formas de explotación³⁹, así, refiere expresa-

38 Venezuela. Asamblea Nacional RBV. *Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*. Gaceta Oficial N° 6.185 del 8 de junio de 2015.

39 Algunas normas que se incluyen en este listado no se refieren directa, expresa o exclusivamente a formas de explotación, pero sí a determinados hechos que podrían coincidir en la

mente: **los traslados ilícitos al extranjero**, en su **artículo 11**, al disponer que “Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”; **explotación por padres, representantes o personas a cargo**, en su **artículo 19**, al disponer que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”; **lucro por adopción irregular**, en su **artículo 21**, al disponer que los Estados Partes “...d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella... e) se esforzarán... en garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes”; **la explotación económica y laboral**, en su **artículo 32**, al disponer que “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”; **la explotación sexual**, en su **artículo 34**, al expresar que “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”; **la trata** en su **artículo 35**, al expresar que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”; todas las **otras formas de explotación** en su **artículo 36**, al expresar que “Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar”.

Se observa pues que, entre las disposiciones contra la explotación, la Convención sobre Derechos del Niño incluye norma expresa que prohíbe la trata de NNA (art.34), de forma separada, a la norma expresa que refiere los traslados

práctica con formas de explotación, que también serían abarcados por estas normas protectoras (Ej. Art.11 CDN).

ilícitos (art. 11). Respecto a todos estos supuestos de hecho que identifica como nocivos a NNA y por tanto prohibidos, la Convención establece la obligación de los Estados de adoptar medidas, lo que abarca las medidas legislativas, y entre estas, las destinadas a tipificar como delitos las conductas más lesivas a los derechos de NNA. Sin duda, entre las conductas más perniciosas que ameritan ser identificadas como delito, se encuentra la trata de NNA, por lo que debió incluirse el tipo penal de la trata de NNA en la LOPNA en 1989, pero no se hizo.

Aspectos que sí regula la LOPNNA

Esta Ley tipifica como delitos: trabajo forzoso (art. 255), explotación sexual (artículo 258), tráfico de niños, niñas o adolescentes (artículo 266), lucro por entrega de niños, niñas o adolescentes (artículo 267), uso de niños, niñas y adolescentes para delinquir (art. 264), su inclusión en grupos criminales (art. 265), y su privación ilegítima de libertad (art. 268)⁴⁰⁴¹.

Estas normas que establecen tipos penales están precedidas de otras normas que establecen obligaciones de distintos actores, en favor de la protección de los derechos de NNA vinculados con esos flagelos que tipifica. Así, la Ley estipula que el Estado debe garantizar la asistencia y atención integral a niños, niñas o adolescentes víctimas de abuso o explotación sexual (artículo 33); la protección contra el traslado ilícito de niños, niñas o adolescentes en territorio nacional o extranjero (artículo 40), la prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso de niños, niñas o adolescentes (artículo 38), recalca el derecho de todos los niños, niñas o adolescentes trabajadores a tener protección por parte del Estado, las familias y la sociedad, en especial contra la explotación económica (artículo 94). Así mismo, y con el objeto de desarrollar políticas y permitir la ejecución de las medidas, la Ley establece la creación de programas de rehabilitación y prevención para atender a los niños, niñas y adolescentes que sean objeto de torturas, maltratos, explotación, abuso, discriminación, crueldad, negligencia u opresión (124 apartado D).

No obstante, se reitera, la LOPNNA no incorpora una norma que tipifique la captación (por fuerza, coacción, fraude, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de vulnerabilidad, negociación de beneficios, o por cualquier otro medio),

40 De los veintitrés tipos delictivos contenidos en la Ley (Ver Irazu 2000, Pág. 237) se han listado aquí los que guardan relación directa con los supuestos de hecho en que consiste la trata de personas. Se han excluido otros tipos penales que quedan subsumidos en éstos; por ejemplo, se menciona la explotación sexual como directamente relacionada con la trata de NNA (con una de sus modalidades), pero no se menciona el abuso sexual, que existe como base de los actos de explotación sexual.

41 En la reforma más reciente de la LOPNNA (de 2015) se introdujo modificaciones a estos tipos aumentando considerablemente las penas aplicables.

transporte, traslado (dentro o fuera del territorio del país), acogida o recepción de NNA, con fines de explotación. Resulta pues de interés indagar sobre las causas de la omisión de una norma que tipifique la trata de NNA en la LOPNA de 1998, y en sus posteriores reformas (2007 y 2015) hasta el texto de la actual LOPNNA.

Al respecto un primer señalamiento es que, tal omisión es una muestra de que, el auge que, lamentablemente, tiene la trata de niñas, niños y adolescentes en la actualidad, impulsado por el hecho de que el país atraviesa una emergencia humanitaria compleja, no era una realidad que a finales de los años 90 llevara a la sociedad a reflexionar y a insistir sobre la necesidad de debatir y de incorporar norma expresa en el texto normativo. Las posteriores reformas de esta Ley se produjeron en 2007 y 2015. Para 2015 se empezaba a observar cambios en las dinámicas de este delito, respecto al que, según distintas fuentes, desde ese tiempo Venezuela inició su paso, de ser país de tránsito, para situarse como país de origen de la trata de personas⁴².

En textos doctrinarios de la época en que se sancionó la LOPNA se encuentran referencias sobre los tipos penales que fueron incluidos:

La LOPNA define y castiga con pena de prisión, veintitrés tipos delictivos, varios de los cuales tienen su antecedente en el Código Penal, pero han sufrido alguna modificación y otros, son incluidos por vez primera en el derecho positivo...

Solo los atentados más violentos o fraudulentos contra los bienes jurídicos fundamentales son objeto de sanción penal...

El artículo 35 de la **Convención** obliga a los Estados parte a tomar las medidas necesarias para impedir el secuestro, la venta o la **trata** de niños para cualquier fin o en cualquier forma. En tal sentido la LOPNA crea sanciones civiles para las figuras de alojamiento, transporte de niños o adolescentes (arts. 230, 231 y 232) y sanciones penales para las figuras del tráfico internacional, lucro por entrega y sustracción y retención de niños y adolescentes (arts. 266, 267 y 272) (Irazu 2000, 237 y 238)⁴³

Una revisión inicial de la anterior explicación doctrinal podría llevar a concluir que, la omisión del tipo de trata de NNA en la LOPNA se debió a que se

42 Cuevas García, María Gabriela, Carla Serrano Naveda, Eumelis Moya Goitte y Clavel Rangel Jiménez. *Dinámicas de trata de personas, especialmente la que victimiza a niños, niñas y adolescentes, en Gran Caracas y estado Bolívar*. Informe de investigación. Universidad Católica Andrés Bello, 2019. Pág. 64. Disponible en Saber UCAB <http://saber.ucab.edu.ve/handle/123456789/19613>. Consultado: 10 de junio de 2025.

43 La interpretación que aquí se cita tiene particular valor para la comprensión de los elementos contenidos en la Ley, pues su autor, José Luis Irazu, tiene la autoridad de haber sido corredactor de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

optó deliberadamente por regular de manera separada los supuestos de hecho que la conforman, atribuyendo sanciones civiles a algunas de las conductas, y estableciendo sanción penal para otras conductas.

No obstante, hoy día cuenta con elementos de análisis que no estaban presentes a finales de la década del 90.

Habiendo transcurrido más de 20 años desde que se formularon estas normas (sancionadas como Ley en el 98), se han producido otros textos normativos de carácter internacional que: 1) dan contenido expreso a la trata de personas, identificando como elemento esencial de esta la existencia de una finalidad de explotación de la persona (Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional); y 2) que ofrecen definiciones muy distintas entre sí para referirse a la trata y al tráfico, estableciendo que la trata de personas tiene como elemento esencial es la finalidad de explotación, mientras que el tráfico ilegal de migrantes tiene como elemento esencial es el paso ilegal de frontera (Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional).

Las anteriores precisiones llevan a observar que, en la explicación doctrinal antes citada de Irazu (a quien correspondió la importante labor de corredactor del texto de la LOPNA de 1998), el autor menciona que las disposiciones de la LOPNA que darían respuesta al requerimiento de la Convención de prohibir la trata de niños, serían las sanciones penales para las figuras del tráfico internacional, lucro por entrega y sustracción y retención de niños y adolescentes (arts. 266, 267 y 272). Se observa pues que tales disposiciones de la LOPNA únicamente se refieren a los supuestos de tráfico ilegal de NNA y de ninguna forma hacen referencia a supuestos vinculados a la explotación (ciertamente la LOPNA incorpora otros tipos penales referidos a la explotación, lo que se destaca aquí son los tipos penales con los que se consideró para la época, que se daría respuesta a la trata, entre los que se omitió la mención de la explotación).

Se concluye, pues, que la omisión en la LOPNA se debió a la confusión que existía para entonces en distintos ámbitos, según la cual se identificaba los supuestos de trata y tráfico. Esta hipótesis tiene respaldo en la existencia a partir del año 2000 de distintas fuentes de información documental destinadas a aclarar las diferencias existentes entre los delitos de trata de personas y tráfico ilegal de migrantes, lo que da cuenta de la tendencia previa a referirse a trata y tráfico como sinónimos⁴⁴.

44 Así, por ejemplo, se encuentran textos explicativos de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC por sus siglas en inglés) y del Alto Comisionado de Na-

Solución desde la LOPNNA: Concurso de delitos

Aunque en la actualidad, parte importante de los supuestos de hecho que encuadran como trata de NNA son abarcados por la LODMVLV, eso no sucede en todos los casos. Así, cuando las víctimas son niños o adolescentes de sexo masculino la aplicación de la LODMVLV deriva en muchos casos de criterios jurisprudenciales y no de los textos normativos, lo que no ofrece adecuada seguridad jurídica⁴⁵. Por este motivo mantiene vigencia la reflexión respecto a la omisión de norma expresa sobre el delito de trata en la LOPNNA y sobre la manera de suplir tal omisión.

En este sentido, respecto a los casos que no fueran abarcados por la LODMVLV, una posible solución ante la omisión del delito de trata de personas en la LOPNNA es subsumir la conducta de trata de NNA en los supuestos de otros tipos penales aplicados de manera conjunta, según las figuras de concurso real o material⁴⁶; como serían, en primer lugar, la privación ilegítima de libertad (Art. 268), y adicionalmente, alguno de los otros tipos penales que refieren formas de violencia, como el abuso sexual (Art. 259); o formas de explotación, a saber: trabajo forzoso (Art. 255), explotación sexual (Art. 258), lucro por entrega de niños, niñas o adolescentes (Art. 267), uso de niños, niñas y adolescentes para delinquir (art. 264), su inclusión en grupos criminales (Art. 265), y el tráfico de NNA (art. 266).

Sin embargo, esta salida no parece suficiente. En este punto es de interés reiterar la diferencia que supone la aplicación de estos últimos textos normativos en los que la explotación es la conducta tipificada, mientras que en el delito de trata, la explotación está concebida como “elemento subjetivo del tipo distinto al dolo” por lo que basta que exista la finalidad de explotación sumada a los otros elementos del tipo (captación, transporte, traslado, acogida o recepción) para que pueda tenerse como consumado el delito; por el contrario, en los casos de aplicación de estas otras normas de la LOPNNA, cuando no se haya materializado la explotación solo podrá sancionarse como tipos de imperfecta realización (tentativa o frustración), pero no como delitos consumados. Así pues, aunque, en virtud

ciones Unidas para los Derechos Humanos (Folleto Informativo Nro. 36: Los Derechos Humanos y la Trata de Personas 2014).

45 De hecho, la regla es que las normas de la LODMVLV referidas a menores de edad, aluden expresa y exclusivamente a niñas y a adolescentes de sexo femenino, incluso en caso de normas incluidas en la última reforma (de 2021), es el caso, por ejemplo, del apartado en el que se establece el agravante de la trata de mujeres en caso de que las víctimas sean “niñas o adolescentes”.

46 Con el debido cuidado de respetar la prohibición de no juzgar dos veces los mismos hechos (el principio non bis in ídem).

de decisiones judiciales⁴⁷, hoy día todos los supuestos de menores de edad (y no solo los referidos a niñas y adolescentes de sexo femenino) son conocidos por la jurisdicción a que se refiere la LODMVLV, sin embargo, es útil expresar estos argumentos, porque en el futuro deberían corregirse las omisiones y ordenar la normativa, para favorecer la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley (Venezuela. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 2014).

Adicionalmente, se plantea la cuestión de las posibles diferencias en las penas, según las distintas Leyes aplicables a cada caso. Este asunto se ha venido subsanando, primero con la reforma a la LOPNNA en 2015, cuando se aumentó las penas a ciertos delitos (Art. 264, uso de NNA para delinquir: Se aumentó la pena a prisión de 20 a 25 años, mientras que en la LOPNA de 1998 era de 1 a 3 años; Art. 265, inclusión de NNA en grupos criminales: Se aumentó la pena a prisión de 25 a 30 años, mientras que en la LOPNA de 1998 era de 2 a 6 años); y luego con la reforma a la LODMVLV en 2021, cuando se aumentó la pena al delito de trata de mujeres, niñas y adolescente (Art. 72, prisión de 20 a 25 años, mientras que en Ley de 2014 se establecía prisión de 15 a 20 años), y se incluyó el agravante en caso de NNA víctimas (Art. 72, prisión de 25 a 30 años, que la Ley de 2014 no mencionaba).

Ahora bien, el problema de las sanciones diferentes se mantiene respecto a otros delitos en la LOPNNA vigente (de 2015), a saber: Privación ilegítima de libertad (Art. 268, prisión de 6 meses a 2 años); abuso sexual (Art. 259, prisión de 2 a 6 años; si implica penetración, 15 a 20 años; agravante: la pena aumenta de un cuarto a un tercio si la persona victimaria ejerce autoridad, responsabilidad de crianza o de vigilancia sobre la víctima; y Art. 260 referido a la aplicación de las mismas penas a que alude el Art. 259 en caso de víctimas adolescentes que

⁴⁷ Respecto al delito de trata de personas existe pronunciamiento judicial (sentencia de la SC del TSJ del 17.10.2014) sobre los tribunales competentes dependiendo del sujeto pasivo, que es de interés analizar. Así, esta Sentencia de la Sala Constitucional que declara de orden público y con carácter vinculante que los jueces y juezas especializados en delitos de violencia contra la mujer conocerán del delito de trata de personas, tipificado en el artículo 41 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo cuando los sujetos pasivos del delito sean mujeres, niñas, niños y adolescentes (ambos sexos), pluralmente o concurriendo ambos sexos. En cambio, cuando la víctima del delito o sujetos pasivos sean solamente varones adultos (excluyéndose niños y adolescentes varones) conocerán del delito de trata de personas los jueces y juezas con competencia en materia penal ordinaria. Aunque la referencia inicial es solo adjetiva, es decir, referida a la identificación del tribunal competente y de la norma de procedimiento aplicable, habría que verificar la consonancia con el principio de igualdad, si se afirmara que el juez deba aplicar distintas normas sustantivas a la resolución de asuntos similares, dependiendo del sexo de la víctima menor de edad.

no hayan consentido en el acto sexual o cuyo consentimiento esté viciado, como sucede en la totalidad de los casos de trata de personas); trabajo forzoso (Art. 255, prisión de 1 a 3 años); explotación sexual (Art. 258, prisión de 5 a 8 años, agravante si ejerce autoridad, responsabilidad de crianza o de vigilancia sobre la víctima: prisión de 6 a 10 años); lucro por entrega de NNA (Art. 267, prisión de 2 a 6 años); tráfico de NNA (Art. 266, prisión de 10 a 15 años).

Lo relativo a la posibilidad de aplicación de sanciones muy diferentes, lleva a plantearse cuestiones relativas a la afectación del principio de igualdad ante la ley, pues los mismos hechos podrían conducir a sanciones mucho más leves si el sujeto pasivo es un niño o adolescente de sexo masculino (es decir, si no es clara la aplicación de la LODMVLV)⁴⁸.

Además del problema de las diferencias respecto a las penas aplicables al sujeto activo, está el problema de los tribunales competentes, pues solo respecto a los delitos de abuso sexual, explotación sexual de NNA y tráfico de NNA, cuando las víctimas sean menores de edad de sexo femenino, o cuando concurren víctimas de ambos sexos, la LOPNNA hace mención expresa (Arts. 259, 258 y 266) a que serán competentes los tribunales especiales a que se refiere la LODMVLV. Es decir, en los casos de niños y adolescentes de sexo masculino que hayan sido víctimas de los delitos antes mencionados distintos al abuso sexual, a la explotación sexual y al tráfico, en los que no concurren como víctimas niñas y adolescentes de sexo femenino, la solución de que conozcan los tribunales especiales de la LODMVLV no tiene fundamento normativo sino jurisprudencial, lo que también sería de interés subsanar a nivel normativo, para favorecer la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley.

Reflexiones finales

Más allá del estudio general de las normas internas sobre trata de personas, corresponde a futuro verificar aspectos clave que favorecerían su aplicación, según lo apuntan documentos producidos a nivel internacional, que pueden servir de guía para una valoración de la normativa interna, identificando elementos sobre los que habría aún lagunas o necesidad de reforma. Como breve guía en estas materias se refieren aquí elementos destacados por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

48 En el pasado esta reflexión también aplicaba para los casos en que el sujeto activo no pertenecía a un grupo de delincuencia organizada y los hechos no habían tenido alcance transnacional (es decir, a los que no se aplicaba la LODOFT, pues existía diferencia en la sanción prevista en la LODMVLV, que, como se ha dicho, era menor, a saber, prisión de 15 a 20 años y no preveía agravante en caso de víctimas NNA).

Garantías de aplicación en la normativa interna

La comunidad internacional debe seguir alentando a los países a ratificar / adherirse al Protocolo contra la trata de personas y promulgar la legislación nacional que la tipifique como delito... Además, cada Estado debe revisar y, según sea necesario, reformar las leyes existentes para habilitar a los organismos de aplicación de la ley, los fiscales y los jueces y eliminar los obstáculos para la investigación y el procesamiento oportuno y efectivo de los presuntos tratantes. En particular, esto debería:

- Permitir que los organismos encargados de hacer cumplir la ley y los tribunales colaboren con sus homólogos transfronterizos y simplifiquen el proceso para extraditar a los delincuentes y obtener pruebas de testigos ubicados en otras jurisdicciones.
- Permitir que los organismos de aplicación de la ley obtengan órdenes judiciales para llevar a cabo la vigilancia de audio, video y electrónica de presuntos tratantes.
- Permitir que los fiscales ofrezcan a los delincuentes de bajo nivel acuerdos de culpabilidad o inmunidad de enjuiciamiento a cambio de presentar pruebas contra los delincuentes mayores.
- Permitir a las agencias gubernamentales rastrear e incautar el producto del delito e instruir a los bancos e instituciones financieras para que se nieguen a proporcionar servicios bancarios a los tratantes y congelar los existentes.
- Establecer agencias policiales y tribunales especializados en la lucha contra la trata de personas que se centren en agilizar la investigación y el enjuiciamiento de los tratantes en países donde existan altos niveles de trata de personas.
- Permitir que los fiscales soliciten indemnizaciones contra los tratantes en favor de las víctimas.
- Permitir que los tribunales brinden a las víctimas la oportunidad de ser escuchadas a través de las declaraciones de impacto sobre las víctimas cuando se sentencia a los delincuentes. (Respuestas de la Justicia Penal a la Trata de Personas 2019, 39).

Como se ha visto, en el presente existe normativa actualizada en materia de trata de personas, que ha puesto de relieve el esfuerzo a nivel internacional por enfrentar esta problemática, así como el eco que este impulso ha tenido en la normativa interna venezolana, en la que no solo se han dictado normas para aprobar textos internacionales, sino también se han dictado normas para posibilitar su efectiva aplicación, por ejemplo, mediante la tipificación de hechos ilícitos,

específicamente delitos. Ahora bien, del contexto normativo expuesto destaca que la normativa nacional se ha concentrado principalmente en los aspectos de persecución del delito.

Si bien la normativa internacional sobre los aspectos relativos a la protección de las víctimas y a la prevención del delito es de aplicación directa e inmediata y, por lo tanto, las distintas autoridades públicas deben actuar en conformidad, no cabe duda de que sería de gran utilidad que en el futuro se dicte legislación nacional que desarrolle estas vertientes, y que aborde la problemática de manera integral. Se reitera pues, que del contexto normativo expuesto destaca lo útil que resultará en el futuro contar con legislación nacional que desarrolle la normativa internacional en los aspectos relativos a la protección de las víctimas y a la prevención del delito, puesto que la normativa nacional se ha concentrado principalmente en los aspectos de persecución del delito.

Incluso en el marco específicamente penal, se ha resaltado igualmente algunas falencias que presenta la normativa interna, que en ocasiones ha sido cubierta por la vía de la interpretación jurisprudencial, y que deberá tomarse en cuenta para futuras modificaciones legislativas.

Necesario es hacer una mención final a la exigua jurisprudencia que existe en la materia, que da cuenta de la necesidad de hacer énfasis en la puesta en práctica de estos textos normativos, más que en el perfeccionamiento de los mismos a nivel legislativo. Aunque no se presente en este artículo una revisión detallada de la jurisprudencia disponible, que brinde adecuado soporte a la afirmación, por lo que se presenta aquí como una percepción personal, puede afirmarse, sin lugar a dudas, que la cantidad de casos resueltos en tribunales está muy por detrás de la realidad de los estragos de la trata de personas, que se muestra en los informes de organizaciones nacionales e internacionales, que recogen información proveniente de casos detectados en medios de comunicación (son cifras alarmantes, con el agravante de que denotan subregistro, pues la cifras reales están muy por encima de los casos detectados).

Referencias

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. San José, Costa Rica, 20 de octubre de 2016.
- CUEVAS GARCÍA, María Gabriela, SERRANO NAVEDA, Carla, MOYA GOITTE, Eumelis y RANGEL JIMÉNEZ, Clavel. *Dinámicas de trata de personas, especialmente la que victimiza a niños, niñas y adolescentes, en Gran Caracas y estado Bolívar*. Informe de investigación. Universidad Católica Andrés Bello,

2019. Pág. 64. Disponible en Saber UCAB <http://saber.ucab.edu.ve/handle/123456789/19613>. Consultado: 10 de junio de 2025.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas y Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, *Trabajo adolescente según la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes como estrategia de prevención de la trata de personas*, Proyecto conjunto aprobado por el Comité de Ética de la UCAB, en curso 2025.
- IRAZU, José Luis. “*Las sanciones penales en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*” En *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, de María Gracia Morais (Coord.), 233 a 240. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2000.
- MODELELL, Juan Luis. *Breves comentarios a los tipos penales contenidos en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008
- MODELELL, Juan Luis. *Derecho Penal. Teoría del Delito*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2014.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*. Segunda edición, reimpresión. Santa Fe de Bogotá: Temis, S.A., 1999.
- Organización de Estados Americanos. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Para”*. 9 de junio de 1994.
- Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos del Niño. *Observaciones finales a los informes periódicos del Estado venezolano*, 2014
- Organización de las Naciones Unidas. *Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. 2000.
- Organización de las Naciones Unidas. *Convención sobre los Derechos del Niño*. 1989. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>. Consultado en junio de 2025.
- Organización de las Naciones Unidas. Organización Internacional del Trabajo. *Convenio 182 sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación*. 1999.
- Organización de las Naciones Unidas. *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire*, 2000
- Organización de las Naciones Unidas. *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía*. 25 de mayo de 2000.

- Organización de las Naciones Unidas. *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños*. 2000. (También conocido como Protocolo de Palermo).
- ROXIN, Claus. *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. *Revista de Estudios de Justicia* (Facultad de Derecho Universidad de Chile), N° 7, 2006
- TRUJILLO DEL ARCO, Ángela. *La trata de personas: la 'trata delito' y la 'trata violación de derechos humanos'. Reconsideraciones sobre el concepto de trata y examen de las obligaciones de los Estados*. Tesis Doctoral. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, 2017, Pág. 74)
- Venezuela. Asamblea Nacional de la RBV. Código Penal. Gaceta Oficial N° 5768 Extraordinario de 13 de abril de 2005.
- Venezuela. Asamblea Nacional de la RBV. *Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada*. 2005.
- Venezuela. Asamblea Nacional de la RBV. *Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo*. 2012
- Venezuela. Asamblea Nacional de la RBV. *Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*. Gaceta Oficial No. 6.667 Extraordinario del 16 de diciembre de 2021. (Modificó la Ley Publicada en G.O. núm. 40.548 de 25 de noviembre de 2014).
- Venezuela. Asamblea Nacional RBV. *Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*. Gaceta Oficial N° 6.185 del 8 de junio de 2015.
- Venezuela. *Código Penal venezolano* (Arts. 83 y 84).
- Venezuela. *Constitución de la RBV*. Modificación por enmienda Publicada en G.O. extraordinaria núm. 5.908 de 19 de febrero de 2009
- Venezuela. *Ley Aprobatoria del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Gaceta Oficial n° 37.357, 04 de enero de 2002.
- Venezuela. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia, 17 de 10 de 2014.

Terrorismo y adolescencia: Análisis jurídico y bioético de la imputación del delito de terrorismo contra adolescentes en el contexto postelectoral venezolano

Carlos Trapani¹

1. Introducción

La relación entre el delito de terrorismo y la responsabilidad penal de los adolescentes plantea una tensión estructural entre la necesidad del Estado de preservar la seguridad pública y la obligación internacional de ofrecer a los adolescentes un sistema de justicia especializado, protector y restaurativo. En Venezuela, esta tensión se ha visto intensificada a partir del 28 julio de 2024, cuando, tras las elecciones presidenciales, se inició una ola de detenciones de adolescentes en el marco de protestas ciudadanas. Muchos de estos adolescentes fueron imputados por el delito de terrorismo, un tipo penal de extrema gravedad contenido en la Ley contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento al Terrorismo (2012)².

Este artículo tiene como propósito analizar, desde una perspectiva jurídica, doctrinaria y bioética, la aplicación de este tipo penal a adolescentes en conflicto con la ley, a la luz de los principios del derecho penal juvenil, la Doctrina de Protección Integral de la niñez y los estándares internacionales derivados de

-
- 1 Abogado (USM, 2002), Magister Scientiarum en Bioética (UCV). Diplomado de Estudios Avanzados en Derechos Humanos, mención Acceso a la Justicia (UCAB), Especialista en Derecho de la Infancia y Litigio Estratégico (Instituto Interamericano del Niño). Coordinador General de Cecodap. Miembro Correspondiente de la Sociedad Venezolana de Puericultura y Pediatría. Secretario General de la Red por los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes – REDHNNA. Profesor e investigador del IIJ-UCAB en la línea Derechos NNA (2007 - actual). Profesora del Postgrado en Derechos de Familia y el Niño, en UCAB
 - 2 Venezuela. Ley Contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento al Terrorismo. Gaceta Oficial N.º 40.792 Extraordinario, 27 de julio de 2012.

la Observación General N° 24 del Comité de los Derechos del Niño (2019)³. El estudio incorpora, además, un análisis empírico basado en los informes de monitoreo elaborados por Cecodap y la Redhna, que documentan los casos de adolescentes detenidos en 21 estados del país entre el 29 de julio de 2024 y finales de febrero de 2025.

Desde el ámbito normativo internacional, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)⁴, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁵, y las Directrices de Acción sobre los Niños en el Sistema de Justicia Penal de la ONU (1997)⁶, reafirman el principio de que la privación de libertad de adolescentes debe ser una medida de último recurso, aplicada por el menor tiempo posible y con estrictas garantías procesales. A su vez, el Comité de los Derechos del Niño ha reiterado que la justicia juvenil debe estar orientada por la proporcionalidad, la reintegración social y el interés superior del niño (CDN, 2007, 2019)^{7, 8}.

La Observación General N° 24 del Comité sobre los Derechos del Niño (2019) constituye una fuente doctrinaria clave que establece estándares vinculantes para los Estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta observación establece que los adolescentes deben ser tratados de manera diferenciada frente al sistema penal, considerando su grado de madurez, su capacidad de reintegración y su derecho a ser escuchados. La aplicación del delito de terrorismo, sin distinción etaria ni análisis individual, representa una violación directa de este marco normativo, pues criminaliza al adolescente desde una lógica punitiva en lugar de ofrecer una respuesta restaurativa y garantista (CDN, 2019, párrs. 11–15, 86–88).

3 *Observación General N° 24 sobre los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil*, Naciones Unidas, Ginebra, 2019.

4 Organización De Las Naciones Unidas. *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)*, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, Nueva York, 29 de noviembre de 1985.

5 Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), Nueva York, 16 de diciembre de 1966.

6 Naciones Unidas. *Directrices de Acción sobre los Niños en el Sistema de Justicia Penal (Directrices de Viena)*, A/RES/50/145, adoptadas por la Asamblea General de la ONU, Nueva York, 21 de diciembre de 1995.

7 Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N° 10: Los derechos del niño en la justicia de menores*, CRC/C/GC/10, Ginebra, 25 de abril de 2007.

8 Comité de los Derechos del Niño. *Observación General N° 24 sobre los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil*, CRC/C/GC/24, Ginebra, 18 de septiembre de 2019.

De igual modo, el Memorándum de Neuchâtel sobre Buenas Prácticas de Justicia de Menores en el Contexto de la Lucha contra el Terrorismo (2015)⁹, suscrito por expertos y agencias internacionales, reafirma que incluso frente a delitos graves como el terrorismo, el sistema penal juvenil debe mantener su enfoque especializado, evitando la traslación automática de estándares del derecho penal ordinario. Este documento enfatiza que las respuestas penales deben preservar la dignidad del adolescente, evitar la estigmatización y promover alternativas a la privación de libertad, salvo en casos excepcionales, debidamente motivados (principios 1–4).

Además del examen técnico y normativo, este trabajo busca visibilizar los riesgos y vulneraciones que enfrentan los adolescentes ante la aplicación de la figura del terrorismo, cuando esta se ejecuta sin cumplir los criterios esenciales de procedencia e imputabilidad. La ausencia de un análisis individualizado de la conducta, la desproporción en la calificación penal y la omisión de garantías del sistema especializado constituyen prácticas que comprometen la legalidad del proceso y la dignidad del adolescente como sujeto de derechos.

Se argumenta que la utilización del tipo penal de terrorismo contra adolescentes constituye una vulneración sistemática de sus derechos humanos, al desconocer los principios de especialidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, debido proceso y protección contra tratos crueles, inhumanos o degradantes. A través de esta reflexión, se pretende contribuir con insumos técnicos y propositivos al debate académico y jurídico, y promover una revisión crítica de las políticas penales vigentes en contextos de conflictividad política.

2. El delito de terrorismo: evolución, complejidad conceptual y alcances jurídicos

El delito de terrorismo representa uno de los tipos penales más controvertidos del derecho contemporáneo por su ambigüedad, complejidad conceptual y utilización expansiva. A diferencia de delitos tradicionales como el homicidio o el robo, el terrorismo no tiene una definición unívoca ni universalmente aceptada. La construcción legal del delito de terrorismo ha estado determinada tanto por necesidades de seguridad como por intereses políticos, lo que ha generado un terreno fértil para la arbitrariedad y la discrecionalidad judicial.

9 UNODC y UNICEF. Memorándum de Neuchâtel sobre buenas prácticas de justicia de menores en el contexto de la lucha contra el terrorismo, Neuchâtel, 2015. Disponible en: <https://resourcecentre.savethechildren.net/pdf/english-neuchatel-memorandum-on-juvenile-justice.pdf> (consultado el 27 de junio de 2025).

El terrorismo ha sido conceptualizado y tipificado jurídicamente como una amenaza directa a la seguridad del Estado, del orden público y de la vida e integridad de las personas. Después de eventos como el 11 de septiembre de 2001, muchos países reforzaron su legislación antiterrorista para responder de forma rápida y enérgica ante amenazas reales o percibidas. Este proceso dio lugar a una expansión significativa de los márgenes de acción del Estado, a menudo sacrificando principios fundamentales del derecho penal, como la tipicidad, la proporcionalidad y el respeto al debido proceso.

Por otra parte, es importante considerar que el terrorismo no solo ha sido abordado como un asunto de seguridad, sino también como un instrumento discursivo y jurídico para el control político. Gobiernos autoritarios o con débil legitimidad democrática han utilizado leyes antiterroristas para criminalizar la disidencia, reprimir protestas sociales y perseguir a opositores. Esto ha sido documentado en países como Egipto, Turquía, Nicaragua y, recientemente, en Venezuela. El uso del tipo penal de terrorismo contra adolescentes por su participación en manifestaciones o expresar su disidencia revela una tendencia creciente a la instrumentalización del derecho penal con fines políticos.

Aunque no existe una cita textual ampliamente reconocida de Raphael Lemkin con las expresiones “terrorismo legal” o “persecución judicial”, su obra *Axis Rule in Occupied Europe* (1944)¹⁰ alertó tempranamente sobre el uso del aparato jurídico para legitimar formas de violencia institucionalizadas, lo que podría considerarse una base conceptual para este enfoque.

En esta misma línea, David Garland, en su obra *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society* (2001)¹¹, desarrolla el concepto de “nuevo punitivismo”, que describe como una política penal guiada más por la percepción social y la gestión del miedo que por principios de racionalidad jurídica. Este enfoque genera respuestas emocionales, desproporcionadas y simbólicas a fenómenos percibidos como amenazas, incluyendo la protesta juvenil. Garland sostiene que esta tendencia refuerza la exclusión y la criminalización de sectores vulnerables en lugar de resolver conflictos estructurales.

La combinación de estas ideas permite comprender cómo, en contextos autoritarios o de cierre del espacio cívico, la figura del terrorismo es utilizada no para proteger a la sociedad de amenazas reales, sino para reprimir la disidencia

10 Raphael, Lemkin. *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington D.C., 1944, p.56.

11 David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 12.

política y castigar ejemplarmente a quienes ejercen sus derechos fundamentales, incluyendo a los adolescentes.

Las detenciones de adolescentes desde el 28 julio de 2024 y con sus antecedentes en el contexto de protestas del año 2017, han mostrado cómo se ha empleado esta figura para suprimir el derecho a la manifestación, sin pruebas individualizadas ni respeto a los principios del derecho penal juvenil.

A nivel internacional, el Manual de Respuesta de la Justicia Penal al Terrorismo de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, 2011)¹² destaca que el régimen jurídico contra el terrorismo se apoya en una serie de tratados sectoriales (como los relativos a la aviación civil, protección de diplomáticos, toma de rehenes, entre otros), sin que exista una definición jurídica única. Esta situación ha conducido a la adopción de aproximaciones funcionales, como la prevista en la resolución 49/60 (1994)¹³ de la Asamblea General de la ONU, que define el terrorismo como “actos destinados a causar la muerte o lesiones corporales graves a civiles o no combatientes, con el propósito de intimidar a una población o coaccionar a un gobierno”.

En el contexto venezolano, la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (2012) ofrece una definición excesivamente amplia. Según su artículo 4, se considera terrorismo cualquier acto destinado a generar alarma, temor o terror en la población para alterar el orden público o presionar a las autoridades, aun cuando no se produzca un daño físico concreto. Esta redacción abre la puerta a que protestas, manifestaciones o expresiones de disenso político sean tratadas penalmente como actos terroristas, vulnerando principios fundamentales del derecho penal como la tipicidad, la legalidad y el principio de intervención mínima.

La doctrina ha advertido sobre los riesgos de estas formulaciones vagas. Según Cancio Meliá (2022)¹⁴, el uso impreciso del tipo penal de terrorismo compromete la seguridad jurídica, promueve el uso punitivo del derecho penal y obstaculiza el ejercicio de libertades fundamentales. En esta línea, el fenómeno del “terrorismo individual” —entendido como imputaciones sin vínculo comprobable con

12 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Manual de respuesta de la justicia penal al terrorismo*, Naciones Unidas, Viena, 2011, p. 6.

13 Asamblea General de las Naciones Unidas, *Medidas para eliminar el terrorismo internacional*, Resolución 49/60, aprobada el 9 de diciembre de 1994, A/RES/49/60. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/49/60>, consultado el 25 de junio de 2025.

14 Manuel Cancio Meliá. “Terrorismo, garantías penales y derechos fundamentales: ¿hacia un derecho penal del enemigo?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 24-06, 2022, pp. 1-30. Disponible en: <https://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-06.pdf>, consultado el 25 de junio de 2025.

organizaciones terroristas— ha sido especialmente criticado por permitir imputaciones con base en conjeturas o hechos aislados de baja lesividad.

El Manual de respuesta de la justicia penal al terrorismo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, 2011)¹⁵ subraya la necesidad crítica de diferenciar el terrorismo de otras categorías jurídicas, tales como la delincuencia organizada transnacional, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los refugiados y la normativa internacional de derechos humanos. Esta distinción no es solo técnica o terminológica, sino que tiene implicaciones sustantivas para evitar la aplicación indebida del tipo penal de terrorismo a conductas que, si bien pueden ser ilícitas, no alcanzan el umbral jurídico ni los elementos esenciales de este delito.

1. **Terrorismo vs. delincuencia organizada transnacional:** mientras el terrorismo está motivado generalmente por objetivos ideológicos, políticos o religiosos, la delincuencia organizada persigue fines principalmente económicos. Confundir ambas categorías puede conducir a la extensión de medidas antiterroristas a personas o grupos que no representan una amenaza terrorista real, incluyendo adolescentes que participan en manifestaciones. El manual advierte que, aunque en algunos casos pueden coexistir elementos de ambas figuras (p. ej., financiamiento ilícito), cada una posee sus propios marcos jurídicos, tratados internacionales y obligaciones procesales específicas¹⁶.
2. **Terrorismo vs. derecho internacional humanitario (DIH):** el DIH regula conflictos armados y distingue entre combatientes y civiles. El terrorismo, en cambio, no requiere el contexto de guerra, y su tipificación penal en tiempos de paz debe diferenciarse del tratamiento que se da a actos bélicos prohibidos. Esta confusión ha sido instrumentalizada por algunos Estados para perseguir como “terroristas” a quienes simplemente se oponen al poder, incluyendo a niños o adolescentes involucrados en protestas civiles¹⁷.
3. **Terrorismo vs. normativa internacional de derechos humanos:** la lucha contra el terrorismo no puede justificar violaciones a derechos fundamentales como el debido proceso, la integridad personal o la presunción de inocencia. El manual recuerda que los Estados tienen la obligación de respetar los tratados de derechos humanos, aun en contextos de excepción, y que deben aplicar el principio de proporcionalidad en toda actuación penal. Esto es

15 UNODC, *ob. cit.*, p. 23.

16 UNODC, *ob. cit.*, p. 30.

17 UNODC, *ob. cit.*, p. 28.

especialmente relevante cuando se trata de adolescentes, cuyo estatus como sujetos de derechos exige garantías reforzadas¹⁸.

4. **Terrorismo vs. derecho internacional de los refugiados:** el tratamiento de solicitantes de asilo o protección internacional también debe excluir la etiqueta automática de “terroristas”, salvo prueba suficiente y calificación jurídica precisa. Esta advertencia cobra relevancia en países donde se criminaliza la movilidad humana asociada a disidencias políticas o protestas juveniles. Según el manual, imponer el calificativo de terrorismo sin distinción podría violar el principio de no devolución (*non-refoulement*)¹⁹.
5. **Importancia de la cooperación internacional:** finalmente, el texto destaca la cooperación entre Estados como un mecanismo indispensable para enfrentar el terrorismo, pero advierte que esta debe estar regida por criterios objetivos, respeto mutuo al derecho internacional y mecanismos de control que eviten el uso indebido de la figura penal con fines políticos o represivos²⁰.

Desde una perspectiva doctrinaria, la figura del acto terrorista debe ser claramente distinguida del terrorismo como fenómeno estructural. Mientras que el acto terrorista puede ser individual, aislado y sin capacidad real de daño masivo —por ejemplo, lanzar un objeto en una manifestación o participar en una protesta sin autorización—, el fenómeno estructural del terrorismo supone una organización compleja y sostenida en el tiempo, con recursos, jerarquías y estrategias destinadas a subvertir el orden constitucional mediante el uso sistemático del terror.

En este sentido, el terrorismo estructural se configura como una amenaza generalizada a la seguridad colectiva, cuya naturaleza se vincula con redes transnacionales, financiación ilícita, propaganda organizada y una finalidad política o ideológica que trasciende lo individual. Autores como Saul (2006)²¹ y Sánchez de Tagle (2020)²² destacan que este tipo de terrorismo conlleva una planificación prolongada, una intención deliberada de provocar miedo en la población civil y el uso de medios que exceden la violencia espontánea.

18 UNODC, *ob. cit.*, p. 18-20.

19 UNODC, *ob. cit.*, p. 26.

20 UNODC, *ob. cit.*, p. 16-17.

21 Saul, Ben, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 41-66.

22 Ana Sánchez de Tagle. “¿Cómo definir el terrorismo? Análisis de los elementos fundamentales que conforman el delito de terrorismo en el derecho penal internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 24, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2020, pp. 155-182.

Esta distinción es clave, sobre todo cuando se pretende aplicar el delito de terrorismo a adolescentes involucrados en protestas sociales. La protesta —incluso si es disruptiva o desobediente— no puede ser confundida con terrorismo, ya que carece de los elementos estructurales, organizacionales e intencionales que definen este fenómeno. Así lo advierte el Manual de Respuesta de la Justicia Penal al Terrorismo de la UNODC, al enfatizar que “la calificación jurídica del acto debe atender no sólo a sus consecuencias, sino a su contexto, intencionalidad y proporcionalidad”²³.

Desde el punto de vista jurídico, imputar terrorismo a un adolescente por actos cometidos en el contexto de una protesta pública vulnera principios fundamentales del derecho penal juvenil: el principio de legalidad estricta, la proporcionalidad de la pena, el principio de especialidad del sistema de justicia adolescente, y el interés superior del niño. En el marco internacional, la Observación General N° 24 del Comité de los Derechos del Niño establece que las figuras penales deben ser aplicadas con máxima cautela a adolescentes, limitándose a los casos más graves, y bajo un análisis individualizado y con garantías reforzadas²⁴.

La figura del “terrorismo individual” —que se caracteriza por la falta de pertenencia a organizaciones estructuradas y la ambigüedad de los fines perseguidos— representa un terreno fértil para interpretaciones arbitrarias. Su aplicación en contextos de protesta juvenil contraviene el estándar internacional según el cual los Estados deben evitar la criminalización de la disidencia pacífica. Según el Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (A/HRC/40/52, 2019)²⁵, la tipificación de acciones no violentas o expresivas como terrorismo constituye una violación directa del principio de legalidad y del derecho a la libertad de expresión y reunión.

A su vez, el Memorándum de Neuchâtel insiste en que el sistema de justicia penal juvenil no debe reproducir el paradigma punitivo de los adultos, y que debe priorizar la educación y reintegración social²⁶. En el caso de adolescentes detenidos por participar en manifestaciones públicas, se impone una evaluación diferenciada que tome en cuenta su etapa de desarrollo, capacidad de comprensión, y contexto familiar y comunitario.

23 UNODC, *ob. cit.*, p. 12.

24 Comité de los Derechos del Niño, *ob. cit.*, párr. 15 y 91.

25 Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*, A/HRC/40/52, 25 de febrero de 2019. Disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/40/52>, consultado el 25 de junio de 2025.

26 UNODC y UNICEF. *ob. cit.*, p 7.

En definitiva, la imputación del delito de terrorismo a adolescentes manifestantes, especialmente bajo la forma de “terrorismo individual”, constituye una desnaturalización del tipo penal, una inversión del principio de presunción de inocencia, y una regresión en la protección especializada que exige el derecho internacional de los derechos del niño.

En contextos autoritarios o de alta conflictividad política, la utilización del tipo penal de terrorismo ha servido para sofocar la disidencia ciudadana, especialmente de adolescentes, invisibilizando el carácter estructural del terrorismo real y trasladando el foco represivo hacia actos individuales que en realidad son manifestaciones de conflicto social y no amenazas terroristas. En estos escenarios, el Estado no distingue entre un adolescente que participa en una concentración espontánea y un actor armado que planifica ataques contra la población civil, lo que deriva en respuestas penales desproporcionadas y violatorias del derecho internacional.

En materia de imputación, los supuestos esenciales de procedencia del delito de terrorismo deben analizarse de forma rigurosa y delimitada, tanto por la gravedad del tipo penal como por su potencial de afectación desproporcionada a derechos fundamentales, especialmente cuando se aplica a adolescentes. De acuerdo con la doctrina penal internacional (Saul²⁷; Tricot²⁸) y los lineamientos del Manual de Respuesta de la Justicia Penal al Terrorismo (UNODC, 2011²⁹), la calificación como acto terrorista requiere la concurrencia de varios elementos objetivos y subjetivos. Entre ellos destacan:

1. **Intencionalidad dolosa de generar terror generalizado:** la conducta debe estar dirigida a causar miedo o intimidación colectiva en la población civil o en un grupo específico, y no simplemente generar desorden o protestar contra decisiones estatales. La UNODC enfatiza que la intención debe ser dolosa, explícita y orientada a infundir terror más allá de las víctimas inmediatas, afectando a la sociedad en su conjunto. Esta intencionalidad no puede presumirse, debe demostrarse mediante pruebas concretas y no puede derivarse exclusivamente del contexto político³⁰.

27 Saul Ben. *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 59.

28 Pierre Tricot, “Le terrorisme et le droit international”, en *Annuaire Français de Droit International*, vol. 59, CNRS Éditions, Paris, 2013, pp. 213-230.

29 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Manual de respuesta de la justicia penal al terrorismo*, Naciones Unidas, Nueva York, 2011, p. 10.

30 UNODC, *ob. cit.*, p. 10.

2. **Utilización de medios peligrosos o letales:** el acto debe implicar el uso de medios que tengan un potencial letal o destructivo significativo, tales como explosivos, armas de fuego, ataques contra infraestructura crítica o servicios esenciales. El Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas³¹ y otras convenciones similares delimitan la acción típica del terrorismo mediante la utilización de medios con capacidad de causar daño masivo o muerte. En el caso de protestas juveniles en Venezuela, la ausencia de estos medios evidencia que las imputaciones carecen de este presupuesto esencial.
3. **Vínculo con fines ideológicos o políticos:** el fin del acto debe estar orientado a provocar un cambio político, institucional o ideológico mediante la coacción violenta del Estado o de la población civil. El Manual de la UNODC³² resalta que esta motivación es un criterio distintivo del terrorismo respecto a otros delitos comunes. Sin embargo, la sola existencia de una motivación política no convierte una conducta en terrorismo si no concurren los otros elementos constitutivos, especialmente la violencia letal o la organización estructurada.
4. **Conexión con estructuras organizadas o concertadas:** el terrorismo presupone una vinculación con grupos estructurados, redes organizadas o planes coordinados de acción que rebasen el ámbito individual o espontáneo. Esta característica permite distinguir entre “acto terrorista” y delincuencia común o protesta individual. La Resolución 1566 del Consejo de Seguridad de la ONU (2004)³³ y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos como *Ramda v. France* (2016)³⁴ reconocen que la pertenencia o colaboración con estructuras organizadas es esencial para configurar el delito. En el contexto venezolano, la mayoría de los adolescentes detenidos no tenía ningún vínculo con organizaciones armadas o estructuras de poder, lo que desacredita la procedencia del tipo penal.

31 Naciones Unidas, *Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas*, adoptado el 15 de diciembre de 1997, entrada en vigor: 23 de mayo de 2001. Publicado en Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 2149, p. 256.

32 UNODC, *ob. cit.*, p. 9.

33 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, *Resolución 1566 (2004)*, aprobada en su 5053ª sesión, 8 de octubre de 2004.

34 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Ramda c. Francia*, demanda n.º 78477/11, sentencia del 19 de diciembre de 2016.

La omisión de cualquiera de estos elementos transforma el proceso penal en una herramienta de persecución política más que en un instrumento legítimo de justicia. Su uso contra adolescentes vulnera los principios de legalidad estricta, especialidad del derecho penal juvenil y prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes, establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Observación General N° 24 (2019) y las Reglas de Beijing (1985).

Autores como Saul (2006)³⁵ y Tricot (2013)³⁶ coinciden en que estos elementos constituyen condiciones mínimas para la tipificación del terrorismo como delito internacionalmente reconocido. De hecho, el Manual de la UNODC (2011)³⁷ establece que la conducta debe estar orientada a infundir miedo más allá de la víctima inmediata, utilizando métodos violentos contra población civil o infraestructuras críticas, y con fines políticos claramente identificables. Sin estas condiciones, el uso del tipo penal carece de base legal suficiente y se torna en una medida arbitraria y desproporcionada.

En el plano comparado, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha señalado que una imputación por terrorismo debe estar sustentada en evidencias claras, un análisis del contexto, y un respeto riguroso a las garantías procesales, especialmente cuando se trata de niños, niñas y adolescentes. En el caso “A. v. Turquía” (2014), el Comité determinó que la ausencia de estos elementos en la imputación contra un adolescente constituía una violación al principio de legalidad³⁸.

El principio de imputabilidad también exige una valoración del grado de desarrollo y comprensión del adolescente respecto a la ilicitud del hecho. En la mayoría de los casos documentados en Venezuela, no solo no se probó la existencia de dolo para generar terror, sino que las conductas atribuidas —como gritar consignas, participar en protestas, destrucción de patrimonio público o correr tras ser reprimidos— fueron interpretadas de forma extensiva como actos de terrorismo, ignorando el principio de estricta legalidad penal juvenil.

La criminalización de adolescentes por terrorismo, sin que concurran estos elementos esenciales, convierte al sistema penal en una herramienta de disuasión política y no en un medio legítimo de justicia. Se niega así la condición del adolescente como sujeto en formación, y se configura un castigo ejemplarizante que

35 Saul Ben. *ob. cit.*, p. 59.

36 Pierre TRICOT, *ob. cit.*, p. 213-230.

37 UNODC, *ob. cit.*, p. 10.

38 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *A. v. Turquía*, Comunicación N° 2621/2015, CCPR/C/128/D/2621/2015, 2014, párr. 7.4.

lesiona los derechos fundamentales protegidos por instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing.

En el caso de adolescentes, la Observación General N° 24 del Comité de los Derechos del Niño (CDN, 2019) establece que los Estados deben abstenerse de aplicar tipos penales diseñados para adultos, como el terrorismo, a personas menores de 18 años, salvo en casos extremadamente excepcionales, debidamente justificados y bajo máximas garantías. El Comité afirma que la legislación penal juvenil debe estar guiada por el principio del interés superior del niño (artículo 3 de la CDN) y que el sistema penal debe funcionar como “último recurso” y por el “mínimo tiempo necesario” (párr. 11 y 88). Asimismo, enfatiza que la privación de libertad preventiva no debe aplicarse de forma automática ni sin una motivación judicial individualizada (párr. 89), y que cualquier intervención debe considerar la madurez del adolescente, sus condiciones de vulnerabilidad y su capacidad de comprender el proceso penal (párr. 71 y 72).

En el mismo sentido, el Memorándum de Neuchâtel³⁹ sobre la justicia juvenil y la lucha contra el terrorismo destaca que las respuestas penales al terrorismo deben estar siempre sujetas a un sistema especializado de justicia juvenil. El documento indica que incluso cuando adolescentes estén presuntamente vinculados a actos de violencia política o ideológica, no se puede sacrificar la protección especial de sus derechos en aras de una eficacia penal aparente. En particular, se subraya la obligación de realizar una evaluación psicosocial individualizada que considere los factores de contexto social, familiar, comunitario y político que hayan influido en la conducta del adolescente. Además, el Memorándum insiste en la necesidad de evitar imputaciones genéricas y el uso de tipos penales amplios o ambiguos, como el terrorismo, sin pruebas específicas y sin un examen riguroso de su aplicabilidad al caso concreto.

Ambos instrumentos coinciden en que la imputación del delito de terrorismo a adolescentes sin una fundamentación clara, específica y adecuada al desarrollo del menor representa una vulneración del principio de legalidad y del principio de especialidad. Lejos de ofrecer justicia, estas imputaciones tienden a estigmatizar políticamente a los adolescentes, negarles su condición de víctimas del contexto y vulnerar su derecho a un proceso justo, tal como ha sido documentado por diversas organizaciones internacionales, entre ellas UNICEF, Human Rights Watch y Save the Children.

Estas recomendaciones adquieren especial relevancia en el contexto venezolano, donde se han documentado 213 casos de adolescentes detenidos entre julio y diciembre de 2024, los cuales han sido imputados por terrorismo sin que existan

39 UNODC, *ob. cit.*, p. 3.

indicios razonables de los elementos típicos del delito, y sin haber sido objeto de evaluación psicosocial alguna, como lo establecen las normas internacionales. La aplicación de este tipo penal ha servido, en la práctica, como un mecanismo para criminalizar el ejercicio de derechos fundamentales, como la libertad de expresión y de manifestación, lo cual no solo contraviene el marco jurídico internacional, sino que también deteriora profundamente las garantías del sistema especializado de responsabilidad penal adolescente.

En experiencias comparadas, diversos organismos internacionales han documentado la utilización indebida del tipo penal de terrorismo contra adolescentes, especialmente en contextos de protesta social o disidencia política, lo cual genera graves afectaciones al principio de especialidad de la justicia penal juvenil.

En Turquía, múltiples informes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de organizaciones como *Human Rights Watch* han señalado que niños fueron procesados bajo cargos de terrorismo por participar en manifestaciones, lanzar piedras o portar banderas de organizaciones consideradas ilegales⁴⁰. En el caso “M.D. v. Turquía” (CCPR/C/121/D/2618/2015) resalta cómo un adolescente fue detenido por su supuesta participación en una protesta política, acusado de pertenecer a una organización terrorista sin pruebas suficientes, lo que constituyó una violación del derecho a la libertad de expresión y del principio de legalidad. Las leyes antiterroristas turcas fueron utilizadas de forma amplia para procesar a menores, sin distinguir entre delitos comunes, actos simbólicos o expresiones políticas propias del ejercicio de sus derechos civiles.

En Egipto, informes de Amnistía Internacional⁴¹ y el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁴² han documentado que adolescentes fueron imputados por terrorismo únicamente por compartir contenido crítico del gobierno en redes sociales o participar en protestas pacíficas. En 2014, tras las manifestaciones en la plaza Rabaa, adolescentes fueron detenidos sin orden judicial, interrogados sin presencia de abogados y juzgados por tribunales de seguridad del Estado, que no cumplían los estándares mínimos de debido proce-

40 Human Rights Watch, *Turkey: Prosecutions of Kurdish Children as Terrorists*, 20 de julio de 2010. Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2010/07/20/turkey-prosecutions-kurdish-children-terrorists>, consultado el 25 de junio de 2025.

41 Amnistía Internacional, *Egypt: Official crackdown crushes protest movement*, 2015. Disponible en: <https://www.amnesty.org/en/documents/mde12/1853/2015/en/>, consultado el 25 de junio de 2025.

42 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Egipto*, Ginebra, 2015, pp. 9-12.

so. Esta situación fue calificada por el Comité de los Derechos del Niño⁴³ como un patrón sistemático de criminalización juvenil.

En México, si bien no se utilizó directamente el tipo penal de terrorismo, el caso de San Salvador Atenco (2006) ilustra cómo el Estado recurrió a la represión violenta y a la imputación de delitos graves (como secuestro y ataques a las vías generales de comunicación) contra jóvenes que protestaban por causas sociales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁴, en su sentencia de 2018, concluyó que se trató de una respuesta desproporcionada y con fines de disuasión, que incluyó detenciones arbitrarias, tortura y violencia sexual. Aunque no se utilizó el discurso antiterrorista, el patrón de criminalización y el uso del derecho penal del enemigo fueron evidentes, especialmente en lo que respecta a jóvenes y adolescentes en situación de pobreza.

En Israel y los Territorios Palestinos Ocupados, UNICEF⁴⁵ ha documentado de manera sistemática que los adolescentes palestinos son frecuentemente arrestados e imputados por delitos relacionados con el terrorismo por acciones como lanzar piedras contra vehículos militares o participar en protestas no autorizadas. En su informe “Niños detenidos por las fuerzas militares israelíes” (UNICEF, 2013), la organización afirmó que “el maltrato de los niños palestinos en el sistema de detención militar israelí parece ser generalizado, sistemático e institucionalizado”. En particular, se evidencia que muchos adolescentes son detenidos sin notificación previa a sus familias, interrogados sin la presencia de un abogado y sometidos a procedimientos abreviados que culminan en confesiones forzadas. La mayoría son procesados en tribunales militares —no civiles— y tratados bajo un régimen que no reconoce su condición de adolescentes en desarrollo. Esta práctica ha sido interpretada por diversos organismos como una forma de castigo colectivo, en contravención al principio de presunción de inocencia y al enfoque diferenciado exigido por el derecho internacional en materia de justicia juvenil (UNICEF, 2013; *Defence for Children International Palestine*⁴⁶, 2022).

43 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Egipto*, CRC/C/EGY/CO/4, 2011, párr. 79.

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, Sentencia de 28 de noviembre de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 278-305. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se-riec_371_esp.pdf, consultado el 25 de junio de 2025.

45 UNICEF, *Niños detenidos por las fuerzas militares israelíes*, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Jerusalén, 2013, p. 1. Disponible en: https://www.unicef.org/oPt/UNICEF_oPt_Children_in_Military_Detention_Report_February_2013_FINAL.pdf, consultado el 25 de junio de 2025.

46 Defence for Children International – Palestine, *Arrestos militares de niños palestinos en 2022: Informe anual*, Ramallah, 2022, pp. 3-7. Disponible en: https://www.dci-palestine.org/annual_report_2022, consultado el 25 de junio de 2025.

En Colombia, aunque la ley contempla un sistema de responsabilidad penal juvenil, organizaciones como Dejusticia⁴⁷ y la Defensoría del Pueblo⁴⁸ han advertido sobre casos donde adolescentes participantes en el Paro Nacional de 2021 fueron detenidos y señalados como “vándalos” o “terroristas urbanos”, con base en imputaciones genéricas que no distinguían entre participación activa, pasiva o testigos de los hechos. Aunque la legislación no aplicó la figura de terrorismo de forma explícita, el uso del lenguaje penal y la cobertura mediática criminalizante tuvo efectos similares, exacerbando la exclusión y afectando la presunción de inocencia de los adolescentes.

Estas experiencias permiten concluir que el uso del tipo penal de terrorismo contra adolescentes en contextos de protesta o disidencia no es un fenómeno exclusivo de Venezuela. Se trata de una práctica global que revela la fragilidad de los sistemas penales frente a la presión política y social, y que exige una revisión estructural del marco normativo y procesal, conforme a los principios de justicia especializada, proporcionalidad y enfoque restaurativo que rigen el sistema internacional de protección de la niñez.

A nivel interpretativo, imputar a adolescentes por terrorismo sin los requisitos legales ni el análisis de su entorno social e histórico transforma su rol de posibles infractores en víctimas de una estrategia estatal de criminalización del disenso. Esto vulnera el principio de no punición secundaria, revictimiza a jóvenes que en muchos casos enfrentan pobreza, estigmatización y violencia estructural, y desvirtúa el mandato pedagógico y restaurador de la justicia penal juvenil.

Además, esta imputación impide que se reconozca a los adolescentes como titulares de derechos, revirtiendo los avances logrados en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño. En vez de abordarse su conducta desde una perspectiva socioeducativa, se les trata con amenazas, reforzando lógicas represivas y excluyentes.

En síntesis, el uso del tipo penal de terrorismo contra adolescentes en Venezuela no responde a un marco legal riguroso ni a los estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil. Representa un mecanismo de control político que viola los principios de legalidad, proporcionalidad, especialidad y protección

47 DEJUSTICIA, *Del derecho a la protesta a la criminalización de los jóvenes: informe sobre el Paro Nacional 2021*, Bogotá, 2022, pp. 12-18. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/publication/del-derecho-a-la-protesta-a-la-criminalizacion-de-los-jovenes/>, consultado el 25 de junio de 2025.

48 Defensoría del Pueblo de Colombia, *Informe defensorial sobre derechos de la infancia y adolescencia durante el Paro Nacional 2021*, Bogotá, 2022, pp. 7-10. Disponible en: <https://www.defensoria.gov.co/es/nube/informes/10128>, consultado el 25 de junio de 2025.

integral. Urge revisar su aplicación y limitar su alcance conforme a criterios normativos claros, evaluación judicial especializada y control constitucional efectivo.

3. Impacto negativo de la imputación del delito de terrorismo en adolescentes: enfoque jurídico y psicosocial

Desde el enfoque jurídico, imputar a un adolescente por terrorismo contraviene el principio de legalidad penal juvenil, al aplicar una figura ambigua, de interpretación expansiva, y diseñada originalmente para adultos en contextos de violencia organizada. Esta práctica vulnera el principio de especialidad consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y la Observación General N° 24 del Comité de los Derechos del Niño (CDN, 2019), que exige un sistema diferenciado y adaptado a las condiciones de desarrollo psicosocial del adolescente. En el contexto venezolano, esta imputación tiene además consecuencias particularmente graves: el adolescente queda jurídicamente marcado con antecedentes penales vinculados a terrorismo, lo que afecta de manera injusta y desproporcionada su proyecto de vida y su futuro ejercicio pleno de derechos ciudadanos, como el acceso al empleo público, ingreso o residencia a otros países o cualquier otra solicitud. A esto se suma que, en la mayoría de los casos, las detenciones se realizan sin pruebas fundadas, bajo procedimientos caracterizados por irregularidades, que rara vez concluyen con una sentencia absolutoria o con un sobreseimiento formal. Incluso cuando ocurre este último, el Estado no reconoce públicamente el error judicial, ni ofrece mecanismos de reparación integral a los adolescentes ni a sus familias por los daños sufridos. Esta impunidad institucional perpetúa la revictimización, erosionando la confianza en el sistema judicial y en el Estado de derecho.

Desde el punto de vista psicosocial, la imputación por terrorismo produce una ruptura traumática en la biografía del adolescente. Como afirman González y Torres (2020)⁴⁹, este tipo de señalamiento genera una “marca psíquica” de gran intensidad que interrumpe los procesos de identificación positiva y construcción de sentido que caracterizan la adolescencia. La imputación por un delito asociado socialmente al “enemigo interno” convierte al adolescente en un símbolo del mal, anulando su identidad como persona en desarrollo y sustituyéndola por una identidad impuesta y estigmatizada. Esta transformación impacta directamente en su autoestima, en la capacidad de proyectarse hacia el futuro, y en la construcción de vínculos sociales protectores. González y Torres enfatizan que este tipo de criminalización impide la elaboración de una narrativa resiliente, refuerza sentimientos de vergüenza y desamparo, y amplifica la sensación de vulnerabilidad.

⁴⁹ Javier González y Mireya Torres. *Infancia vulnerada: el impacto psicosocial de la criminalización en adolescentes*, Editorial Nueva Visión, Buenos Aires, 2020, pp. 95-102.

Adicionalmente, estudios en psicología del trauma, como los de Garbarino (2009)⁵⁰ y Cyrulnik (2002)⁵¹, coinciden en que la experiencia de ser etiquetado como terrorista —aun cuando la imputación sea retirada posteriormente— tiene efectos duraderos en la salud mental, especialmente si ocurre en un entorno donde no existen mecanismos efectivos de reparación, contención emocional ni reintegración social. La detención arbitraria, el aislamiento, los interrogatorios intimidantes y la exposición mediática contribuyen a una vivencia de despersonalización y ruptura de sentido. Así, la imputación por terrorismo no solo castiga un supuesto acto, sino que destruye simbólicamente la subjetividad del adolescente, consolidando su exclusión del entramado social.

La literatura suficientemente ha documentado que toda experiencia de detención por motivos políticos durante la adolescencia configura un trauma complejo, en el que la vivencia del encierro conlleva a un sentimiento de injusticia y estigmatización. En el caso particular de la experiencia vivida en Venezuela se puede mencionar el caso de una adolescente diagnosticada con trastorno de estrés postraumático (TEPT) y riesgo suicida tras su encarcelamiento, el procesamiento penal bajo figuras asociadas al terrorismo actúa como un catalizador de angustia existencial y desesperanza. La necesidad de una evaluación psiquiátrica para sustentar el proceso legal no fue solo una herramienta jurídica, sino una urgencia clínica para atender la inestabilidad emocional y los pensamientos de autoagresión. La falta de respuesta institucional sostenida —como se evidencia en la interrupción del seguimiento psicológico a su madre— agrava la ruptura del tejido de apoyo familiar y comunitario, dejando al adolescente sin espacios seguros de contención emocional.

Se documentaron casos de disregulación emocional y síntomas persistentes de ansiedad, como por ejemplo un adolescente de 15 años, quien estuvo cuatro meses detenido, reportó síntomas somáticos de ansiedad, como sudoraciones y nerviosismo ante las audiencias judiciales. Este patrón revela un aspecto clave del trauma postdetención: el adolescente permanece en estado de hipervigilancia, con respuestas desproporcionadas ante estímulos relacionados con la experiencia carcelaria. Esta hipersensibilidad suele ir acompañada de evasión emocional y aislamiento, lo cual dificulta no solo el acceso a la atención psicológica, sino también la articulación de un relato coherente sobre lo vivido. El silencio y la evitación son parte de la estrategia psíquica de supervivencia, aunque a costa de la integración emocional de la experiencia.

50 James Garbarino, *Lost Boys: Why Our Sons Turn Violent and How We Can Save Them*, The Free Press, New York, 1999, p. 122.

51 Boris Cyrulnik, *Los patitos feos: La resiliencia: una infancia infeliz no determina la vida*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 35-37.

También se puede relatar casos que frente a la ausencia de atención psicosocial oportuna y de calidad se materializa también genera daño. La falta de apoyo del entorno familiar y del sistema de justicia conlleva a que el adolescente interiorice un mensaje de exclusión y falta de valor social. La despersonalización derivada de los procedimientos judiciales, sumada a la falta de mecanismos efectivos de reparación, consolida una identidad marcada por el delito imputado, aun cuando no haya condena. La etiqueta de “terrorista” actúa como un significante simbólico de expulsión del entramado ciudadano, con efectos psicosociales que exceden el periodo de detención.

La criminalización por terrorismo también imposibilita el acceso a medidas socioeducativas y restaurativas. Las autoridades judiciales suelen imponer prisión preventiva prolongada, negar el acceso a medidas cautelares sustitutivas y obviar el contexto personal, familiar y comunitario del adolescente. Esto distorsiona el sentido de la justicia penal juvenil, cuya finalidad es la reintegración y no el castigo ejemplarizante.

Además, la instrumentalización del tipo penal de terrorismo bloquea toda posibilidad de verdad, justicia y reparación. Las víctimas adolescentes no pueden denunciar malos tratos, tortura o detención arbitraria sin el temor de ser reimpunitadas o amenazadas sus familias. Esto genera un círculo de silencio e impunidad incompatible con un Estado de derecho. En palabras de Sánchez (2020)⁵², el uso del delito de terrorismo para disciplinar el disenso juvenil es “una forma contemporánea de persecución institucional que socava los cimientos democráticos del sistema de justicia”.

Finalmente, es preciso recordar que el adolescente, por definición, es un sujeto en formación. La respuesta estatal frente a una supuesta infracción no puede ser la imposición de etiquetas penales irreversibles, sino una intervención pedagógica que considere sus derechos, capacidades y posibilidades de cambio. La imposición del tipo penal de terrorismo niega esta condición, consolidando un sistema punitivo que castiga la pobreza, la protesta y la juventud.

Estas reflexiones exigen que la comunidad jurídica y los órganos internacionales de protección actúen con firmeza ante esta práctica, promoviendo reformas legislativas, control de convencionalidad y mecanismos de protección individual frente a la criminalización juvenil por terrorismo.

52 Ana Sánchez, *Terrorismo y derecho penal juvenil: El control del disenso en contextos autoritarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 88.

3. Sistema penal de responsabilidad de adolescentes en Venezuela: fundamentos, garantías y especialidad

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA)⁵³ establece un sistema penal especializado para adolescentes entre 14 y 17 años que se rige por principios, garantías y finalidades distintas a las del sistema penal ordinario de adultos. Este sistema tiene como finalidad primordial la responsabilidad penal diferenciada, basada en el reconocimiento del adolescente como sujeto en desarrollo, y orientada al cumplimiento de un fin socioeducativo, tal como lo establece el artículo 538 de la LOPNNA. No se trata de un régimen punitivo, sino de un modelo que promueve la reflexión crítica, la reparación del daño y la reintegración social del adolescente que ha cometido un hecho punible. Estas finalidades son alcanzadas mediante un enfoque educativo, concebido no solo como una orientación vaga o imprecisa sobre el sistema penal juvenil, sino como una garantía procesal específica, tal como lo establece el artículo 543 de la LOPNNA. Este enfoque implica que el adolescente debe recibir información clara, precisa y en lenguaje comprensible sobre cada actuación procesal en la que participe, lo que favorece su comprensión del proceso, promueve su empoderamiento como sujeto de derechos y posibilita una participación efectiva e informada.

El artículo 621 de la LOPNNA complementa esta perspectiva al establecer que las medidas socioeducativas tienen como finalidad formativa y restaurativa, orientadas a transformar positivamente la conducta del adolescente, favorecer el reconocimiento del daño causado y promover la asunción de responsabilidades. Para ello, se exige la intervención de entidades de atención especializadas, integradas por equipos multidisciplinarios que actúan bajo un enfoque integral que combina lo jurídico, lo psicológico, lo educativo y lo social.

La finalidad pedagógica del sistema se manifiesta en el uso de medidas diferenciadas —como la orientación individual, la libertad asistida o los servicios a la comunidad— que están diseñadas para reforzar valores, habilidades para la vida y estrategias de resolución de conflictos. Este enfoque promueve en el adolescente una comprensión crítica del hecho cometido, al tiempo que se facilita su reparación simbólica o concreta del daño, siempre en un entorno no punitivo.

En suma, el sistema penal juvenil, tal como lo prevé la LOPNNA y los estándares internacionales recogidos en la Observación General N° 24 del Comité de los Derechos del Niño, se estructura sobre el reconocimiento del adolescente

53 Venezuela. *Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA)*. Gaceta Oficial N.º 5.859 Extraordinario, 10 de diciembre de 2007.

como sujeto en desarrollo, y por tanto, exige respuestas que prioricen la educación transformadora, la restitución de derechos y la reintegración social sin estigmatización, dejando en claro que el castigo no puede ser el eje rector de la intervención penal juvenil.

Este sistema especializado parte de principios orientadores consagrados expresamente entre los artículos 538 al 550 de la LOPNNA. Entre ellos destacan: la excepcionalidad de la respuesta penal; la brevedad del proceso; la participación activa del adolescente; el carácter especializado de los órganos que intervienen; el respeto por la dignidad, intimidad y privacidad del adolescente; la utilización de medios adecuados al desarrollo evolutivo; la proporcionalidad de las medidas; el control judicial estricto sobre cualquier medida privativa de libertad, y el uso prioritario de alternativas a la privación de libertad. Estas garantías se complementan con el derecho a la defensa técnica especializada, el principio de no regresividad y la prohibición de penas que impliquen tratos crueles, inhumanos o degradantes (arts. 526–550).

El artículo 540 establece con claridad que “la privación de libertad debe aplicarse solo cuando sea estrictamente necesaria y por el período más breve posible”, una disposición que guarda plena correspondencia con el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño y con los estándares desarrollados en la Observación General N.º 24⁵⁴. Esta última insiste en que el sistema de justicia juvenil debe garantizar un enfoque restaurativo, personalizado y adaptado a la etapa de desarrollo del adolescente, con especial atención al principio de mínima intervención y a la utilización preferente de medidas no privativas de libertad. La Observación General también advierte sobre los riesgos de aplicar a adolescentes figuras penales destinadas a adultos —como el terrorismo— y recalca que los adolescentes deben ser tratados con especial consideración en toda etapa del procedimiento judicial (párrs. 15-21, 81-95).

Asimismo, el sistema venezolano contempla una diversidad de medidas socio-educativas —como la orientación, la libertad asistida, la prestación de servicios a la comunidad o el régimen de semi-libertad— que deben ser preferidas frente al internamiento, conforme al principio de proporcionalidad y el objetivo de reintegración. La LOPNNA también dispone que el procedimiento penal adolescente debe ser breve, oral, contradictorio, confidencial y adecuado a la dignidad e intimidad del adolescente, evitando cualquier forma de exposición pública o criminalización simbólica.

Pese a ello, la imputación del delito de terrorismo a adolescentes en el contexto postelectoral venezolano representa una grave ruptura de este modelo especia-

54 Comité sobre los Derechos del Niño, *ob. cit.*, p. 16-17.

lizado. En numerosos casos documentados, los adolescentes han sido juzgados por tribunales ordinarios, incluso por tribunales en materia de terrorismo para adultos y privados de libertad de forma preventiva sin mediar análisis psicosocial individualizado ni justificación basada en criterios de excepcionalidad. En la mayoría de estos casos, además, no se ha respetado la confidencialidad del procedimiento, exponiendo públicamente a los adolescentes, y afectando de forma irreversible su proyecto de vida. Esta situación configura una regresión alarmante en el sistema de garantías de la justicia juvenil venezolana, contraria tanto a la normativa interna como a los estándares internacionales en materia de derechos de la niñez.

4. Imputación del delito de terrorismo a adolescentes: análisis jurídico de la figura penal, su aplicación indebida y tensiones con el sistema especializado

El monitoreo realizado por Cecodap y la REDHNNNA documentó 213 casos de adolescentes detenidos entre julio y diciembre de 2024, en el contexto de protestas postelectorales. Todos estos adolescentes fueron imputados por el delito de terrorismo, previsto en la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento al Terrorismo. Esta calificación jurídica resulta incompatible con el sistema penal especializado previsto en la LOPNNA, ya que se trata de un tipo penal que, por su gravedad y ambigüedad, desconoce el principio de especialidad, la proporcionalidad sancionatoria y el enfoque socioeducativo propio de la justicia penal adolescente.

Según el artículo 538 de la LOPNNA, el sistema penal juvenil tiene como finalidad principal la asunción de responsabilidades en un marco educativo y restaurativo, no punitivo. La imputación de delitos especialmente graves como el terrorismo fractura esta finalidad, y además entra en contradicción con el artículo 540, que establece que la privación de libertad es una medida excepcional y de último recurso, lo que no ocurre en la mayoría de los casos documentados, donde se ha aplicado como medida automática. Asimismo, el artículo 520 reconoce que el procedimiento debe garantizar la intervención de fiscales, defensores y jueces especializados en justicia penal de adolescente, lo cual ha sido sistemáticamente omitido.

Las tensiones estructurales entre el sistema penal ordinario y el especializado se expresan de manera contundente en estas causas: en muchos casos, las audiencias se celebraron ante tribunales ordinarios en materia de terrorismo, sin competencia adolescente; las imputaciones fueron realizadas por fiscales sin formación ni experiencia en justicia juvenil, y se impidió el acceso a la defensa privada o al

acompañamiento de organizaciones de derechos humanos, vulnerando el derecho a la defensa técnica y afectiva del adolescente.

A partir de un análisis exhaustivo de la Observación General N° 24 del Comité de los Derechos del Niño resulta evidentes las tensiones estructurales. El Comité establece de forma enfática que el sistema de responsabilidad penal de adolescentes debe partir del reconocimiento del niño como sujeto de derechos en desarrollo, lo que exige una respuesta diferenciada y adaptada a sus características evolutivas, psicosociales y contextuales.

En particular, el Comité subraya que las respuestas penales deben adecuarse a la edad, madurez, circunstancias individuales y capacidad de comprensión del adolescente (párr. 11 y 33). Esta adecuación no es una opción política o técnica, sino una obligación jurídica derivada del principio de evolución de las facultades del niño, consagrado en el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Asimismo, la Observación General advierte sobre los riesgos de imponer sanciones simbólicas, excesivas o de carácter ejemplarizante, especialmente en el caso de delitos graves. En su párrafo 15, el Comité señala que: “Las respuestas deben ser proporcionales, no solo al delito cometido sino también a las circunstancias personales del niño, su desarrollo y su potencial de reintegración. El uso del sistema de justicia penal como medio de control político o social es incompatible con el enfoque de derechos.”.

De manera específica, el Comité exige que la privación de libertad se utilice solo como último recurso y durante el período más breve posible (párrs. 85-91). Cualquier medida que implique la separación del adolescente de su medio familiar y comunitario debe estar justificada con una motivación sólida, pública y exhaustiva, basada en una evaluación interdisciplinaria y personalizada. Esta evaluación debe incluir elementos psicosociales, educativos, culturales y familiares, lo cual suele estar ausente en los procesos de imputación por terrorismo.

Otro elemento clave es la prohibición expresa de equiparar a los adolescentes con adultos, tanto en la formulación de cargos como en la adopción de medidas coercitivas. El Comité indica en el párrafo 23: “Los Estados parte deben establecer un sistema de justicia juvenil diferenciado que excluya la posibilidad de que los niños sean tratados como adultos, incluso en casos de delitos especialmente graves.”.

Este principio también implica la obligación de proteger al adolescente del uso de figuras penales ambiguas, extensivas o abiertas a interpretación arbitraria, como lo es el delito de terrorismo en muchas legislaciones nacionales. En el pá-

rrafo 10, el Comité es enfático al afirmar que: “La utilización de normas penales vagas o imprecisas contra niños vulnera el principio de legalidad y los derechos al debido proceso, a la presunción de inocencia y a la defensa efectiva.”.

Finalmente, la Observación General N° 24 exhorta a los Estados a fortalecer el enfoque preventivo y restaurativo, garantizando que la intervención penal sea siempre el último recurso, especialmente en contextos de conflictividad política o social. La respuesta del Estado frente a adolescentes en situación de protesta o manifestación no debe ser punitiva, sino educativa, dialogante y orientada a la inclusión.

En esa misma línea, el Memorándum de Neuchâtel establece que la imputación de delitos graves como terrorismo en contra de adolescentes solo puede ser admitida si se cumplen rigurosamente criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, y si se garantiza la participación de un equipo técnico multidisciplinario que evalúe el entorno, el impacto psicosocial y la motivación del comportamiento. Asimismo, se recuerda que la privación de libertad por motivos preventivos o simbólicos está prohibida en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ahora bien, los criterios de imputación del delito de terrorismo deben ser analizados bajo estándares internacionales de derechos humanos y de justicia juvenil. En este marco, los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad se convierten en filtros imprescindibles para legitimar cualquier medida sancionatoria, especialmente si esta implica la imputación por delitos graves como el terrorismo, los cuales deben ser analizados de la siguiente manera:

1. Criterio de necesidad: la necesidad implica que la intervención penal —y particularmente la calificación del delito como terrorismo— debe constituir la única vía posible para alcanzar un objetivo legítimo del Estado, como la prevención de actos violentos graves. Este criterio exige demostrar que no existen alternativas menos lesivas, como medidas restaurativas, intervenciones psicosociales o sanciones socioeducativas que puedan cumplir la misma finalidad. En el caso de adolescentes, esta evaluación debe partir del principio de última ratio del derecho penal, especialmente reforzado cuando se trata del uso del aparato punitivo en contextos de protesta, expresión política o vulnerabilidad social. El Memorándum expresamente indica que cualquier respuesta penal debe evaluarse a la luz de si es estrictamente necesaria, es decir, si se justifica plenamente frente a los riesgos reales e inminentes que representa el comportamiento del adolescente.

2. Criterio de idoneidad: la idoneidad hace referencia a que la medida propuesta —en este caso, la calificación penal como terrorismo— debe ser capaz de lograr el objetivo legítimo perseguido, como puede ser la prevención de nuevos

actos violentos o la protección de la seguridad pública. La imputación debe estar fundada en elementos objetivos, no en percepciones subjetivas, prejuicios ideológicos o presunciones infundadas. En adolescentes, este criterio exige un examen riguroso de las motivaciones del comportamiento, el grado de autonomía, y la influencia de factores estructurales o contextuales, como pobreza, presión de grupo, coacción o manipulación. El Memorándum insiste en que se debe diferenciar claramente entre la militancia política, la expresión disruptiva o incluso ilegal, y la comisión de actos realmente violentos con intencionalidad terrorista.

3. Criterio de proporcionalidad: la proporcionalidad exige que el castigo sea equilibrado en relación con la gravedad de la conducta y las circunstancias personales del adolescente. Imputar terrorismo conlleva consecuencias penales y sociales extremadamente severas (privación prolongada de libertad, estigmatización, exclusión educativa y comunitaria). Por tanto, solo es admisible si la conducta imputada corresponde realmente a un acto de máxima gravedad, con clara intencionalidad violenta y efectos significativos en la seguridad colectiva. Además, debe ponderarse el impacto psicosocial de la medida, evaluando si esta no constituye un trato cruel, inhumano o degradante, en violación de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 37). El Memorándum de Neuchâtel advierte que el uso del delito de terrorismo como “herramienta simbólica de castigo o disuasión” está expresamente prohibido en contextos de justicia juvenil.

En definitiva, para que pueda considerarse legítima la imputación del delito de terrorismo contra un adolescente, deben coexistir simultáneamente los tres criterios —necesidad, idoneidad y proporcionalidad—, lo cual es excepcional. Además, debe contarse con la evaluación de un equipo multidisciplinario (psicólogos, trabajadores sociales, pedagogos, etc.) que valore tanto la motivación del acto como su impacto emocional y social, lo que refuerza el enfoque de protección integral y de justicia especializada que debe regir toda actuación penal contra adolescentes.

Por su parte, el Manual de Respuesta de la Justicia Penal al Terrorismo de la UNODC⁵⁵ advierte que el delito de terrorismo debe estar vinculado a acciones de gravedad extrema, con intención de generar terror colectivo y alterar gravemente el orden constitucional, y que su aplicación indiscriminada puede derivar en abusos judiciales y restricciones indebidas a la libertad de expresión y reunión.

Respecto a los actos de extrema gravedad, el Memorándum —al igual que el Manual de Respuesta de la UNODC (2011)— no proporciona una lista cerrada, pero establece ciertos criterios sustantivos para considerar que un acto pueda ser calificado como terrorismo:

55 UNODC, *ob. cit.*, p. 15.

1. Intencionalidad clara de causar terror en la población o coaccionar a autoridades públicas.
2. Peligro concreto y severo para la vida o integridad física de un número indeterminado de personas.
3. Impacto directo sobre el orden constitucional o la seguridad nacional, no actos de desobediencia civil o protesta social.

Por tanto, el Memorándum excluye expresamente del ámbito de aplicación del tipo penal de terrorismo aquellos actos que no cumplen estos criterios de extrema gravedad, por ejemplo:

1. Participación en protestas con violencia menor o esporádica.
2. Vandalismo sin daños a personas.
3. Comportamientos influenciados por el contexto emocional, familiar o comunitario del adolescente.

Además, insiste en que la respuesta penal no debe sustituir intervenciones sociales, educativas o de salud mental, especialmente en casos donde el comportamiento del adolescente está vinculado a traumas, marginalidad o ausencia de referentes protectores. Esto implica que la aplicación del tipo penal de terrorismo en adolescentes debe ser una última ratio, precedida por un análisis interdisciplinario que documente:

1. Las motivaciones del acto.
2. Las condiciones de vida del adolescente.
3. El posible impacto psicosocial de una imputación tan severa.

En consecuencia, la mera participación en hechos de protesta o desorden no puede justificar, bajo ningún estándar internacional, la calificación como terrorismo, salvo que se demuestre que el adolescente actuó con conocimiento, intención y capacidad para causar un daño de tal magnitud que amenace gravemente a la sociedad o al Estado.

El manual también recomienda expresamente evitar la aplicación del tipo penal a menores de edad, dada la exigencia de un análisis psicosocial diferenciado, y destaca que la respuesta penal frente a la niñez debe estar sujeta a los más altos estándares de legalidad, necesidad y proporcionalidad (UNODC, 2011, pp. 9-30).

En consecuencia, la imputación por terrorismo a adolescentes en el contexto venezolano constituye no solo una violación a las normas nacionales contenidas en la LOPNNA, sino también a los estándares internacionales en materia de derechos del niño. Estas imputaciones, además de ser legalmente improcedentes, consolidan un patrón de criminalización del ejercicio del derecho a la protesta pacífica y a la libre expresión, lo que socava la legitimidad del sistema de justicia penal y vulnera los principios del Estado democrático y de derecho.

5. Patrones de vulneración de derechos en el contexto postelectoral venezolano (julio 2024 – enero 2025): hallazgos empíricos y jurídicos

A partir de los informes de Cecodap y REDHNNA, se identificaron al menos once patrones de vulneración de derechos humanos que afectan gravemente el debido proceso, la dignidad y el desarrollo de los adolescentes:

1. **Detenciones arbitrarias sin orden judicial ni flagrancia:** el artículo 553 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) establece de manera categórica que la detención de adolescentes solo puede efectuarse en dos supuestos: (i) flagrancia del hecho punible, o (ii) existencia de una orden judicial debidamente motivada. Pese a esta disposición, durante el monitoreo realizado por Cecodap y REDHNNA se documentaron múltiples casos en los cuales adolescentes fueron aprehendidos por cuerpos de seguridad sin que mediara ninguno de estos supuestos. Las detenciones ocurrieron en sus viviendas, durante allanamientos irregulares, o en la vía pública mientras participaban en manifestaciones pacíficas, sin indicios de comisión de delito flagrante ni existencia de orden judicial previa. Esta práctica configura una detención arbitraria en los términos del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que establece que “nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria”. La arbitrariedad no se limita a la ilegalidad formal de la detención, sino también a su injustificación sustantiva, tal como ha interpretado el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N.º 35 (2014), en la que sostiene que “la privación de libertad debe ser razonable, necesaria y proporcional, en función de las circunstancias”. En el caso de adolescentes, esta exigencia es aún más rigurosa, asimismo, el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) impone a los Estados la obligación de garantizar que “la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se

llevará a cabo conforme a la ley y se utilizará únicamente como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. La detención arbitraria vulnera este principio fundamental, al hacer uso de la privación de libertad no como recurso excepcional y estrictamente regulado, sino como mecanismo de castigo, disuasión o persecución. En la práctica venezolana, estas detenciones se han materializado mediante procedimientos colectivos, sin individualización de responsabilidades, sin actas formales de detención, y en muchas ocasiones con posterior ocultamiento temporal del paradero del adolescente, impidiendo el acceso inmediato a familiares y abogados. Esto no solo configura una vulneración del debido proceso, sino que puede constituir desaparición forzada en los términos establecidos por la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006)⁵⁶, cuando se niega información sobre la detención o se priva a la persona de protección jurídica. Estas detenciones reflejan un patrón de desviación del derecho penal juvenil, al utilizarse mecanismos del sistema penal ordinario o de control del orden público, sin garantías especiales, sin control judicial inmediato y con fines ajenos a la protección del adolescente. Se trata, en definitiva, de una regresión inaceptable en materia de derechos humanos y justicia penal juvenil.

2. **Desaparición temporal e incomunicación inicial:** en el monitoreo realizado se documentó casos graves en los cuales adolescentes detenidos en el contexto postelectoral permanecieron durante horas, e incluso días, sin contacto con sus familiares, representantes legales o abogados de confianza. Esta situación de incomunicación inicial se traduce, en términos jurídicos, en una desaparición forzada de corta duración, independientemente del tiempo transcurrido, cuando concurren tres elementos fundamentales: la privación de libertad por agentes del Estado, la negativa a reconocer dicha detención o a informar sobre el paradero del detenido, y la sustracción del detenido de la protección de la ley. Desde el marco jurídico nacional, el artículo 546 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) dispone que todo adolescente privado de libertad tiene derecho a comunicarse de manera inmediata con sus padres, representantes o abogados. Esta disposición no solo garantiza la protección del adolescente frente a posibles tratos ilegales o crueles, sino que permite

56 Naciones Unidas, *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, adoptada mediante Resolución A/RES/61/177 del 20 de diciembre de 2006, entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010.

el ejercicio efectivo del derecho a la defensa y a la vigilancia judicial de la legalidad de la detención. La incomunicación injustificada, aun por breves lapsos, vulnera este principio esencial. En el plano internacional, el artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁵⁷ establece el derecho a interponer recurso de *habeas corpus* a fin de determinar la legalidad de la detención y de obtener la inmediata libertad en caso de ilegalidad. Sin acceso a un familiar o abogado que pueda interponer este recurso, el adolescente queda en situación de indefensión. El Comité contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas, en su Observación General N.º 1 (2011)⁵⁸, ha advertido que incluso las detenciones breves y no reconocidas pueden constituir desaparición forzada cuando impiden el acceso inmediato del entorno familiar o jurídico del detenido, lo que agrava la vulnerabilidad del adolescente. En contextos de protesta o conflictividad política, como el ocurrido en Venezuela entre julio de 2024 hasta febrero de 2025, esta práctica adquiere una connotación particularmente grave: los adolescentes son trasladados a centros de detención de adultos o comandos policiales sin acceso regular, lo cual impide conocer su ubicación exacta, somete a las familias a una búsqueda desesperada y vulnera el derecho a la presencia inmediata de su padre, madre o cuidador previsto en el artículo 541 de la LOPNNA.

- 3. Imputación de delitos desproporcionados, especialmente terrorismo:** la imputación del delito de terrorismo a adolescentes en el contexto de manifestaciones públicas constituye una afectación grave al principio de proporcionalidad penal, así como una violación del principio de estricta legalidad penal. De acuerdo con el artículo 539 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA), la intervención penal en el sistema especializado debe regirse por criterios de proporcionalidad, excepcionalidad y adecuación al grado de desarrollo del adolescente. Esto supone que las medidas penales y las calificaciones jurídicas deben estar estrictamente justificadas, tanto por la naturaleza del hecho como por las condiciones individuales del adolescente, y en ningún caso deben ser

57 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, artículo 7.6.

58 Comité contra las Desapariciones Forzadas, *Observación General N.º 1 sobre el derecho a presentar un recurso ante una autoridad judicial (artículo 17.2.f)*, ONU, CED/C/GC/1, 2011, párr. 11.

utilizadas con fines ejemplarizantes, intimidatorios o simbólicos. No obstante, los informes de Cecodap y REDHNNNA documentaron múltiples casos en los que adolescentes detenidos en el contexto de manifestaciones públicas, e incluso, sin haber participado en ellas, fueron imputados por delitos desproporcionados, como terrorismo, instigación al odio o asociación para delinquir. Estas imputaciones se formularon sin el cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos exigidos por la doctrina penal para considerar la existencia del delito de terrorismo: intencionalidad dolosa, uso de medios violentos o letales, fines ideológicos claramente identificables y participación en estructuras organizadas o concertadas. Al no cumplirse estos requisitos, la imputación constituye un uso arbitrario del derecho penal, que desnaturaliza el fin socioeducativo del sistema juvenil y opera como una forma de criminalización de la protesta. Desde el derecho internacional, la Observación General N° 24 del Comité de los Derechos del Niño (2019) es enfática al señalar que los adolescentes no deben ser equiparados a adultos ni en el tipo penal aplicable ni en la respuesta institucional frente a conductas infractoras. En su párrafo 10, el Comité advierte que “la aplicación de tipos penales vagos o excesivamente amplios a niños y niñas, como los delitos de terrorismo, pone en riesgo su derecho a la legalidad y puede resultar en una intervención punitiva ilegítima, contraria al interés superior del niño”. Asimismo, el Memorándum de Neuchâtel sobre terrorismo y justicia juvenil establece que la imputación de delitos de terrorismo a menores de edad debe constituir una medida absolutamente excepcional, sujeta a un estándar elevado de prueba, análisis del entorno psicosocial y justificación pública de su necesidad. Cualquier desviación de este estándar pone en riesgo la legitimidad del proceso penal juvenil y puede configurar una forma de represión encubierta bajo ropaje jurídico. Desde la perspectiva doctrinaria, académicos como Saul (2006)⁵⁹ y García Rivas (2017)⁶⁰ han alertado sobre el fenómeno del “populismo penal antiterrorista”, donde los Estados adoptan leyes ambiguas y castigos ejemplares como respuesta al disenso político. En contextos de alta polarización, como el venezolano posterior a las elecciones de 2024, esta lógica se traduce en el uso del sistema penal como mecanismo de control social y disuasión política, afectando gravemente a adolescentes

59 Saul Ben. *ob cit.* pp. 140-145.

60 Patricia García Rivas, “Populismo punitivo y terrorismo: el riesgo del derecho penal simbólico”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 19, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 77-96.

que ejercen legítimamente sus derechos a la participación, la protesta pacífica y la libertad de expresión. Finalmente, el Manual de Respuesta de la Justicia Penal al Terrorismo de la UNODC (2011)⁶¹ recuerda que “la utilización del tipo penal de terrorismo debe atender no sólo a los efectos de la conducta, sino a su contexto, motivación, medios empleados y grado de amenaza real”. La imputación automática y desproporcionada de terrorismo a adolescentes, sin este análisis contextual, convierte al proceso penal en una herramienta de estigmatización que contradice la especialidad del sistema, invisibiliza la condición de desarrollo del adolescente y consolida un enfoque punitivo regresivo, contrario a los estándares internacionales de derechos humanos.

- 4. Negación de defensa técnica privada:** la garantía de defensa técnica especializada constituye uno de los pilares del sistema penal juvenil. El artículo 544 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) establece expresamente que los adolescentes tienen derecho a ser asistidos desde el primer acto del procedimiento por un defensor o defensora pública penal especializada o un abogado o abogada de su confianza. Esta disposición forma parte de las garantías procesales reforzadas que rigen en el marco del sistema de responsabilidad penal adolescente, en correspondencia con el principio de especialidad y con el derecho al debido proceso. No obstante, los informes de Cecodap y REDHNNA documentaron que en la totalidad de casos ocurridos entre julio de 2024 y enero de 2025 se les impidió a los adolescentes ejercer este derecho. En los 213 casos se negó la posibilidad de que fueran asistidos por abogados de su confianza o se limitó el acceso a defensores pertenecientes a organizaciones de derechos humanos. Esta situación representa una vulneración directa no solo de la LOPNNA, sino también del artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que consagra el derecho de toda persona a “defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección” y a “comunicarse libremente con él”. El Comité de Derechos Humanos ha enfatizado en su Observación General N° 32 (2007)⁶² que la libre elección del abogado defensor constituye una garantía esencial del derecho a un juicio justo, en particular en procesos penales. Desde el punto de vista normativo, esta garantía también se encuentra reforzada en la Observación General N°

61 UNODC, *ob. cit.*, p. 14.

62 Comité de Derechos Humanos, *Observación General N.º 32: Artículo 14 – Derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, Doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007, párr. 34.

24 del Comité de los Derechos del Niño (2019), que señala en su párrafo 57 que “los niños deben tener acceso a un defensor especializado desde el primer momento de su contacto con las autoridades, incluyendo durante la detención policial y los interrogatorios”. Además, en su párrafo 58, el Comité advierte que “la denegación del acceso a un abogado pone en grave riesgo la equidad del procedimiento y puede anular la validez del mismo”. La exclusión de defensores privados y de representantes de organizaciones no gubernamentales también contradice los estándares internacionales en materia de justicia juvenil, recogidos en instrumentos como las Reglas de Beijing (Regla 15.1 y 15.2), que exigen la participación activa y competente de la defensa técnica como una salvaguarda contra abusos, discriminaciones o decisiones desproporcionadas en perjuicio del adolescente. Estas reglas reconocen que la defensa debe ser no solo legal, sino adecuada, informada, especializada y centrada en la protección integral del adolescente. Desde el análisis doctrinario, juristas como Cillero Bruñol (2015)⁶³ y Padilla (2021)⁶⁴ han advertido que en contextos autoritarios o de regresión democrática, la restricción del derecho a la defensa técnica privada es un indicador de captura del sistema de justicia, orientado a legitimar decisiones punitivas sin el contrapeso de garantías procesales efectivas. La negación sistemática de defensores privados en procesos contra adolescentes imputados por terrorismo responde a una lógica de invisibilización del disenso, debilitamiento del escrutinio público y facilitación de prácticas violatorias de derechos.

5. **Tratos crueles, inhumanos o degradantes:** durante el período de detenciones postelectorales, familiares denunciaron diversos casos donde varios adolescentes detenidos fueron víctimas de tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluyendo amenazas verbales, golpes físicos, aislamiento en celdas oscuras, privación de alimentos y contacto con familiares, así como exposición prolongada a condiciones insalubres o violentas. Estas prácticas constituyen una grave violación de derechos humanos, especialmente cuando se trata de personas en desarrollo, como lo son los adolescentes. En el ordenamiento jurídico venezolano, el artículo 539 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) establece con claridad que el derecho a la integridad para todo adolescente sometido

63 Miguel Cillero Bruñol, *Justicia penal juvenil y derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2015, p. 45;

64 Emilio Padilla, *La regresión democrática y el sistema de justicia penal en América Latina*, Editorial Jurídica Universitaria, Ciudad de México, 2021, p. 102.

el sistema de responsabilidad penal, por tanto, el adolescente tiene derecho a ser tratado con el respeto debido a su dignidad e integridad personal, física, psíquica y moral, estando expresamente prohibido cualquier tipo de violencia, coacción, amenaza o trato cruel, inhumano o degradante. En el plano internacional, el artículo 37, literal a) de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) dispone que “ningún niño será sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Esta norma se encuentra reforzada por las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana, 1990)⁶⁵, en especial la Regla 66, que prohíbe el uso del aislamiento o confinamiento solitario como medida disciplinaria en adolescentes. Además, la Regla 67 señala que “todas las sanciones disciplinarias deben respetar plenamente la dignidad humana del menor y en ningún caso deben comprometer su salud física o mental”. Desde una perspectiva jurídica comparada, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en señalar que la integridad personal de las personas privadas de libertad, especialmente si se trata de niños, niñas o adolescentes, debe ser respetada de forma estricta. En el caso “Instituto Penal de Ciudad de Guatemala vs. Guatemala” (2008)⁶⁶, la Corte estableció que cualquier forma de violencia institucional contra menores de edad debe ser investigada de oficio y con enfoque de protección reforzada. Asimismo, en contextos de conflicto político o crisis institucional, como ocurre en Venezuela, el uso de violencia institucional contra adolescentes detenidos adquiere un carácter particularmente grave, al generar no solo daños físicos, sino también afectaciones psicológicas profundas y duraderas. Como explican Aldunate y Alvarado (2018)⁶⁷, los adolescentes expuestos a violencia institucional desarrollan síntomas de retraimiento, desconfianza hacia las instituciones, trauma relacional, y una ruptura en la construcción de identidad que puede derivar en exclusión social permanente. Desde la doctrina, autores como Cillero Bruñol (2014)⁶⁸

65 Naciones Unidas, *Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana)*, A/RES/45/113, 14 de diciembre de 1990.

66 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Instituto Penal de Ciudad de Guatemala vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia del 2 de noviembre de 2008, Serie C Nº 143, párrs. 161-170.

67 V. Aldunate y F. Alvarado, *La adolescencia y la violencia institucional: aproximaciones psico-sociales desde América Latina*, Editorial Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2018, pp. 47-49.

68 Migue Cillero Bruñol, *ob cit*, pp. 38-40;

y González y Torres (2020)⁶⁹ señalan que el trato digno e íntegro no es solo un imperativo moral y jurídico, sino una condición esencial para que el sistema penal juvenil cumpla con su finalidad educativa y restaurativa. La aplicación de medidas o prácticas que lesionen la dignidad del adolescente contradice frontalmente los postulados del sistema penal especializado y reproduce lógicas de represión y castigo propias del sistema de adultos, prohibidas por la Convención. En el monitoreo realizado por Cecodap y REDHNNA, se identificaron relatos consistentes de adolescentes sometidos a encierro en celdas sin iluminación, golpes en zonas sensibles, amenazas de represalias a sus familias, y aislamiento durante las primeras horas de detención. Estas prácticas, lejos de constituir hechos aislados, configuran un patrón de actuación institucional que debe ser investigado penal y administrativamente, y que socava gravemente la legitimidad del sistema de justicia. Finalmente, desde una óptica bioética, estas conductas constituyen violaciones a los principios de no maleficencia y justicia, al causar daño deliberado y discriminado a una población vulnerable, y violar el principio de trato humano mínimo previsto en los estándares internacionales. La imposición de sufrimiento como forma de castigo o intimidación es incompatible con la ética jurídica contemporánea y debe ser condenada categóricamente por el Estado y la sociedad.

6. **Manipulación o fabricación de pruebas:** uno de los patrones más graves y alarmantes identificados en los informes de Cecodap y REDHNNA es la manipulación o fabricación de pruebas en los procesos penales contra adolescentes. Esta práctica incluye desde la siembra deliberada de objetos supuestamente peligrosos, como botellas con gasolina o explosivos caseros, hasta la obtención de firmas bajo coacción en actas de procedimiento o declaraciones inculpativas sin la debida asistencia legal. Estos hechos no solo afectan directamente la validez del proceso penal, sino que constituyen una grave violación a derechos fundamentales. En el marco jurídico venezolano, el artículo 540 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) consagra el principio de presunción de inocencia del adolescente hasta tanto una sentencia firme no determine la existencia del hecho y la participación culpable del imputado, imponiendo una sanción. Este principio exige que la carga probatoria recaiga exclusivamente sobre el Ministerio Público como órgano acusador y que

69 Luisiana González y Sebastián Torres, *Adolescencia, castigo y subjetividad: efectos psicosociales de la criminalización en América Latina*, CLACSO, Buenos Aires, 2020, pp. 91-94.

cualquier duda razonable se debe beneficiar al adolescente. La fabricación de pruebas vulnera también el principio de legalidad procesal, consagrado en el artículo 541 de la LOPNNA, que garantiza el derecho a la defensa técnica, el acceso al expediente, y la intervención de un abogado en todas las etapas del proceso. Cuando se presentan pruebas obtenidas mediante coacción, engaño o violación del debido proceso, se compromete la imparcialidad del juicio y se convierte al proceso penal en un instrumento de persecución más que de justicia. Desde el plano del derecho internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en su artículo 40.2.b), establece que todo niño o adolescente acusado de haber infringido la ley penal tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable, así como a impugnar cualquier prueba que haya sido obtenida en condiciones de presión, manipulación o sin garantías. Este estándar ha sido reforzado por la Observación General N° 24 del Comité de los Derechos del Niño (2019), que exige que las pruebas sean obtenidas con métodos compatibles con la dignidad humana del adolescente y respetando plenamente su desarrollo psicosocial. Además, el Manual de la UNODC sobre respuesta de la justicia penal al terrorismo (2011) advierte que en contextos de conflictividad política o social existe un riesgo elevado de uso indebido de pruebas o montajes judiciales para justificar detenciones arbitrarias. En el caso de adolescentes, este riesgo se agrava por la mayor vulnerabilidad, la menor comprensión de sus derechos, y la posibilidad de intimidación por parte de los cuerpos de seguridad. Doctrinariamente, autores como Zaffaroni (2005) y Binder (2010) han señalado que el uso de pruebas espurias o inducidas constituye una forma de “colonización autoritaria del proceso penal”, incompatible con un modelo garantista. En el ámbito de justicia juvenil, Cillero Bruñol (2014)⁷⁰ insiste en que el respeto a las garantías probatorias es indispensable para mantener el carácter pedagógico del sistema y evitar que este reproduzca lógicas de castigo o venganza. En varios casos documentados en Venezuela, adolescentes fueron obligados a firmar actas sin presencia de defensores, acusados de portar objetos que no tenían al momento de su detención, o presentados en medios oficiales como “terroristas” con pruebas inconsistentes o contradictorias. Estos hechos violan no solo el principio de presunción de inocencia, sino también el derecho a un juicio justo, a la no autoincriminación, y a la integridad física y mental durante el proceso. Desde una perspectiva bioética, la manipulación de pruebas representa una

70 Miguel Cillero Bruñol, *ob cit.*, p. 72.

grave transgresión al principio de justicia, ya que impide una evaluación objetiva de la responsabilidad individual y perpetúa situaciones de impunidad institucional. Asimismo, viola el principio de no maleficencia, al causar un daño grave, injustificado y duradero al adolescente, tanto en su esfera jurídica como en su trayectoria vital. Este patrón pone en evidencia la necesidad urgente de reformas estructurales, formación especializada de operadores de justicia y un sistema de control externo independiente que garantice la transparencia y legalidad de las actuaciones policiales y judiciales, especialmente en causas con connotación política o alta sensibilidad social.

7. **Ausencia de garantías del sistema penal juvenil:** uno de los hallazgos más críticos en el monitoreo de los casos documentados entre julio de 2024 y febrero de 2025 es la reiterada omisión de las garantías propias del sistema penal juvenil, previstas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) y en los estándares internacionales. En muchos procesos se constató que las audiencias se realizaron ante tribunales ordinarios con competencia en materia de terrorismo, sin competencias ni formación especializada en justicia juvenil, y que se aplicaron medidas privativas de libertad sin previa evaluación socioeducativa ni motivación fundamentada. Estas irregularidades constituyen una regresión jurídica inadmisibles y configuran una violación estructural del principio de especialidad. El artículo 529 de la LOPNNA establece expresamente que el sistema penal de responsabilidad de adolescentes debe garantizar un modelo especializado, diferenciado del sistema penal ordinario, fundado en la condición evolutiva del adolescente como sujeto en desarrollo y en su grado de responsabilidad. Este principio de especialidad supone no solo un trato diferenciado en cuanto a procedimientos y medidas, sino también la existencia de órganos judiciales y fiscales con competencia exclusiva y personal capacitado. La Observación General N° 24 del Comité de los Derechos del Niño (2019) refuerza este mandato al afirmar que: “Los Estados parte deben establecer un sistema especializado de justicia juvenil, con jueces, fiscales, defensores y personal técnico con formación continua en los derechos y necesidades de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley” (párr. 17). Asimismo, destaca que la privación de libertad debe ser una medida de última instancia, basada en una evaluación individual y aplicada solo cuando sea estrictamente necesaria (párr. 79), algo que no se cumplió en

los casos analizados. A nivel doctrinario, Cillero Bruñol (2014)⁷¹ y Zaffaroni (2011)⁷² han advertido que el incumplimiento de las garantías propias de la justicia juvenil equivale a una forma de violencia institucional que reproduce esquemas punitivos y niega el carácter educativo, restaurativo y rehabilitador del sistema. La intervención judicial sin formación especializada, en contextos de alta conflictividad política, incrementa los riesgos de decisiones arbitrarias y desvinculadas del interés superior del adolescente. En los casos analizados por Cecodap y REDHNNA, se observaron también omisiones en la evaluación psicosocial de los adolescentes antes de la imposición de medidas, el uso indiscriminado de la privación de libertad preventiva, y la ausencia de medidas socioeducativas alternativas, previstas en los artículos 620 y 621 de la LOPNNA. Estas omisiones contradicen la finalidad socioeducativa del sistema penal adolescente y obstaculizan la posibilidad real de reintegración social. Por tanto, la ausencia de garantías del sistema penal juvenil no solo constituye una violación normativa, sino también una forma de desprotección institucional que expone al adolescente a un tratamiento injusto, desproporcionado y estigmatizante. En un Estado democrático de derecho, la especialidad no es una concesión benevolente, sino una obligación jurídica derivada de tratados internacionales y de la propia Constitución nacional.

8. **Criminalización por el uso de redes sociales y plataformas digitales por parte de adolescentes:** en el monitoreo realizado se identificaron casos preocupantes de adolescentes detenidos en sus domicilios o citados judicialmente por contenidos publicados en redes sociales. De los 13 casos documentados de detención domiciliaria, dos (2) se relacionaron de forma directa con publicaciones en plataformas digitales (Instagram, WhatsApp y TikTok), las cuales fueron interpretadas por autoridades como incitación al odio, promoción de la violencia o desestabilización del orden público, en el contexto postelectoral venezolano. Esta práctica representa una forma de criminalización de la libertad de expresión digital de los adolescentes, especialmente cuando el contenido compartido se limita a expresar opiniones, disconformidad o denuncias sociales vinculadas con el proceso electoral del 28 de julio de 2024 y sus consecuencias. Las detenciones carecieron de una evaluación rigurosa de la intencionalidad, el alcance real del mensaje o la

71 Miguel Cillero Bruñol, *ob cit.*, p. 72-

72 Eugenio Zaffaroni, *La palabra de los muertos. Conferencias latinoamericanas sobre criminología cautiva*, Ediciones Colihue, Buenos Aires, 2011, p. 159.

comprensión de los mecanismos de expresión propios de la adolescencia en entornos digitales. Desde el punto de vista normativo, el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) reconoce el derecho del niño y adolescente a “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio que el niño elija”. Las plataformas digitales están comprendidas dentro de esta protección, como lo ha confirmado el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 25 (2021) sobre los derechos de la niñez en el entorno digital. Esta Observación destaca que: “Los Estados parte deben abstenerse de censurar, restringir o sancionar injustificadamente las expresiones de niños y adolescentes en línea, salvo en casos excepcionales y siempre conforme al principio de legalidad, necesidad y proporcionalidad” (párr. 24). En Venezuela, el artículo 67 de la LOPNNA garantiza el derecho a comunicarse libremente, mientras que el artículo 32 de la Constitución reconoce la libertad de pensamiento y expresión, sin censura previa ni criminalización de opiniones. La utilización del derecho penal para sancionar opiniones en redes sociales, sin pruebas de que estas incitaron directamente a actos de violencia, constituye una violación del principio de estricta legalidad penal (art. 49 CRBV; art. 526 LOPNNA) y un uso desproporcionado del poder punitivo. Más grave aún, estos procedimientos se sustentaron, en parte, en prácticas de delación o denuncia vecinal contra adolescentes, generando un clima de desconfianza, vigilancia y persecución comunitaria que afecta no solo al joven señalado, sino a su familia y entorno social. Tal como advierte la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, “los sistemas de vigilancia informal y delación ciudadana pueden transformarse en mecanismos de control político o ideológico, contrarios a los valores democráticos y al derecho a disentir”⁷³. Desde un enfoque de desarrollo psicosocial, adolescentes que están formando su identidad y autonomía requieren espacios seguros para experimentar, opinar y construir ciudadanía. Reprimir su expresión en redes sociales no solo inhibe su participación, sino que refuerza la exclusión y el miedo a la sanción como forma de

73 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe Anual 2022*, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 2022, p. 56.

control. Como afirman Livingstone y Third (2020)⁷⁴, “el entorno digital es una dimensión clave del ejercicio de la ciudadanía en la adolescencia, y debe ser protegido como un espacio legítimo para la expresión juvenil”. En consecuencia, estas detenciones y procesos judiciales no solo afectan derechos individuales, sino que envían un mensaje intimidante al resto de los adolescentes, inhibiendo su participación en la vida pública, negando su derecho a la crítica y perpetuando la idea de que opinar es peligroso. Esta criminalización simbólica del discurso adolescente en entornos digitales viola los principios de libertad, participación, desarrollo y protección integral, y configura un uso autoritario del derecho penal, incompatible con un Estado democrático de derecho.

- 9. Incumplimiento de los plazos previstos en la ley:** en el marco del monitoreo se constató que en una cantidad significativa de los casos de adolescentes privados de libertad durante el periodo postelectoral (julio 2024 – febrero 2025), no se cumplió con los plazos procesales establecidos por la legislación nacional, en especial el referente a la presentación obligatoria ante el juez de control dentro de las 24 horas siguientes a la aprehensión. Esta irregularidad fue reportada de forma reiterada en los estados Miranda, Carabobo, Zulia, Anzoátegui y Distrito Capital. El artículo 559 de la LOPNNA es claro al establecer que todo adolescente detenido debe ser presentado ante el juez de control competente dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la aprehensión. Este plazo tiene carácter perentorio y está directamente vinculado con la garantía de protección contra la detención arbitraria, la incomunicación y la posibilidad de ejercer adecuadamente el derecho a la defensa. Su inobservancia, además de constituir una infracción del procedimiento penal adolescente, representa una violación al derecho al debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En estos casos, el retardo procesal no solo vulnera garantías básicas, sino que incrementa los riesgos de corrupción estructural, tal como lo evidencian testimonios recogidos por las organizaciones de derechos humanos involucradas en el monitoreo, donde familiares relataron que funcionarios policiales, judiciales o penitenciarios

74 Sonia Livingstone y Amanda Third, *Children and Young People's Rights in the Digital Age: An Emerging Agenda*, London School of Economics and Political Science, Londres, 2020, p. 18.

exigieron pagos o favores para acelerar la presentación o la liberación del adolescente. Esto evidencia un patrón de instrumentalización del sistema judicial como mecanismo de coacción económica, agravado por la ausencia de controles institucionales eficaces. Desde la perspectiva internacional, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N.º 24 (2019), señala expresamente que: “Todo niño privado de libertad debe ser llevado ante una autoridad competente en el plazo más breve posible y nunca más tarde de las 24 horas siguientes a su aprehensión. La demora injustificada constituye detención arbitraria” (párr. 89). Asimismo, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas⁷⁵ ha sostenido que el incumplimiento de los plazos legales sin justificación objetiva y razonable convierte la privación de libertad en una forma de detención arbitraria (Opinión 22/2016, párr. 51). Este patrón de prolongación deliberada de la detención implica una forma de violencia institucional. No solo priva a los adolescentes de su libertad en condiciones de vulnerabilidad extrema (al margen de garantías procesales y sin intervención judicial oportuna), sino que rompe el principio de excepcionalidad de la privación de libertad en el sistema penal juvenil. Además, obstaculiza el ejercicio del derecho de defensa técnica y el acceso a mecanismos de control judicial que permitan verificar la legalidad de la detención. El artículo 541 de la LOPNNA establece que todo adolescente debe ser informado, de forma inmediata y comprensible, sobre los motivos de su aprehensión, su derecho a comunicarse con un abogado y con sus familiares, y su derecho a no declarar en ausencia de defensor. El retardo procesal y la omisión de la presentación judicial dificultan el ejercicio de estos derechos, prolongan el sufrimiento psicoemocional del adolescente y aumentan la probabilidad de tratos crueles o inhumanos durante el periodo de detención inicial. Finalmente, la reiteración sistemática de estos incumplimientos sugiere una normalización de la ilegalidad procesal y una regresión del sistema penal juvenil hacia prácticas propias del sistema penal ordinario, contrarias al mandato especializado, pedagógico y garantista consagrado en la LOPNNA y en los tratados internacionales de derechos humanos.

10. Condiciones de hacinamiento y salubridad en detención preventiva: los estándares del sistema penal juvenil venezolano exigen que todo lugar de detención cumpla con condiciones de salubridad, dignidad y adecuación

75 Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, *Opinión núm. 22/2016 (Venezuela)*, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, A/HRC/WGAD/2016/22, párr. 51.

a la edad y necesidades de desarrollo de los adolescentes. Sin embargo, el monitoreo realizado reveló al menos 93 reportes de condiciones de reclusión inadecuadas, caracterizadas por espacios reducidos, sin ventilación, con hacinamiento extremo y escaso acceso al agua potable, a servicios sanitarios y a medidas básicas de higiene. En el Centro de Detención Preventiva de Caraballeda, por ejemplo, se documentó un caso de un adolescente, quien presentó fiebres recurrentes debido a infecciones dermatológicas y en las uñas de los pies contraídas tras limpiar aguas negras que inundaban el calabozo. En Carabobo, otra adolescente detenida, permanecía aún en marzo de 2025 recluida en una oficina del CICPC, sin acceso a duchas, con un baño sin agua y sin posibilidad de salir al aire libre, lo que constituye una forma de confinamiento en condiciones inhumanas. Estas situaciones violan múltiples normas nacionales e internacionales. El artículo 538 de la LOPNNA establece que ningún adolescente podrá ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Las condiciones de detención deben respetar la dignidad del adolescente y estar en consonancia con los estándares de derechos humanos. El Subcomité para la Prevención de la Tortura de Naciones Unidas (SPT)⁷⁶ ha advertido que el hacinamiento estructural, la insalubridad y la falta de acceso a servicios básicos en los centros de detención constituyen formas de trato cruel, inhumano o degradante, incluso en ausencia de violencia directa. En el caso venezolano, el uso de oficinas policiales como espacios de reclusión prolongada contraviene además el principio de separación entre adolescentes y adultos, así como la obligación estatal de disponer de centros especializados, con personal capacitado y condiciones diferenciadas, conforme lo establece la Regla 13 de las Reglas de Beijing y la Observación General N.º 24 (CDN, 2019, párrs. 91-94). Estas condiciones también tienen un impacto psicosocial devastador: el aislamiento, la falta de higiene, el mal olor, la humedad y el contacto con aguas servidas generan cuadros de ansiedad, estrés postraumático, trastornos del sueño, e incluso ideación suicida en adolescentes en situación de encierro, como ha sido reportado en entrevistas clínicas realizadas por organizaciones acompañantes. Por tanto, la detención prolongada en estas condiciones no solo vulnera derechos procesales y humanos, sino que compromete seriamente el mandato pedagógico y restaurativo del sistema penal juvenil,

76 Subcomité para la Prevención de la Tortura de Naciones Unidas, *Observación General N.º 2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes*, Comité contra la Tortura, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párr. 10.

reafirmando la necesidad urgente de aplicar medidas no privativas de libertad, y de revisar de forma inmediata la adecuación estructural de los centros de detención existentes.

- 11. Impacto psicosocial severo:** el encarcelamiento arbitrario, la violencia institucional y la ausencia de reconocimiento y reparación por parte del Estado generan secuelas profundas en los adolescentes afectados. Las consecuencias reportadas incluyen retraimiento emocional, trastornos de ansiedad, síntomas depresivos, insomnio, crisis de angustia, y un persistente temor a ser revictimizados. Estas afectaciones impactan no solo en la salud mental individual, sino también en la capacidad de socialización, el desempeño académico y la confianza en las instituciones. El artículo 41 de la LOPNNA establece que: “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental”. A su vez, el artículo 32 consagra el derecho al desarrollo integral, libre de violencia, negligencia o abuso, en entornos seguros y protectores. La detención bajo condiciones hostiles, la incertidumbre procesal, la estigmatización y la desprotección institucional vulneran directamente este derecho y configuran una forma de violencia estructural. Desde la doctrina psicosocial, autores como Felitti y Anda (1998)⁷⁷, en sus estudios sobre experiencias adversas en la infancia, han demostrado que la exposición a situaciones traumáticas —como la detención injusta o el maltrato institucional— incrementa significativamente el riesgo de trastornos de salud mental y física a largo plazo, incluyendo adicciones, conductas de riesgo y enfermedades crónicas. UNICEF ha reiterado que el encarcelamiento y criminalización de adolescentes debe ser el último recurso y por el menor tiempo posible, ya que: “Toda privación de libertad deja una huella duradera en la psiquis de los niños, altera su sentido de seguridad y daña su confianza en los adultos responsables de protegerlos”⁷⁸. Por su parte, la Observación General N° 24 del Comité de los Derechos del Niño establece que: “El sistema penal juvenil debe considerar la salud mental y emocional del adolescente, evitar intervenciones que profundicen el trauma o la estigmatización, y ofrecer acompañamiento psicosocial especializado” (CDN, 2019, párr. 45). En los casos documentados en Venezuela entre julio de 2024 y febrero de 2025,

77 Vincent Felitti y Robert Anda. “The Adverse Childhood Experiences (ACE) Study”, *American Journal of Preventive Medicine*, vol. 14, n.º 4, 1998, pp. 245-258.

78 UNICEF, *Niños entre rejas: El impacto de la privación de libertad en la salud mental infantil*, Nueva York, 2020, p. 7.

los adolescentes no contaron con apoyo psicológico adecuado ni durante ni después de su detención. No se activaron mecanismos de reparación, atención ni seguimiento institucional. Las organizaciones acompañantes han reportado, además, que los adolescentes enfrentan discriminación escolar y comunitaria tras recuperar su libertad, lo que agrava su aislamiento y sensación de injusticia. El impacto psicosocial severo no es un daño colateral, sino una vulneración autónoma de derechos, con consecuencias que comprometen el presente y el futuro de los adolescentes. El Estado tiene la obligación jurídica y ética de prevenir estas afectaciones, reparar a las víctimas y garantizar medidas de no repetición.

Estos patrones evidencian una vulneración sistemática de derechos y una regresión estructural en el sistema de justicia penal adolescente venezolano. La combinación de prácticas arbitrarias, punitivas y desproporcionadas ha debilitado los pilares garantistas de la LOPNNA y los estándares internacionales, consolidando un modelo represivo incompatible con los principios del derecho penal juvenil.

6. Valoración ética y bioética de la respuesta estatal

Desde una perspectiva bioética, la actuación del Estado frente a adolescentes en conflicto con la ley, y en especial cuando se recurre al tipo penal de terrorismo, debe analizarse rigurosamente a la luz de los cuatro principios fundamentales de la bioética principialista propuestos por Beauchamp y Childress (2013)⁷⁹: no maleficencia, beneficencia, autonomía y justicia. Estos principios, originalmente formulados en el ámbito biomédico, han sido extrapolados con éxito al análisis de políticas públicas, especialmente en contextos donde intervienen actores en situación de vulnerabilidad, como los niños y adolescentes.

No maleficencia

Este principio, uno de los pilares de la bioética clásica, establece la obligación moral y jurídica de no infligir daño evitable e injustificado a otros, especialmente cuando se trata de personas en situación de especial vulnerabilidad, como los adolescentes. El mandato “*primum non nocere*” (primero, no hacer daño), no solo implica abstenerse de causar sufrimiento físico, sino también de afectar negativamente la integridad psicológica, emocional, moral y social del individuo. En el contexto venezolano, la detención de adolescentes por presunta comisión del

79 Tom L. Beauchamp y James F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, 7.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.

delito de terrorismo ha generado daños multidimensionales y documentados, contrarios al principio de no maleficencia:

1. Daño psicológico individual: numerosos casos documentados evidencian que adolescentes detenidos arbitrariamente han sufrido crisis de ansiedad, insomnio, ataques de pánico, retraimiento social y episodios depresivos severos. Estos trastornos se han visto intensificados por el uso del aislamiento, la incomunicación prolongada, las amenazas verbales y físicas, y la exposición a tratos crueles o degradantes. Algunos adolescentes han requerido posteriormente atención psiquiátrica o psicoterapia prolongada, lo cual evidencia el impacto profundo y sostenido del daño.

2. Interrupción del desarrollo psicoeducativo: el encarcelamiento, aun por períodos breves, interrumpe de forma abrupta los proyectos escolares, la vinculación con docentes, el rendimiento académico y los planes de vida del adolescente. Muchos han sido expulsados de sus instituciones educativas o se han negado a retornar por temor a la estigmatización. Esta situación afecta su derecho a la educación (art. 53 LOPNNA) y genera un rezago acumulado difícilmente reparable, truncando etapas clave del desarrollo personal.

3. Estigmatización y exclusión social: la imputación por terrorismo tiene un efecto estigmatizante duradero, especialmente cuando se difunde públicamente su detención en medios de comunicación, redes sociales o espacios comunitarios. Esto ha implicado, en muchos casos, rechazo por parte de vecinos, rupturas en los vínculos sociales, distanciamiento afectivo dentro del entorno familiar y autopercepción como “delincuente” o “peligroso”. Esta exclusión impide la integración comunitaria futura, al consolidar una narrativa de criminalización sobre el adolescente.

4. Impacto familiar y comunitario: a detención de un adolescente no solo afecta al individuo, sino a su familia. Madres, padres y cuidadores han debido enfrentar procesos judiciales opacos, pagos de fianzas desproporcionadas, sobornos, gastos en defensa legal, y en muchos casos, revictimización por parte de autoridades. La familia también experimenta miedo, desgaste emocional y sensación de injusticia, lo que rompe redes de protección y refuerza dinámicas de desconfianza institucional.

5. Marcas jurídicas permanentes: incluso en casos donde los adolescentes han sido liberados, el proceso judicial ha dejado antecedentes penales no depurados de manera automática, especialmente cuando se les ha imputado el delito de terrorismo. Esto marca de forma injusta e irreversible su historial judicial, limitando en el futuro el acceso a empleos, becas, participación política, derechos

ciudadanos e incluso la posibilidad de salir del país, generando un “daño estructural y proyectado en el tiempo”.

6. Conclusión bioética: desde la bioética aplicada al sistema jurídico penal, como señala María Casado (2006)⁸⁰, “toda intervención que dañe más de lo que protege se convierte en moralmente injustificable, aun cuando esté recubierta de legalidad formal”. En este sentido, la respuesta estatal frente a adolescentes que participan en manifestaciones, cuando se impone desde la lógica del castigo y no de la protección, es contraria no solo a los derechos humanos, sino a los mínimos éticos que rigen la intervención pública con menores de edad.

Beneficencia

El principio de beneficencia, en el marco de la bioética clásica, impone a los agentes públicos el deber de actuar activamente en favor del bienestar del otro, promoviendo su desarrollo, reduciendo sus sufrimientos y asegurando condiciones adecuadas para su vida digna. En el caso de los adolescentes en conflicto con la ley, este principio se expresa en la obligación del Estado de aplicar medidas que favorezcan su inclusión, educación y restitución de derechos, con miras a su rehabilitación social y no a su castigo.

1. Finalidad formativa del sistema penal adolescente: tanto la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 40.1) como la LOPNNA (artículo 538) establecen que la justicia penal juvenil debe tener como finalidad la formación del adolescente, su sentido de responsabilidad y su inserción positiva en la sociedad. Esto se traduce en la aplicación de medidas socioeducativas, la intervención de entidades de atención especializadas, y el diseño de procesos restaurativos, en los que se respeten la voz, la historia y el entorno del adolescente. Cuando se imputa a un adolescente por terrorismo, en ausencia de elementos suficientes o sin un análisis contextual, el Estado incumple su deber de beneficencia, ya que, en lugar de favorecer procesos de acompañamiento y reintegración, acentúa el daño, reproduce la exclusión y coloca al adolescente en un escenario de mayor vulnerabilidad estructural.

2. Ausencia de medidas orientadas al desarrollo: en muchos de los casos documentados, los adolescentes no fueron derivados a programas de atención psicosocial, educación alternativa, orientación familiar o servicios comunitarios, como lo exige la LOPNNA (arts. 620-624). Por el contrario, fueron sometidos a privación de libertad preventiva, sin evaluación diagnóstica integral, sin acceso a formación educativa continua y sin condiciones mínimas de bienestar físico y emocional. La falta de acciones concretas para restituir derechos, garantizar

80 María Casado, *Bioética, poder y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 128.

el aprendizaje y fomentar la autorreflexión evidencia una violación directa del principio de beneficencia.

3. La criminalización como antítesis del cuidado: imputar delitos tan graves como terrorismo a adolescentes que participaron en protestas o expresaron opiniones políticas es contrario al principio protector que debe guiar la justicia juvenil. Como afirma Aldo Libertad (2020)⁸¹, “el castigo ejemplarizante a menores de edad por razones políticas no solo desnaturaliza el derecho penal juvenil, sino que anula toda posibilidad de cuidado institucional”. En lugar de reparar y formar, el Estado convierte al sistema penal en un mecanismo de control autoritario, con consecuencias adversas y prolongadas.

4. Ética del cuidado vs. punitivismo simbólico: desde una ética del cuidado, propuesta por autores como Joan Tronto (1993)⁸² y Carol Gilligan (1982)⁸³, las relaciones institucionales deben sustentarse en la empatía, la responsabilidad y el acompañamiento de los sujetos más vulnerables. La justicia juvenil, bajo esta óptica, debe generar condiciones para que el adolescente reflexione, repare el daño causado (si lo hay), y construya un proyecto de vida viable y autónomo. El uso del delito de terrorismo no genera estos espacios; por el contrario, reproduce el miedo, la violencia institucional y la desconfianza en el aparato de justicia.

5. Falta de reparación y continuidad del daño: el principio de beneficencia también implica garantizar mecanismos de reparación posterior al daño, lo cual no ha ocurrido en Venezuela. Adolescentes liberados tras meses de detención no han recibido disculpas institucionales, acompañamiento psicológico, reingreso escolar facilitado ni reparación del daño moral y económico sufrido. El silencio institucional y la ausencia de mecanismos de restitución profundizan la herida bioética y social, y consolidan la impunidad como patrón estructural.

6. Conclusión bioética: el Estado venezolano ha fallado gravemente en su deber de promover interés superior del adolescente, al convertir la justicia juvenil en un espacio de sanción y miedo, en lugar de un entorno de protección, desarrollo y reinserción. Esta falla no es solo legal o técnica: es una omisión ética que compromete profundamente los valores fundacionales de los sistemas democráticos y de derechos humanos.

81 Aldo Libertad, *Derechos del niño y poder punitivo: hacia una justicia penal juvenil con enfoque protector*, Ediciones Jurídicas del Sur, Buenos Aires, 2020, p. 94.

82 Joan Tronto, *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethic of Care*, Routledge, Nueva York, 1993, p. 102

83 Carol Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, Cambridge, 1982, p. 73.

Autonomía

El principio de autonomía implica el respeto a la capacidad del individuo para tomar decisiones informadas, libres y conscientes sobre los asuntos que afectan su vida. En el contexto de los adolescentes, este principio debe interpretarse en función del desarrollo progresivo de sus facultades, tal como lo establece el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), y es desarrollado ampliamente en la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño (2009). Esta observación subraya que los adolescentes, aun sin alcanzar la mayoría de edad, tienen derecho a opinar, ser informados, y participar activa y significativamente en los procesos judiciales que les conciernan, especialmente en aquellos que puedan tener consecuencias graves sobre su libertad y reputación.

1. Autonomía y debido proceso: en los casos registrados en Venezuela, muchos adolescentes fueron obligados a rendir declaraciones sin comprensión suficiente del procedimiento, sin haber recibido información clara y accesible sobre los cargos, sus derechos y las posibles consecuencias legales. Además, se les negó la presencia de sus representantes legales o defensores técnicos de confianza, lo cual viola directamente lo dispuesto en el artículo 541 de la LOPNNA, así como los estándares internacionales sobre el debido proceso juvenil. Esta práctica despoja al adolescente de su capacidad de agencia jurídica, reduciéndolo a un sujeto pasivo frente a una maquinaria procesal que lo trata más como objeto del proceso que como persona con derechos. En términos bioéticos, como señala Jacob Rendtorff (2002)⁸⁴, esta situación constituye una forma de “cosificación moral”, en la que el adolescente es instrumentalizado por el aparato estatal sin consideración de su voluntad, entendimiento o dignidad.

2. Participación efectiva y lenguaje comprensible: la autonomía requiere también que el adolescente pueda participar con comprensión plena en cada etapa del proceso. Según el artículo 543 de la LOPNNA, todas las actuaciones judiciales deben ser explicadas en un lenguaje claro, accesible y educativo, garantizando que el adolescente entienda lo que ocurre y tenga oportunidad de expresar sus opiniones. Esta garantía es parte integral del enfoque educativo del sistema penal juvenil, orientado a la reflexión crítica, no a la sanción automática. En muchos casos documentados, no se cumplieron estas condiciones: adolescentes fueron sometidos a interrogatorios sin asistencia jurídica ni apoyo psicosocial, en condiciones de estrés extremo, y sin que se les facilitara información en términos comprensibles para su edad y nivel educativo. La negación de estas condiciones

84 Jacob Rendtorff, *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw: Autonomy, Dignity, Integrity and Vulnerability*, vol. 1, Centre for Ethics and Law, Copenhagen, 2002, p. 67.

no solo es un error procesal, sino una vulneración directa del principio de autonomía y del derecho a ser oído en condiciones de igualdad.

3. Capacidad progresiva y decisiones asistidas: el derecho internacional reconoce que la autonomía de los adolescentes debe respetarse en función de su capacidad progresiva (Observación General N° 12, párrs. 29-33), lo cual no significa independencia absoluta, sino el derecho a tomar decisiones con el debido acompañamiento pedagógico, jurídico y emocional. Esto se traduce en la obligación del Estado de garantizar que cada adolescente pueda participar en el proceso con apoyo adecuado de defensores especializados, traductores, psicólogos y representantes legales. En Venezuela, la ausencia de estos apoyos y el uso de procedimientos ordinarios ha cancelado de facto este derecho, transformando la comparecencia del adolescente en un acto formal sin contenido deliberativo ni comprensión real, contraviniendo también el artículo 520 de la LOPNNA y el principio de participación efectiva.

4. Implicaciones psicosociales de la negación de autonomía: Negar la autonomía en el marco de procesos penales tiene efectos psicosociales significativos. El adolescente puede experimentar sentimientos de impotencia, humillación, desconfianza institucional y ruptura del sentido de justicia. A largo plazo, esta experiencia puede traducirse en retraimiento, miedo a participar en la vida pública y pérdida de autoestima, lo cual afecta gravemente su desarrollo integral y la construcción de un proyecto de vida autónomo, libre y ético.

5. Conclusión bioética: desde la bioética, respetar la autonomía del adolescente implica escucharlo, informarlo adecuadamente, acompañarlo, y reconocer su capacidad para participar activamente en la resolución de conflictos legales. La imputación de terrorismo sin garantías ni acompañamiento no solo es jurídicamente insostenible, sino también éticamente inaceptable. Se niega así no solo un derecho procesal, sino una dimensión esencial de su humanidad: la posibilidad de comprender, decidir y construir una narrativa sobre sí mismo frente al Estado.

III. Justicia

El principio de justicia, uno de los pilares de la bioética, obliga a que toda intervención pública respete los principios de equidad, no discriminación y distribución justa de las cargas y beneficios sociales. En el marco del sistema penal juvenil, esto se traduce en la obligación del Estado de garantizar igualdad ante la ley, trato digno, y acceso sin restricciones a garantías procesales, sin importar la condición económica, social o política del adolescente.

1. Selectividad punitiva y “terrorismo legal”: en el contexto postelectoral venezolano, el principio de justicia ha sido gravemente vulnerado a través de

una práctica de criminalización selectiva dirigida contra adolescentes identificados como opositores, manifestantes o críticos del gobierno. Esta selectividad responde no a criterios jurídicos objetivos, sino a intereses políticos de control social y disuasión. Ya en 1944, Raphael Lemkin⁸⁵, jurista pionero del concepto de genocidio, alertaba sobre la utilización del derecho penal para fines represivos en régimen totalitarios, lo que sentó las primeras ideas para definir la figura de “terrorismo legal”: el uso arbitrario de normas legales para acallar disidencias y sembrar miedo en poblaciones específicas. Este fenómeno adquiere en Venezuela una expresión preocupante al ser adolescentes los destinatarios de estas prácticas, en abierta contradicción con la finalidad pedagógica y restaurativa del sistema penal juvenil.

2. Injusticia estructural y desigualdad procesal: los casos documentados evidencian que los adolescentes de sectores populares, sin recursos para pagar una defensa privada, y sin vínculos con actores institucionales, son más propensos a ser detenidos, imputados y privados de libertad. Esta desigualdad reproduce patrones de injusticia estructural, donde el acceso a las garantías judiciales depende de la clase social o del contexto político del adolescente, y no del análisis riguroso de los hechos. Esto vulnera no solo el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), sino también el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que obliga a los Estados a asegurar la igualdad ante la ley de todos los niños y adolescentes. El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 24 (2019), ha subrayado que la justicia juvenil debe ser aplicada sin discriminación de ningún tipo y con una atención especial a los adolescentes en condición de exclusión, pobreza o vulnerabilidad.

3. Judicialización como castigo simbólico: otro elemento que profundiza la injusticia es el uso del aparato judicial con fines ejemplarizantes. Al imputar por terrorismo a adolescentes que protestan o se expresan políticamente, el Estado envía un mensaje de castigo anticipado y disuasivo al resto de la sociedad juvenil, no para sancionar una conducta probada, sino para impedir la expresión legítima del desacuerdo. Esta práctica configura lo que David Garland (2001)⁸⁶ define como “nuevo punitivismo”: una forma de respuesta emocional y desproporcionada del Estado ante fenómenos sociales complejos, que no resuelve conflictos, sino que los transforma en actos de represión simbólica.

85 Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington D.C., 1944, p. 91.

86 David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001, cap. 7.

4. Criminalización como negación del derecho a la justicia: desde una óptica bioética, esta desigualdad sistemática equivale a la negación del acceso efectivo a la justicia, que no es solo el derecho a un juicio, sino el derecho a ser tratado con equidad, dignidad y proporcionalidad, especialmente cuando se trata de adolescentes, quienes están en pleno desarrollo de su autonomía moral y ciudadanía. En palabras de Diego Gracia (2001)⁸⁷, la justicia exige no solo un tratamiento formalmente igual, sino una respuesta sustantivamente equitativa, que reconozca las desigualdades de origen y busque corregirlas en lugar de perpetuarlas.

5. Conclusión bioética: restituir el principio de justicia en el sistema penal juvenil venezolano implica abandonar la lógica de castigo y reinstaurar el enfoque restaurativo previsto en la LOPNNA, particularmente en sus artículos 538 a 550. Ello exige reconocer al adolescente como sujeto en desarrollo, con derecho a una respuesta proporcional, pedagógica y respetuosa de sus derechos fundamentales, que le permita comprender el daño, reparar lo causado si lo hubiere, y reintegrarse socialmente. La imputación de terrorismo, aplicada de forma desproporcionada y sin respeto a estas garantías, no solo constituye una violación del derecho internacional, sino también una traición al fundamento ético del derecho penal en una sociedad democrática.

La actuación del Estado venezolano frente a los adolescentes imputados por terrorismo, lejos de representar un modelo de protección, constituye un ejercicio de poder lesivo, arbitrario y contrario a los principios fundamentales de la bioética. La ausencia de proporcionalidad, el daño psicológico irreparable, la exclusión social y la negación de participación procesal marcan un patrón de intervención estatal que no sólo viola derechos, sino que erosiona los principios éticos básicos que deben regir toda actuación pública, especialmente con niños, niñas y adolescentes.

8. Propuestas y recomendaciones: hacia una política de justicia penal juvenil garantista

Frente a la grave vulneración de derechos documentada en el tratamiento penal de adolescentes en el contexto postelectoral venezolano, es imprescindible avanzar hacia una reforma estructural y urgente del sistema de justicia penal juvenil, que garantice los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, la LOPNNA, la Observación General N° 24 del Comité de los Derechos del Niño (2019), y el Memorándum de Neuchâtel (2022). En este sentido, se formulan las siguientes propuestas:

87 Diego Gracia, *Fundamentos de bioética*, Triacastela, Madrid, 2001, p. 304.

I. Cese inmediato de la utilización del tipo penal de terrorismo contra adolescentes

La utilización del delito de terrorismo para imputar a adolescentes constituye una violación al principio de legalidad penal aplicable a los adolescentes, al aplicar una figura ambigua, expansiva y desproporcionada, creada para contextos de violencia armada o amenaza sistemática a la seguridad nacional. El Comité de los Derechos del Niño (Observación General N° 24, párr. 88) ha sido enfático: los adolescentes deben ser procesados solo por conductas criminales graves, bajo los más altos estándares de motivación, proporcionalidad y cumplimiento de manera estricta las garantías propias que impone este proceso. Toda imputación de terrorismo debe cesar de inmediato y ser sustituida por un tratamiento conforme al sistema especializado.

II. Revisión de todos los procesos judiciales abiertos desde julio de 2024

Se debe diseñar un mecanismo judicial de revisión especial y expedita, encargado de evaluar de manera integral la legalidad, proporcionalidad y cumplimiento de las garantías procesales en todos los casos abiertos contra adolescentes en el contexto de la conflictividad postelectoral iniciada en julio de 2024. Esta instancia debe operar bajo criterios de independencia, celeridad y participación activa de las defensorías públicas y organizaciones de derechos humanos, y considerar los siguientes elementos fundamentales:

1. Evaluación de la legalidad de la detención y de la acusación penal formulada, conforme a los artículos 553 y 538 de la LOPNNA, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el principio de legalidad penal juvenil desarrollado en la Observación General N.º 24 del Comité de los Derechos del Niño.
2. Análisis psicosocial individualizado, que permita valorar las circunstancias personales, familiares, de salud mental y de desarrollo del adolescente, en concordancia con el artículo 544 de la LOPNNA y los estándares del Memorándum de Neuchâtel (2022).
3. Verificación de las condiciones de detención y trato recibido, documentando casos de tratos crueles, incomunicación, hacinamiento o aislamiento, a la luz de lo dispuesto en los artículos 539 y 545 de la LOPNNA, el artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño y los informes del Subcomité para la Prevención de la Tortura.

4. Identificación y documentación de vulneraciones de derechos procesales y sustantivos, tales como la negación del derecho a defensa técnica privada, la ausencia de jueces especializados, y la estigmatización pública, con base en la jurisprudencia del sistema interamericano y en el principio de interés superior del adolescente (art. 8 LOPNNA), así como, la investigación y sanción a los funcionarios públicos que ordenaron, materializaron y permitieron estas violaciones.

Asimismo, el mecanismo debe incluir la revisión detallada de todas las medidas cautelares impuestas, particularmente las privativas de libertad, a fin de determinar su legalidad, proporcionalidad y adecuación al principio de excepcionalidad. En los casos en que dichas medidas no se justifiquen conforme al artículo 540 de la LOPNNA y los principios de mínima intervención y ultima ratio, se deberá ordenar su inmediata revocatoria y sustitución por medidas no privativas, con base en el derecho a la libertad personal, el principio de presunción de inocencia y el deber de evitar cualquier forma de detención arbitraria.

Esta propuesta responde a los principios de reparación integral, debido proceso, revisión judicial efectiva y garantía de no repetición, consagrados tanto en el artículo 14 del PIDCP como en la doctrina consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (casos *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, *Atala Riffo vs. Chile*, entre otros⁸⁸). Su implementación constituye un paso indispensable hacia la restitución de derechos y la restauración del sistema especializado de justicia penal juvenil.

III. Formación obligatoria a jueces y fiscales en garantías del sistema penal juvenil

La ausencia de formación especializada en justicia penal juvenil entre jueces, fiscales, defensores y cuerpos policiales ha sido una de las causas más persistentes de vulneración de derechos en los casos de adolescentes en conflicto con la ley, especialmente cuando se les imputa delitos graves como terrorismo. Esta carencia propicia una interpretación adultocéntrica y del derecho penal, que desconoce la especificidad del desarrollo psicosocial adolescente y conduce a prácticas regresivas, contrarias al principio de especialidad consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y desarrollado por la Observación General N.º 24 del Comité de los Derechos del Niño. La falta de conocimiento adecuado genera decisiones desproporcionadas, medidas privativas de libertad impuestas

88 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C, N.º 126; *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, N.º 239.

sin análisis individualizado y omisión de medidas socioeducativas previstas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA).

Frente a esta situación, se propone la implementación de un programa de formación obligatorio, permanente y certificado en justicia penal juvenil para todos los operadores del sistema. Esta capacitación debe cubrir contenidos fundamentales como: (i) los principios rectores del sistema penal especializado (interés superior, excepcionalidad de la pena, proporcionalidad, no regresividad y especialidad); (ii) el marco normativo internacional, incluyendo la CDN, la Observación General N.º 24, las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad y el Memorándum de Neuchâtel; y (iii) una aproximación ética y bioética, basada en los principios de no maleficencia, beneficencia, autonomía y justicia, aplicados a los procedimientos judiciales con adolescentes. Asimismo, debe incluir componentes prácticos sobre enfoques restaurativos, mediación penal juvenil y estrategias de desjudicialización.

Este programa formativo no debe considerarse optativo, sino un requisito indispensable para ejercer funciones en causas que involucren personas menores de 18 años. La especialización debe ser acreditada por una entidad competente, y su cumplimiento verificado por los órganos de control de los poderes Judicial, Ciudadano y Ejecutivo. A su vez, se recomienda que esta formación incorpore el testimonio de adolescentes que han transitado el sistema penal, como parte de una pedagogía transformadora que sensibilice desde la experiencia vivida. La capacitación constante no solo fortalece las garantías procesales de los adolescentes, sino que también contribuye a prevenir decisiones judiciales que, en lugar de proteger, terminan revictimizando y marcando negativamente su proyecto de vida.

IV. Aplicación estricta de la LOPNNA y sus principios en toda detención de adolescentes

El respeto a la LOPNNA no puede ser interpretativo ni subordinado al código penal ordinario. Debe exigirse el cumplimiento estricto y obligatorio de los siguientes principios en toda intervención penal con adolescentes:

1. Excepcionalidad de la privación de libertad (art. 548).
2. Derecho a defensa técnica especializada y privada (art. 544).
3. Debido proceso y confidencialidad (arts. 545 y 546).
4. Información y derecho a ser oído (arts. 541-542).
5. Juicio educativo y única persecución (arts. 543 y 547).

6. Evaluación de madurez psicosocial como condición previa a toda decisión sancionatoria (Observación General N° 24, párr. 71).

Este compromiso institucional debe ser acompañado por protocolos de actuación policial, fiscal y judicial, supervisados por organismos defensores de derechos humanos.

V. Medidas de reparación, garantía y no repetición

Es fundamental que el Estado venezolano reconozca de manera pública y explícita los daños ocasionados a los adolescentes indebidamente criminalizados en el contexto postelectoral, adoptando medidas de reparación integral que respondan a los estándares internacionales establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la jurisprudencia interamericana en materia de justicia juvenil. El reconocimiento de responsabilidad institucional debe ir acompañado de una disculpa pública oficial, con carácter restaurador y no revictimizante, que dignifique a las víctimas, repare simbólicamente su integridad y sienta un precedente frente a futuros abusos del poder penal.

Las medidas de reparación deben incluir tanto componentes individuales como estructurales. En el plano individual, se recomienda la indemnización por daños materiales y morales, especialmente por la afectación de derechos como la libertad personal, la integridad física y psíquica, la salud, la educación y la imagen pública. De igual forma, se debe garantizar atención psicosocial especializada, con enfoque en trauma y salud mental, para los adolescentes y sus familias, asegurando su acceso sostenido a servicios de apoyo emocional y de reintegración comunitaria. En el ámbito educativo, debe facilitarse el retorno al sistema escolar o su inserción en programas alternativos, acompañados de tutorías, becas, y medidas contra la estigmatización institucional.

En el plano estructural, se deben implementar sanciones administrativas o penales a los funcionarios responsables de las violaciones de derechos, conforme al principio de responsabilidad individual y de rendición de cuentas. También resulta indispensable impulsar reformas normativas que restrinjan el uso de tipos penales de aplicación ambigua o desproporcionada, como el delito de terrorismo, cuando estos resulten incompatibles con el principio de especialidad y proporcionalidad del sistema penal juvenil. Como garantía de no repetición, estas reformas deben incluir salvaguardas legales explícitas, protocolos de actuación diferenciados y mecanismos independientes de supervisión, con participación activa de organizaciones de derechos humanos, defensorías y sociedad civil.

9. Conclusiones

La imputación del delito de terrorismo a adolescentes en el contexto postelectoral venezolano no solo contradice los principios rectores del sistema penal juvenil, sino que representa una grave regresión jurídica, institucional y ética que compromete la legitimidad del Estado como garante de derechos. En primer lugar, se infringe el principio de especialidad consagrado en el artículo 520 de la LOPNNA y reafirmado por la Observación General N° 24 del Comité de los Derechos del Niño, que exige la existencia de un sistema diferenciado, con normas, operadores y procesos adaptados a las condiciones de desarrollo de las personas menores de 18 años. El uso de tipos penales diseñados para contextos de violencia organizada, como el terrorismo, desnaturaliza este mandato y vulnera la coherencia normativa del sistema especializado.

Desde una perspectiva institucional, esta práctica revela una pérdida de autonomía del sistema de justicia juvenil, absorbido por lógicas del sistema penal ordinario marcadas por el castigo, la estigmatización y la ejemplaridad punitiva. La intervención de tribunales no especializados, fiscales sin formación en derechos del niño y procedimientos carentes de evaluaciones psicosociales ha derivado en una desprotección estructural, donde los adolescentes son tratados como adultos, sin las garantías reforzadas que exige su condición jurídica y biológica.

En el plano ético, lo ocurrido configura una ruptura del principio de justicia restaurativa que orienta el sistema penal adolescente. En lugar de promover procesos de responsabilización crítica, reparación del daño y reintegración social, se impone una respuesta represiva con efectos traumáticos y estigmatizantes, que socavan la percepción de futuro del adolescente y su vínculo con la sociedad. La criminalización por terrorismo no parte de un análisis de peligrosidad real ni de un examen individualizado de la conducta, sino de una interpretación extensiva y simbólica del conflicto social, incompatible con los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación. En definitiva, esta práctica coloca al adolescente como enemigo interno, negando su condición de sujeto de derechos y agravando las condiciones de exclusión que precisamente el sistema penal juvenil está llamado a transformar.

La información empírica recopilada, junto con los marcos doctrinarios, normativos y bioéticos aquí examinados, permite concluir que la criminalización juvenil en Venezuela ha operado como una estrategia de control político y simbólico, donde el derecho penal deja de ser una herramienta de justicia para convertirse en un instrumento de intimidación social. Esta instrumentalización se manifiesta en la aplicación desproporcionada de figuras como el terrorismo, que no guardan relación con la conducta individual de los adolescentes, sino con la

necesidad del Estado de castigar y disuadir la participación política y el ejercicio de derecho de la población, especialmente de los adolescentes, especialmente en contextos de alta conflictividad y cuestionamiento al poder.

Esta práctica no responde a criterios de prevención del delito ni a necesidades reales de protección social, sino a una lógica de construcción del enemigo interno, en la que los adolescentes son utilizados como chivos expiatorios de un conflicto político que los excede. Al imputarles delitos graves sin sustento probatorio ni garantías procesales adecuadas, se profundiza la exclusión estructural y se reactiva un círculo de vulnerabilidad que afecta la salud mental, el derecho a la educación, la relación con sus familias y su vinculación con la comunidad.

Desde la perspectiva de la justicia restaurativa, estas actuaciones constituyen una violación frontal a los principios de reparación, reintegración y participación activa del adolescente en el proceso judicial. No se busca comprender las causas de su conducta ni ofrecer alternativas socioeducativas, sino imponer sanciones ejemplarizantes que refuerzan la estigmatización y el retraimiento. En términos bioéticos, esta estrategia niega la dignidad inherente al adolescente como sujeto de derechos en desarrollo, y contradice el principio de protección reforzada consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Observación General N° 24 y la propia Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Estas imputaciones agravan el daño, perpetúan la exclusión y erosionan la confianza de los jóvenes en las instituciones democráticas. Urge, por tanto, una revisión estructural del enfoque represivo que ha predominado en los últimos meses. Venezuela debe reorientar su política penal juvenil conforme a los compromisos internacionales asumidos y a los principios de humanidad, legalidad y justicia que sustentan cualquier Estado de derecho. Apostar por la adolescencia como etapa formativa implica superar la mirada sancionatoria y adoptar medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición. Solo así se podrá reconstruir la legitimidad del sistema de justicia y consolidar una cultura de paz con adolescentes como ciudadanos activos, respetados y protegidos.

Referencias

- ALDUNATE, V. y ALVARADO, F., *La adolescencia y la violencia institucional: aproximaciones psicosociales desde América Latina*, Editorial Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2018.
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUDH), *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Egipto*, Ginebra, 2015, pp. 9-12.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Egypt: Official crackdown crushes protest movement*, 2015. Disponible en: <https://www.amnesty.org/en/documents/mde12/1853/2015/en/>, consultado en fecha: 25 de junio de 2025.

- ANDA, Robert F. y FELITTI, Vincent J., “The Adverse Childhood Experiences (ACE) Study”, *American Journal of Preventive Medicine*, vol. 14, n.º 4, 1998.
- BEAUCHAMP, Tom L. y CHILDRESS, James F., *Principles of Biomedical Ethics*, 7.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “Terrorismo, garantías penales y derechos fundamentales: ¿hacia un derecho penal del enemigo?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 24-06, 2022. Disponible en: <https://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-06.pdf>, consultado en fecha: 25 de junio de 2025.
- CASADO, María, *Bioética, poder y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 2006.
- CILLERO BRUÑOL, Eugenio, *Justicia penal juvenil y derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2015.
- COMITÉ CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS, *Observación General N.º 1 sobre el derecho a presentar un recurso ante una autoridad judicial* (artículo 17.2.f), ONU, CED/C/GC/1, 2011.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, A. v. Turquía, Comunicación N.º 2621/2015, CCPR/C/128/D/2621/2015, 2014.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, Observación General N.º 32: Artículo 14 – Derecho a un juicio imparcial, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU, Nueva York, 20 de noviembre de 1989.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N.º 10: Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, Ginebra, 25 de abril de 2007. Neuchâtel Memorandum
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N.º 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, Ginebra, 2009.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N.º 24 sobre los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, CRC/C/GC/24, Ginebra, 18 de septiembre de 2019.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Egipto, CRC/C/EGY/CO/4, 2011.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, A/HRC/40/52, 25 de febrero de 2019. Disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/40/52>, consultado en fecha: 25 de junio de 2025.

- CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 1566 (2004), aprobada en su 5053ª sesión, 8 de octubre de 2004.
- CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LOS ATENTADOS TERRORISTAS COMETIDOS CON BOMBAS, adoptado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997, en United Nations Treaty Series, vol. 2149, p. 256.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C Nº 126.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Serie C Nº 371.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, artículo 7.6.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Instituto Penal de Ciudad de Guatemala vs. Guatemala, Sentencia del 2 de noviembre de 2008, Serie C Nº 143.
- CYRULNIK, Boris, *Los patitos feos: La resiliencia: una infancia infeliz no determina la vida*, Gedisa, Barcelona, 2002.
- DAVID GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- DEFENCE FOR CHILDREN INTERNATIONAL – PALESTINE, Arrestos militares de niños palestinos en 2022: Informe anual, Ramallah, 2022. Disponible en: https://www.dci-palestine.org/annual_report_2022, consultado en fecha: 25 de junio de 2025.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA, Informe defensorial sobre derechos de la infancia y adolescencia durante el Paro Nacional 2021, Bogotá, 2022, pp. 7-10. Disponible en: <https://www.defensoria.gov.co/es/nube/informes/10128>, consultado en fecha: 25 de junio de 2025.
- DEJUSTICIA, Del derecho a la protesta a la criminalización de los jóvenes: informe sobre el Paro Nacional 2021, Bogotá, 2022, pp. 12-18. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/publication/del-derecho-a-la-protesta-a-la-criminalizacion-de-los-jovenes/>, consultado en fecha: 25 de junio de 2025.
- FELITTI, Vincent J. y ANDA, Robert F., ob. cit.
- GARBARINO, James, *Lost Boys: Why Our Sons Turn Violent and How We Can Save Them*, The Free Press, New York, 1999.

- GARCÍA RIVAS, Patricia, "Populismo punitivo y terrorismo: el riesgo del derecho penal simbólico", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 19, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.
- GARLAND, David, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- GILLIGAN, Carol, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, Cambridge, 1982.
- GONZÁLEZ, Javier y TORRES, Mireya, *Infancia vulnerada: el impacto psicosocial de la criminalización en adolescentes*, Editorial Nueva Visión, Buenos Aires, 2020, pp. 95-102.
- GONZÁLEZ, Luciana y TORRES, Sebastián, *Adolescencia, castigo y subjetividad: efectos psicosociales de la criminalización en América Latina*, CLACSO, Buenos Aires, 2020, pp. 91-94.
- GRACIA, Diego, *Fundamentos de bioética*, Triacastela, Madrid, 2001, p. 304.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA DETENCIÓN ARBITRARIA, Opinión núm. 22/2016 (Venezuela), A/HRC/WGAD/2016/22, 2016.
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA DETENCIÓN ARBITRARIA, Opinión núm. 22/2016 (Venezuela), Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, A/HRC/WGAD/2016/22.
- HUMAN RIGHTS WATCH, Turkey: Prosecutions of Kurdish Children as Terrorists, 20 de julio de 2010. Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2010/07/20/turkey-prosecutions-kurdish-children-terrorists>, consultado en fecha: 25 de junio de 2025.
- LEMKIN, Raphael, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington D.C., 1944.
- LIBERTAD, Aldo, *Derechos del niño y poder punitivo: hacia una justicia penal juvenil con enfoque protector*, Ediciones Jurídicas del Sur, Buenos Aires, 2020.
- LIVINGSTONE, Sonia y THIRD, Amanda, *Children and Young People's Rights in the Digital Age: An Emerging Agenda*, London School of Economics and Political Science, Londres, 2020.
- MEMORÁNDUM DE NEUCHÂTEL, Buenas prácticas de justicia de menores en el contexto de la lucha contra el terrorismo, UNODC y UNICEF, Neuchâtel, 2015. Disponible en: <https://resourcecentre.savethechildren.net/pdf/english-neuchatel-memorandum-on-juvenile-justice.pdf>, consultado en fecha: 27 de junio de 2025.

- NACIONES UNIDAS, Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada mediante Resolución A/RES/61/177 del 20 de diciembre de 2006, entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010.
- NACIONES UNIDAS, Directrices de Acción sobre los Niños en el Sistema de Justicia Penal (Directrices de Viena), A/RES/50/145, 21 de diciembre de 1995.
- NACIONES UNIDAS, Medidas para eliminar el terrorismo internacional, Resolución 49/60, aprobada el 9 de diciembre de 1994. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/49/60>, consultado en fecha: 25 de junio de 2025.
- NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.
- NACIONES UNIDAS, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana), A/RES/45/113, 14 de diciembre de 1990.
- NACIONES UNIDAS, Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Resolución 40/33, 29 de noviembre de 1985.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), Manual de respuesta de la justicia penal al terrorismo, Naciones Unidas, Viena, 2011.
- PADILLA, Emilio, *La regresión democrática y el sistema de justicia penal en América Latina*, Editorial Jurídica Universitaria, Ciudad de México, 2021.
- RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), Informe Anual 2022, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 2022.
- RENDTORFF, Jacob, Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw: Autonomy, Dignity, Integrity and Vulnerability, vol. 1, Centre for Ethics and Law, Copenhagen, 2002.
- SÁNCHEZ DE TAGLE, Ana, “¿Cómo definir el terrorismo? Análisis de los elementos fundamentales que conforman el delito de terrorismo en el derecho penal internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 24, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2020.
- SÁNCHEZ DE TAGLE, Ana, *Terrorismo y derecho penal juvenil: El control del disenso en contextos autoritarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- SAUL, Ben, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

- SUBCOMITÉ PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA DE NACIONES UNIDAS, Observación General N.º 2: Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, Comité contra la Tortura, CAT/C/GC/2, 24 de enero de 2008, párr. 10.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Caso Ramda c. Francia, demanda n.º 78477/11, sentencia del 19 de diciembre de 2016.
- TRICOT, Pierre, “Le terrorisme et le droit international”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 59, CNRS Éditions, París, 2013.
- TRONTO, Joan, *Moral Boundaries: A Political Argument for an Ethic of Care*, Routledge, Nueva York, 1993.
- UNICEF, Niños detenidos por las fuerzas militares israelíes, Jerusalén, 2013. Disponible en: https://www.unicef.org/oPt/UNICEF_oPt_Children_in_Military_Detention_Report_February_2013_FINAL.pdf, consultado en fecha: 25 de junio de 2025.
- UNICEF, Niños entre rejas: El impacto de la privación de libertad en la salud mental infantil, Nueva York, 2020.
- VENEZUELA, Ley Contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento al Terrorismo, Gaceta Oficial N.º 40.792 Extraordinario, 27 de julio de 2012.
- VENEZUELA, Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA), Gaceta Oficial N.º 5.859 Extraordinario, 10 de diciembre de 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos*. Conferencias latinoamericanas sobre criminología cautiva, Ediciones Colihue, Buenos Aires, 2011.

La protección integral de la niñez y adolescencia en Venezuela: aportes y reflexiones desde la academia

Carla Serrano Naveda¹

Gloria Perdomo García²

Introducción

El Centro de Investigaciones Jurídicas (CIJ), adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) fue fundado en 1975 y empezó sus actividades en el año académico 1976-1977 con los objetivos de: buscar la verdad a través de la investigación en el campo jurídico y contribuir al desarrollo del derecho venezolano y a su recta interpretación, entre otros. En 1996, cuando el CIJ tenía 20 años de labores ininterrumpidas, con estudios relevantes en temas diversos, tales como: Derecho ambiental, Régimen normativo de las semillas en Venezuela, Jueces penales itinerantes, Reforma parcial de la Ley de Régimen Penitenciario y Justicia de paz, inició el desarrollo de una novedosa línea de investigación, la relativa a los derechos humanos de la niñez. En su seno y bajo la dirección de la Dra. María Gracia Morais comenzó el arduo y trascendente proceso de adecuación de la normativa interna venezolana a la Convención Sobre los Derechos del Niño (en lo sucesivo Convención)³, el cual culminó con la elaboración del *Anteproyecto de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente* (LOPNA), conformado por 717 artículos que regulaban desde la perspectiva sustantiva y procedimental, todas las materias que se relacionan con

- 1 Socióloga (UCAB, 1996), activista de la Red por los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescente – REDHNNA (desde el 2006), Especialista en Derecho de Familia y del Niño (UCAB, 2008), profesora e investigadora del IIJ-UCAB en la línea Derechos NNA (1997 a enero 2024) y Directora (e) del Centro de Derechos Humanos de la UCAB (desde 2024). Profesora del Postgrado en Derecho de Familia y el Niño, en UCAB.
- 2 Educadora (UCV, 1983), Doctora en Ciencias Sociales (UCV, 2004), fundadora y activista de la REDHNNA, profesora e investigadora del IIJ-UCAB en la línea Derechos NNA (2008-2018). Profesora del Máster en Educación Inclusiva e Intercultural y del Máster en Prevención y mediación de conflictos en entornos educativos de la Universidad Internacional de La Rioja. Profesora del Postgrado en Derecho de Familia y el Niño, en UCAB.
- 3 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.

la vida de los niños, niñas y adolescentes (NNA), desde su nacimiento hasta que cumplan la mayoría de edad.

El CIJ-UCAB incursiona en la protección de la niñez haciendo historia, no sólo porque desarrolló un proyecto de ley que logró ser aprobado derogando la legislación anterior, sino porque ese proyecto impulsó una transformación jurídica y social, y fue fundamental para apoyar el fortalecimiento del naciente movimiento social por los derechos de NNA que, para entonces, se consolidaba en el país. Desde su origen, la línea de investigación sobre Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes tuvo impactos evidentes en la transformación legislativa que se logró, pero también en la puesta en vigencia de novedosas modalidades de investigación, formación académica y de vinculación de la universidad con el desarrollo institucional que requería el país. El Anteproyecto elaborado por un equipo de profesionales coordinados por el CIJ UCAB, se convirtió en Ley de la República en 1998⁴, y lo que originalmente pudo haber sido un ejercicio académico, si se quiere principalmente teórico, de adecuación normativa a una nueva doctrina, se convirtió en un texto legal conocido, debatido y consultado por muy diversos sectores del país, hasta que fue aprobado no solo formalmente por parte de la autoridad legislativa, sino respaldado y defendido por amplios sectores del país que reconocieron su legitimidad y potencialidad. De esta manera, el CIJ de la UCAB, junto con un movimiento social y político integrado por múltiples actores, comprometidos con la infancia-adolescencia del país, lograron materializar el tan esperado cambio de paradigma de la Doctrina de la Situación Irregular (DSI) a la Doctrina de la Protección Integral (DPI)⁵, el cual ha marcado un hito en la vida de millones de personas, en especial de los NNA, al tratarse la Convención de un tratado internacional que reconoce los derechos fundamentales de las personas menores de 18 años (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales), a fin de garantizar su pleno desarrollo, estableciendo claras obligaciones para los Estados, las familias y la sociedad en la protección y bienestar de todos los NNA. El CIJ estuvo a la altura de lo que el momento histórico demandaba, y asumió la tarea de conducir una amplia consulta, para construir un proyecto de ley que convocaba a promover justicia y derechos para la niñez, expresando en normas legales las garantías y deberes que harían efectiva la protección integral de la infancia. La redacción del anteproyecto de esta ley se condujo con un enfoque democrático, en jornadas en las que se divulgaba y formaba a los participantes en los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, y

4 Venezuela, Congreso de la República, Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Caracas, Gaceta Oficial N° 5266, 2 de octubre de 1998.

5 Yuri Buaiz, "Introducción a la Doctrina para la Protección Integral de los Niños", *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000, pp. 9-26.

al mismo tiempo se les consultaba sobre las condiciones de vida de NNA y las prioridades de su protección; no fue redactado en el escritorio de algún Ministerio o de forma elitista por una comisión de expertos, sino que el contenido de la normativa contó con la activa participación, propuestas y demandas, de todos los sectores, en distintos territorios del país, con la presencia de instituciones y entidades públicas y privadas, de los operadores, los usuarios de la ley⁶, gremios, organizaciones sociales y de los niños, niñas y adolescentes.

En ese sentido, el propósito de este artículo es recuperar cómo y por qué el CIJ-UCAB se vio involucrado en el proceso de liderizar un desarrollo normativo garantista en materia de niñez y adolescencia en Venezuela a finales del siglo pasado, honrar ese legado, hacer un balance de las contribuciones hechas y reflexionar sobre el papel que siguen teniendo las instituciones académicas en la vigencia de la Doctrina de la Protección Integral en el país. Resulta obligatorio subrayar que la historia de la infancia durante muchísimo tiempo ha estado marcada por la inexistencia de estándares mínimos de justicia y de trato digno hacia los menores de edad, independientemente de su raza, sexo, religión, posición socio-económica, impedimentos físicos, creencias, o cualquier otra condición de los NNA, de sus padres o representantes legales⁷ y que toda esta problematización, discusión y llamado a la acción se hizo explícito, apenas desde finales del siglo XX, cuando se aprobó en 1989 la Convención luego de una década de largas deliberaciones. Allí radica la trascendencia del cambio de paradigma, la humanidad entera ha requerido de una profunda transformación cultural, social, política e institucional para, finalmente, considerar a los NNA como sujetos de derechos, garantizarles su dignidad humana, aunque todavía falta camino por recorrer para materializar a cabalidad ese mandato a todos los NNA.

En palabras del historiador francés DeMause:

“La historia de la infancia es una pesadilla de la que hemos empezado a despertar hace muy poco. Cuanto más se retrocede en el pasado, más bajo es el nivel de la puericultura y más expuestos están los niños a la muerte violenta, el abandono, los golpes, el terror y los abusos sexuales”⁸.

El artículo que a continuación se presenta, se ha estructurado en tres grandes secciones que se corresponden con etapas en las que se aspira destacar la conexión

6 María Morais, “Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas al Decano de la Facultad de Derecho”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1997.

7 Convención Sobre los Derechos del Niño, 1989, artículo 2.

8 Lloyd deMause, “Capítulo 1”, *La evolución de la Infancia*, The Psychohistory Press, New York, 1974, p. 1.

del antiguo CIJ, a partir de 2007 Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJ)⁹, con la protección jurídica e integral de la infancia y adolescencia en Venezuela: a) un momento de impulso inicial, donde los avances están asociados a la promulgación de la LOPNA en 1998 adaptada a la Convención y la constitucionalización de los derechos de NNA en 1999; b) un siguiente momento de estancamiento, en el que los retrocesos se manifiestan, especialmente, en los efectos negativos de las dos reformas que ha experimentado la LOPNA hasta la fecha, una en el 2007 y otra en el 2015, las cuales no se han traducido en una profundización de la Doctrina de la Protección Integral en Venezuela y c) los desafíos que se observan en la actualidad, desde la perspectiva académica, al transitar tiempos de crisis compleja, lo cual ha tenido un impacto considerable en la vida de millones de NNA venezolanos y sus familias, se encuentren dentro o fuera del territorio nacional.

La línea de investigación que nació en el CIJ-UCAB y que se ha cultivado a lo largo de décadas, de la mano de muchos profesionales y colaboradores ha procurado a través de diversas labores de investigación, docencia y extensión hacer aportes en las políticas de protección a la infancia del país. De los 50 años que celebra el IJ en la actualidad y que dan pie a este libro homenaje, 30 han sido dedicados a la garantía de derechos de NNA, de manera que, el Instituto se convirtió en un referente, en una escuela para generaciones de promotores, defensores y activistas por los derechos humanos de NNA. Se trata de una trayectoria que ha sido altamente desafiante y a la vez gratificante, el camino ha estado lleno de complejidades y escollos y se agradece la oportunidad de poder reflexionarlo en las siguientes páginas.

Avances normativos e institucionales en la protección a la niñez y adolescencia en Venezuela, aportes desde la academia

Aunque el Estado venezolano aprobó la Convención Sobre los Derechos del Niño en 1989 y la ratificó en 1990, tomó casi una década conquistar el cambio doctrinario y nunca sobra subrayar este hecho, para calibrar las implicaciones de ese proceso de adecuación legislativa. Entre 1995 y 1996 el Instituto Nacional del Menor (INAM) consignó a la Comisión Especial del Congreso de la República

9 Cumplidas todas las formalidades de rigor, con la entrega previa del proyecto de creación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, el 27 de marzo de 2007 se recibió respuesta por escrito del Consejo Nacional de Universidades, órgano que en sesión ordinaria del 2 de marzo acordó emitir *opinión favorable* al proyecto de transformación del CIJ en IJ, con sede en la urbanización Montalbán en Caracas. Resolución N° 074 del Consejo Nacional de Universidades, contenida en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.651 del 23 de marzo de 2007.

que estudiaba la Reforma Parcial de la Ley Tutelar de Menores (LTM), tres anteproyectos de ley orgánica sobre protección a la niñez y a la adolescencia, los cuales representaron un ingente esfuerzo ante una propuesta parlamentaria desatinada y miope que retrasó a Venezuela en el camino, pero tuvo la virtud de sacar al país de la inercia en la que estaba. Plantear una reforma parcial de la LTM para conservar el resto del articulado, asumiendo que esa ley era compatible con la Convención, fue el detonante preciso para que cristalizara un movimiento social a favor de los derechos de los NNA y se aglutinaron diversas voces en torno a la contundente exigencia de una nueva ley especial¹⁰, concebida para detener las violaciones de los derechos humanos de la niñez, haciendo cesar la criminalización e internamiento de NNA por razones de pobreza y exclusión, otro enfoque era un imperativo. En este peculiar contexto, el CIJ de la UCAB cobró una presencia fortísima porque logró, libre de toda experiencia y prejuicio en el área, asimilar e internalizar la Doctrina de la Protección Integral, lo cual fue su principal aval para recibir en 1996 el ofrecimiento de la Comisión Especial del Congreso de la República de redactar una nueva ley en materia de niños, niñas y adolescentes, el cual una vez fue aceptado contó con el respaldo de la Oficina del Fondo de las Naciones Unidas (UNICEF) para Venezuela. Con el peso de este histórico encargo, se amalgamaron en el CIJ los equipos, redactor y asesor, que asumieron esta ardua tarea de producir una ley adaptada a la Convención y a los principios de la DPI. Génesis de una serie de aportes desde la academia hacia la sociedad venezolana que se han multiplicado a lo largo de décadas.

De la documentación del proceso de adecuación legislativa, se considera valioso destacar que el 20 de noviembre de 1997, en una fecha emblemática, se realizó una intensa movilización infantil en los jardines del Congreso de la República, donde se dio lectura a la carta que había sido enviada a la presidenta de la Comisión Especial el pasado 23 de octubre, la cual simbolizaba el consenso básico de la mayoría de los actores involucrados en la elaboración de una ley adaptada a la Convención¹¹. La presión sobre el poder legislativo no cesó hasta lograr que el 3 de febrero de 1998 se aprobara por unanimidad, en primera discusión en la Cámara de Diputados, el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente. Cinco meses después se concretó la segunda discusión del proyecto de ley en la Cámara de Diputados, se solventaron diferencias en torno a un número determinado de artículos, y se logró a finales de julio de ese mismo

10 Carla Serrano, *Sistematización del Proceso Legislativo. Adecuación de la legislación venezolana a la Convención Internacional Sobre Los Derechos del Niño (noviembre 1989-julio 1997)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1997.

11 Carla Serrano, *Adecuación de la legislación venezolana a la Convención Internacional Sobre Los Derechos del Niño. Actualización (julio 1997-octubre 1998)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998, pág. 5.

año el pase a la presidencia del Senado, desde donde se instruye la conformación de una Comisión Especial de Senadores. El 2 de septiembre de 1998 en una agenda de discusión que se extendió hasta las 11:40 p.m., resultó sancionada la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente (LOPNA). El 21 de septiembre el Senado envía la Ley al Palacio de Miraflores y el 2 de octubre de 1998 el Dr. Rafael Caldera, dos veces Presidente de la República, promulga la Ley, la cual fue publicada en esa fecha en la Gaceta Oficial Extraordinaria Número 5266¹².

A partir de este momento, con un período de *vacatio legis* por delante y muchos desafíos por sortear, Venezuela empezó al fin una nueva era en materia de protección integral a la infancia y la adolescencia. Dicho lapso para la puesta en vigencia de la nueva ley exigía prepararse para implementar una serie de modificaciones, tales como, hacer efectiva la liquidación de la institucionalidad heredada de 1936, pues el antiguo Consejo Venezolano del Niño, a partir de 1978 se había transformado en el Instituto Nacional del Menor (INAM)¹³ siguiendo la normativa y directrices de la Ley Tutelar de Menores, de tal manera que su estructura y normas de funcionamiento eran incompatibles con la normativa de derechos humanos consagrada en la nueva ley, la LOPNA. En paralelo a esta liquidación, correspondió definir la planificación necesaria para que se concretase la puesta en vigencia de un sistema institucional de protección de NNA, organizado con base a los principios de la Convención. En realidad, se trató de un reto tremendo y por partida doble, porque implicaba la creación de dos sistemas descentralizados, intersectoriales para una protección que debía ser integral y garantista de derechos humanos, por un lado, uno dirigido a NNA víctimas de amenazas y violaciones a sus derechos y por otro, uno concebido para los adolescentes victimarios, a quienes se les demostrase su responsabilidad en la amenaza o vulneración de derechos a terceras personas. Numéricamente hablando, del 2 de octubre de 1998 al 1° abril del 2000, apenas transcurrieron 18 meses, para poner en funcionamiento en el país, toda la nueva estructura que implicaba la ley recién promulgada.

Justo durante este período de *vacatio legis*, a finales de 1998, se materializa la convocatoria en el país a una Asamblea Nacional Constituyente (ANC)¹⁴ lo que trastocó y restó prioridad al necesario proceso de transformación de la administración pública nacional para la implementación de la LOPNA. Las bases comi-

12 Carla Serrano, ob. cit., pág. 10.

13 Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 1° de septiembre de 1978, N° 2303 Extraordinario.

14 Ricardo Combellas, "El proceso constituyente y la Constitución de 1999", *Politeia*, núm. 30, enero-junio, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela, 2003, pp. 183-208.

ciales para la convocatoria establecían como uno de los límites al poder originario el respeto a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y desde esta perspectiva, el CIJ-UCAB participó y promovió distintos espacios y mecanismos de incidencia que arrojaron como resultado, que la nueva Constitución de 1999¹⁵ desarrollara la Convención y con ella, los principios del paradigma de la Doctrina de Protección Integral. El Título III, Capítulo V “De los Derechos Sociales y las Familias”, incluye los artículos 75, 76 y 78 de la Carta Magna, los cuales acogen expresamente contenidos esenciales tales como: los NNA como sujetos de derechos, es decir, como ciudadanos; se destaca el papel fundamental de las familias en la vida de los NNA; se establece la corresponsabilidad Estado, familias y sociedad; se reivindican los principios del Interés Superior del Niño y de la Prioridad Absoluta, así como, se menciona la creación de un sistema de protección integral descentralizado y participativo. En otras palabras, se podría sostener que la LOPNA desarrolló anticipadamente las disposiciones constitucionales referidas a los de derechos de niños, niñas y adolescentes¹⁶.

Para este momento, todos los esfuerzos apuntaron a la divulgación e implementación de la nueva ley orgánica en el país, meta en la que el CIJ-UCAB colaboró con especial tesón, dentro de los límites de sus competencias académicas. A continuación, se presenta una breve recapitulación de los principales aportes hechos por el Centro en las áreas de docencia, investigación y extensión durante los años de consolidación de la línea de investigación dedicada a la garantía de los derechos de NNA.

2.1 Divulgación, formación y asesorías

Una de las acciones que emprendió el CIJ con mayor impacto fue la organización anual de unas jornadas de investigación, para discutir, profundizar y actualizar distintos temas en torno al contenido de la LOPNA, su proceso de implementación a nivel nacional y la vigencia de la Doctrina de la Protección Integral en Venezuela. Las jornadas convocaban a distintos sectores del país con varios propósitos: de formación, debate, intercambio de buenas prácticas, propuestas para el diseño de políticas públicas y análisis sobre temas y asuntos especializados en materia de derechos de NNA. Entre el 2001 y el 2014 se organizaron doce jornadas académicas, en las que se incluyeron temas doctrinarios, sociales, administrativos, judiciales, organizacionales, incluso educativos, que correspondían a discusiones necesarias para garantizar la integralidad y la calidad

15 Venezuela, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Caracas, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860, diciembre 1999.

16 Cristóbal Cornieles, “Los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: una aproximación general”, *Primer año de vigencia de la LOPNA. Segundas jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001, pág. 52.

de la protección a la infancia y adolescencia. Participaban funcionarios públicos judiciales, administrativos, en materia de protección y en la materia especializada en penal adolescente, abogados, docentes, trabajadores sociales, psicólogos y todo aquel interesado en formarse en derechos de niños, niñas y adolescentes, venían de distintos estados del país y copaban el Aula Magna de la universidad. Las ponencias a ser presentadas en las primeras diez jornadas estuvieron todas contenidas, previamente, en una publicación impresa y durante todos esos años, con una puntualidad impecable, el libro se encontraba disponible para los asistentes al campus universitario, podían adquirirlo de inmediato o encargarlo en caso de no poder asistir al evento, antes de que se agotase la edición. Solo para dimensionar lo que se plantea, en las V y VI Jornadas de la LOPNA celebradas en 2004 y 2005, respectivamente, la asistencia en cada una fue de más de 800 participantes, 50% de ellos operadores de los Sistemas de Protección y Penal previstos en la Ley¹⁷. A las jornadas celebradas en 2008, dedicadas a analizar la primera reforma hecha a la ley, asistieron presencialmente 1015 participantes¹⁸.

En las jornadas relativas al primer año de vigencia de la ley¹⁹, se estudiaron la naturaleza jurídica y las competencias de los órganos administrativos del Sistema de Protección, dada la innovación que representaban en cuanto a desjudicializar todas las competencias que otrora concentraban los Jueces de Menores; fortalecer a los municipios para ofrecer respuestas locales oportunas a las problemáticas de NNA y sus familias; distinguir amenazas y violaciones de derechos de manera individual, colectiva o difusa y de forma inédita en el país, constituir órganos administrativos a través de una fórmula paritaria entre funcionarios públicos y personas de la sociedad civil reconocidas por su trayectoria y compromiso con la causa de los NNA. En general, las jornadas eran encuentros de aprendizaje y reflexión, de debate, con el aporte de especialistas e investigadores se profundizaba en temas controversiales, asuntos desafiantes, y el tono compartido era que, para la justa aplicación de la LOPNNA, era necesario desaprender, había que construir una nueva cultura política y ciudadana con y a favor de los NNA, teniendo como norte los principios de la Doctrina de Protección Integral y convocando a la corresponsabilidad Estado, organizaciones sociales y las familias, “¡juntos por los derechos de la niñez!”, era la consigna para una construcción colectiva de las instituciones, servicios y programas que debían conformarse. Representó

17 María Morais, “Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas al Decano de la Facultad de Derecho”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004 y 2005.

18 María Morais, “Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas al Decano de la Facultad de Derecho”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008.

19 Cristóbal Cornieles (Coordinador), *Primer año de vigencia de la LOPNA. Segundas jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001.

un esfuerzo enorme constituir en tan corto tiempo y sin los apropiados fondos públicos, de cero y a nivel nacional, los Foros Propios (las asambleas ciudadanas en favor de los derechos de la niñez), los Consejos de Protección, Consejos Municipales y Estadales de Derechos, así como, Defensorías NNA, y todo ello se hizo en un breve lapso, en la mayoría de los municipios que conforman al país. Con el impulso de la LOPNA, efectivamente, se sembraban las semillas de un nuevo país y se reconocía para esa época, la pertinencia de diseñar y ejecutar una política nacional e integral sobre derechos de la infancia y la adolescencia. Más adelante se retomará este punto, para argumentar cómo esta promesa no se cumplió de manera sistemática ni técnica y en parte ello explica, los desafíos presentados veinticinco años después en el contexto de una crisis multidimensional con severos impactos sobre los NNA de y en Venezuela.

Desde el punto de vista del Poder Judicial y del Ministerio Público, el CIJ-UCAB también tuvo presencia en distintas acciones preparatorias, que se realizaron antes de la entrada en vigencia de la ley en el año 2000. La Dirección de Desarrollo Institucional del Consejo de la Judicatura, junto con la Comisión de Implementación de la LOPNA (CILOPNA), de la cual formó parte el CIJ, reorganizaron los tribunales de Familia y Menores y adelantaron un proyecto que tomaba en cuenta los requerimientos en cuanto a infraestructura, presupuesto, recursos humanos y tecnología necesarios para poner en marcha tanto el Sistema de Protección como el Sistema Penal de Responsabilidad de Adolescentes, donde resultó clave la provisión de los concursos de oposición para la provisión del cargo de juez y el diseño de los cursos de formación. De manera concomitante, la Asamblea Nacional Constituyente creó la Comisión de Funcionamiento de Reestructuración del Sistema Judicial, en enero del 2000 y asumió transitoriamente las funciones que venía ejerciendo el Consejo de la Judicatura; a menos de dos meses de entrada en vigencia de la ley, resultó clave una reunión con la Primera Dama de la República para que aprobara el proyecto y se acelerara su implementación²⁰.

Durante toda esta etapa fue constante la contribución del CIJ de la UCAB, en cuanto a capacitación de operadores en la nueva doctrina. En julio de 1999, por ejemplo, con el patrocinio de UNICEF Venezuela, se realizó un curso para multiplicadores de la LOPNA, seleccionados entre aspirantes de instituciones públicas (INAM, Ministerio de Educación, SENIFA, Municipio Libertador, Gobernación del Estado Zulia) y privadas (Fundación del Niño, CONGANI, Fun-

20 Laurence Quijada, “Avances, tropiezos y desafíos en la implementación de la LOPNA desde el Poder Judicial”, *Primer año de vigencia de la LOPNA. Segundas jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001, p. 19.

dación Athenea y FIPAN). En el mes de septiembre, se llevó a cabo otro curso para Procuradores de Menores, de muchos más por realizarse, en el Instituto de Estudios Superiores del Ministerio Público, a fin de prepararlos como multiplicadores de la Ley en la Fiscalía General de la República²¹. En conexión con los Post-Grados de Derecho de la UCAB y con apoyo de los Colegios de Abogados, el CIJ dictó cursos de fin de semana en diversas ciudades de Venezuela, como Maturín, Valencia, Cumaná, Barquisimeto, Guanare y Maracaibo, amén de una infinidad de conferencias, seminarios y talleres en Caracas, destinados al público más variado. Las demandas de formación se multiplicaban por todas partes.

Con la aprobación del proyecto de ley consolidado por el CIJ-UCAB, esta institución ha sido reconocida como especializada en materia de DDHH de la niñez, y tuvo a cargo responsabilidades cruciales en la formación de funcionarios, autoridades públicas y organizaciones sociales, dentro y fuera del país. En condición de consultores contratados por UNICEF, personal del CIJ asesoró en la elaboración de leyes adaptadas a la Convención en países como Ecuador y El Salvador. Efectivamente, se materializaba una universidad al servicio de una de las más urgentes necesidades, la formación en Doctrina de la Protección Integral, atendiendo y aprendiendo en medio de realidades sociales muy complejas. Fue una época de retos desafiantes, todos urgentes e impostergables, por ejemplo, en relativamente poco tiempo, se necesitaba pasar de 64 Jueces de Menores a más de 400 jueces en Protección y Penal Adolescente²², en las distintas circunscripciones judiciales del país.

En el año 2000, el CIJ y el área de los Post Grados de Derecho UCAB, diseñaron e implementaron un Diplomado, es decir, un Programa de Estudios Avanzados en Derecho de Familia y del Niño, con duración de un año, que empezó a dictarse en la universidad. Así como, un profesor investigador del CIJ fue electo como miembro principal del Consejo Nacional de Derechos, órgano rector del Sistema de Protección, en representación de la sociedad civil²³.

Aunque en muchas tareas formativas, la UCAB y el CIJ eran convocados en primer lugar, se requerían de más voluntades y en ese sentido, muchas han sido las alianzas tejidas para amplificar el alcance divulgativo necesario en la consolidación del cambio de paradigma en Venezuela, en materia de DDHH de NNA. En una relación que ha sido muy prolífica y que data desde el 2001 hasta el pre-

21 María Morais, "Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas al Decano de la Facultad de Derecho", Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1999.

22 Laurence Quijada, ob. cit., pág. 21.

23 María Morais, "Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas al Decano de la Facultad de Derecho", Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000.

sente, el Rector de la UCAB firmó con los Centros Comunitarios de Aprendizaje (CECODAP), prestigiosa organización no gubernamental para la defensa de los derechos de NNA, un Convenio para la formación de los Defensores de Niño, Niñas y Adolescentes que prevé la Ley, el primero de tantos planes de trabajo que siguieron. En lo relativo al tema de las asesorías, se menciona entre múltiples ejemplos, el apoyo brindado en 2004 por el CIJ UCAB a la Comisión de Familia, Mujer y Juventud de la Asamblea Nacional, presidida por el Diputado Juan José Caldera en la revisión del Proyecto de Ley de Supresión del INAM²⁴.

El CIJ también brindó, en los primeros años de implementación de la ley, acompañamiento directo durante la conformación de los Consejos Estadales de Derechos del Niño y del Adolescente en diversos estados del país. A la vez que asesorías a diversas Alcaldías para la creación de los Consejos Municipales de Derecho y a la Red Nacional de Defensorías del Niño y del Adolescente. En 2006, el CIJ participó en la producción del primer Curso Digital de Formación de Defensores de Niños, Niñas y Adolescente, producido por la Fundación Luz y Vida con el apoyo de UNICEF; la directora del CIJ y otros profesores, aportaron clases grabadas y videos para producir un CD-DVD que fue ampliamente distribuido (más de dos mil ejemplares) llegando con esta formación a lugares muy apartados del país.

El Centro realizó propuestas y acompañó experiencias para apoyar el funcionamiento del foro propio como espacio para la participación de la sociedad en la protección integral de NNA y sus familias. Se preparó un curso para Consejeros de Protección del Niño y del Adolescente y se dictaron diversos cursos nacionales para defensores de NNA. En el marco del Convenio UNICEF-UCAB se desarrolló un manual básico para Consejeros de Protección del Niño y del Adolescente²⁵ en el 2005.

En enero del 2004 se inició en Caracas la Especialización en Derechos de Familia y del Niño, que ha coexistido con los Diplomados que en esta materia se venían dictando, desde hace varios años en sedes del interior del país. El CIJ tuvo una muy activa participación en el diseño e implementación del programa de Especialización, así como en el seguimiento constante del mismo. Por otra parte, en el marco de los convenios UCAB-CECODAP (Centros Comunitarios de Aprendizaje) se fueron perfeccionando y aumentando los cursos para operadores del Sistema de Protección del Niño y del Adolescente: Defensores, Consejeros de Protección y Consejeros de Derechos. Durante este mismo año, el CIJ integró el

24 María Morais, "Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas al Decano de la Facultad de Derecho", Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004.

25 Cristóbal Cornieles, *Consejos y Consejeros de Protección del Niño y del Adolescente*, Cuaderno Docente N° 6, primera edición, Universidad Católica Andrés Bello, CIJ, Caracas, 2005.

grupo de apoyo para las actividades de fortalecimiento de la LOPNA que llevaba a cabo la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, conducidas por el magistrado Juan Rafael Perdomo. Se contribuyó en la definición curricular del Programa de Formación de Jueces de Protección del Niño y del Adolescente y se formó parte de la comisión que elaboraba el proyecto de reforma de los procedimientos de protección contenidos en la mencionada ley.

En el 2010 las X jornadas de la LOPNNA se dedicaron a examinar los “Escenarios de la violencia contra NNA”²⁶, con su correspondiente publicación impresa. Mientras que, las XI jornadas de la LOPNNA se celebraron en la UCAB en el 2013, en co-coordinación con la Red por los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes (REDHNNA)²⁷ y se enfocaron en la difusión y discusión de los informes alternativos a los del Estado venezolano, preparados y expuestos en Ginebra (Suiza) en la sede del Comité de los Derechos del Niño.

En el 2014 el IIJ-UCAB, la Fundación Luz y Vida y el Consejo Municipal de Derechos (CMDNNA) de Chacao, celebrando un aniversario de este último, realizaron la jornada “Construyendo soluciones a la violencia escolar”. Este mismo año en alianza IIJ-CECODAP se llevaron a cabo diversos diplomados en el tema de la prevención de la violencia escolar, de la violencia en las familias y de la promoción del buen trato hacia NNA.

Durante los años 2014, 2015 y 2016, se realizaron varios diplomados sobre actuación policial dirigida a NNA, organizados a solicitud del CMDNNA Chacao, los cuales fueron fruto directo de una investigación realizada por el IIJ-UCAB, junto con el Ministerio de Interior, Justicia y Paz, el Consejo General de Policía, contándose con el apoyo de UNICEF Venezuela. En el siguiente apartado se retomará esta experiencia.

En años más recientes, vale la pena destacar, nuevos convenios suscritos entre la UCAB y CECODAP²⁸, de nuevo contando con el valioso aporte de UNICEF Venezuela, en los cuales han resultado clave la determinación y aportes del IIJ y el Postgrado de Derechos para materializarlos. Gracias a esa alianza, entre 2022 y

26 Gloria Perdomo, Carlos Trapani y Carla Serrano (coordinadores), *Escenarios de la violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes. X jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes*, primera edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2010.

27 REDHNNA, Quiénes somos. Disponible en: <https://www.redhnna.org/nosotros>, consultado en fecha: 17 de junio de 2025.

28 Grace Lafontant, “Por la protección de niños y adolescentes: renovado convenio UCAB-CECODAP”, El Ucabista, Disponible en: <https://elucabista.com/2024/10/17/por-la-proteccion-de-ninos-y-adolescentes-renovado-convenio-ucab-cecodap/>, consultado en fecha: 1 de junio de 2025.

2025, se han promovido tres cohortes de profesionales, específicamente en 2024, 34 profesionales, entre representantes de organizaciones civiles y funcionarios del sistema de administración de justicia, comenzaron a cursar el Programa de Estudios Avanzados (PREA) y la Especialización en Derecho de Familia y Niño que ofrece la universidad, quienes se sumaron a los 41 que ya han sido formados y se graduaron en 2023.

En cuanto al marco normativo nacional e internacional, desde la ratificación de la Convención en 1990 por parte de Venezuela y la posterior aprobación de la LOPNA en 1998, se observa un hilo conductor que ha seguido creciendo y desde el punto de vista formal, los principios de la Doctrina de la Protección Integral se han contemplado en la promulgación de nuevas leyes en el país, así como, la ratificación de diversos instrumentos y tratados internacionales que han seguido desarrollando la mencionada Doctrina en Venezuela. No obstante, aunque la experiencia indica de sobra que, para garantizar efectivamente derechos a NNA, tener leyes es necesario pero no suficiente, se valora todo el legado que ha avanzado a raíz de la adecuación normativa a la Convención.

En lo nacional, algunos ejemplos de desarrollo legislativo posterior a la LOPNA de 1998, con base en la Doctrina de la Protección Integral son:

1. Ley para la protección de niños, niñas y adolescentes en salas de uso de Internet, videojuegos y otros multimedia (2006);
2. Ley sobre la violencia contra la mujer y la familia (2006);
3. Ley orgánica para las personas con discapacidad o necesidades especiales (2007);
4. Ley de Promoción y Protección de la Lactancia Materna, en septiembre de 2007;
5. Ley Orgánica de Registro Civil, en septiembre de 2009;
6. Ley para la Prohibición de Videojuegos Bélicos y Juguetes Bélicos, en diciembre de 2009;

A nivel internacional, Venezuela ha ratificado los siguientes instrumentos que profundizan la Convención y que nos obligan en diferentes materias:

1. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, el 8 de mayo de 2002;

2. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, el 23 de septiembre de 2003;

Investigación

La línea de investigación en Derechos de NNA del CIJ, actualmente IJJ-UCAB, durante treinta años ha sido muy prolífica, con el enfoque socio-jurídico, aplicado y multidisciplinario que la ha caracterizado desde un primer momento, el objetivo siempre ha sido examinar cómo se ha llevado a cabo la implementación de la LOPNNA en la realidad, conocer su efectividad, identificar fortalezas y debilidades y a partir de esos hallazgos, ofrecer reflexiones y propuestas de mejora a distintos niveles e instancias. Se han combinado a lo largo de los años y dependiendo de distintas circunstancias, metodologías cuantitativas, cualitativas y mixtas.

Sin pretender hacer un recuento exhaustivo de todos los aportes investigativos en la línea, se destacarán algunos, a modo de ejemplificación del trabajo realizado, el cual solo ha sido posible con la colaboración, talento e interés de diversos profesionales, algunos perfilados exclusivamente en DDHH de NNA y otros, con experticia en otras áreas puesta al servicio de la causa de la niñez. El CIJ/IJJ a la vez ha sido un semillero de investigación al tener permanente contacto con estudiantes de la Escuela de Derecho de la UCAB, quienes han trabajado como asistentes de investigación en los distintos proyectos ejecutados, en las diferentes líneas de trabajo. Adicionalmente, se destaca que la política del CIJ/IJJ siempre fue contratar al personal idóneo para desarrollar los proyectos, de modo que ha prevalecido la apertura para establecer alianzas con organizaciones de la sociedad civil, instituciones académicas y profesionales fuera de la propia universidad.

En el marco del primer convenio de trabajo suscrito con UNICEF Venezuela, la primera contribución propia del CIJ fue escribir la sistematización del proceso de adecuación legislativa a la Convención, se trata de dos informes que resumen la cronología de los principales actores (UNICEF, Congreso, INAM, sociedad civil y el propio CIJ) y los acontecimientos que resultaron clave en este proceso, en una primera etapa que transcurrió de noviembre de 1989 a julio 1997²⁹, la cual cierra con la elaboración del anteproyecto de ley y una segunda, de julio 1997 a octubre de 1998³⁰, cuando la ley es finalmente promulgada. Para la misma época,

29 Carla Serrano, *Sistematización del Proceso Legislativo. Adecuación de la legislación venezolana a la Convención Internacional Sobre Los Derechos del Niño (noviembre 1989-julio 1997)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1997.

30 Carla Serrano, *Adecuación de la legislación venezolana a la Convención Internacional Sobre Los Derechos del Niño. Actualización (julio 1997-octubre 1998)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998.

se realizaron una evaluación socio jurídica de los “Niños y jóvenes privados de libertad”, contrastando los hechos con los recién asumidos principios de la Doctrina de la Protección Integral³¹, así como, se estudió la “Situación de los Derechos de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en Venezuela”³².

Un resumen de la primera parte de la sistematización, así como el texto completo del anteproyecto de ley fue publicado en la obra “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”³³, la cual fue presentada en Caracas por uno de sus compiladores, el reconocido experto Emilio García Méndez, el 18 de agosto de 1998, acto que fue auspiciado por UNICEF Venezuela y durante el cual intervino la Directora del CIJ-UCAB. Ese año también se efectuó un estudio en el que se analizaron los reglamentos internos de los Centros Educativos de Fe y Alegría de la región Capital a la luz de la Convención Sobre los Derechos del Niño, con el objetivo de producir un reglamento tipo que sirviera de modelo experimental a toda la red de colegios, el cual también fue financiado por UNICEF, en el marco de un nuevo convenio firmado con la UCAB³⁴.

Durante los años 2002-2003 se estudió la “Implementación y Funcionamiento de la Sección de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas”³⁵, investigación que representó una contribución puntual al mejoramiento de la administración de justicia, puesto que puso a la orden de quienes deciden y operan en la Sección, una sistematización de los problemas que la afectaban, con el señalamiento de los posibles correctivos, la misma fue financiada por el CDCHT de la UCAB.

En 2004 se concluyó otro trabajo, en la línea del anterior, sobre el “Funcionamiento de los Consejos de Protección”³⁶, el cual fue financiado con parte de

31 Cristóbal Cornieles y Ruth Capriles, *Niños y Adolescentes privados de libertad. Evaluación socio-jurídica*, Universidad Católica Andrés Bello, Centro de Investigaciones Jurídicas, 1997.

32 Gonzalo Gómez, *Situación de los Derechos de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en Venezuela. Marco de referencia conceptual: Convención de los Derechos del Niño*, Fundación Instituto de Capacitación e Investigación Funda ICI, 1997.

33 Emilio García Méndez y Mary Beloff (compiladores), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Editorial Temis - Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá – Buenos Aires, 1998.

34 Centro de Investigaciones Jurídicas, *Plan de trabajo para la reforma de los reglamentos internos de los Centros Educativos de la Zona de Caracas de Fe y Alegría*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998.

35 Carla Serrano y María Morais, *Implementación y Funcionamiento de la Sección de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas*, Universidad Católica Andrés Bello, CIJ, Caracas, 2003.

36 Carla Serrano, “Funcionamiento de los Consejos de Protección del Niño y del Adolescente. Estudio de casos en el 2004”, *Quinto año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección*

los ingresos obtenidos con las IV Jornadas sobre la LOPNA y el trabajo de campo se desarrolló en 15 municipios de cinco estados de Venezuela: Miranda, Cojedes, Nueva Esparta, Táchira y Zulia.

En 2005, estudiantes de la Especialización en Derecho de Familia y del Niño, bajo la coordinación del CIJ-UCAB, llevaron adelante la investigación titulada: “Reflexiones en torno al Juicio Educativo previsto en la LOPNA”³⁷, a través de entrevistas hechas en el Área Metropolitana de Caracas a Jueces de las fases de Control, Juicio y Ejecución, Fiscales del Ministerio Público y Defensores Públicos de adolescentes en conflicto con la ley penal. Una muestra de adolescentes cumpliendo medida privativa de libertad, también fue considerada en este trabajo, que combinó aproximaciones psicológica, jurídica y sociológica.

En el año 2006 se reportan varios productos: un estudio titulado “En búsqueda de rutas de salida a la trayectoria de violencia. Análisis de experiencias de reconversión de jóvenes, hombres de vida violenta en barrios de Caracas”; otro sobre el “Régimen jurídico especial de los NNA trabajadores”³⁸, que se tradujo en un Cuaderno Docente financiado por FONACIT³⁹; otro Cuaderno Docente sobre “Programas socio educativos. Oportunidades para adolescentes en conflicto con la ley penal”⁴⁰ y junto a CECODAP y a la Comisión para la Reforma Policial, se organizó una consulta nacional dirigida a NNA sobre el funcionario policial que tenemos y el que queremos. Este año el CIJ ingresa y contribuye a la creación de la coalición de organizaciones de la sociedad civil y defensores de derechos de NNA llamada REDHNNA, Red por los DDHH de NNA de

del Niño y del Adolescente. VI jornadas sobre la LOPNA, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.

- 37 Carla Serrano y Erna Perfetti “Implicaciones en la instrumentación del juicio educativo previsto en la LOPNA”, *VII jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.
- 38 Cristóbal Corneiles, *Régimen jurídico especial de los Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores*, Cuaderno Docente N° 8, primera edición, Universidad Católica Andrés Bello, CIJ, Caracas, 2006.
- 39 El Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (FONACIT) fue creado mediante el Decreto N° 1.290, con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación el 30 de agosto de 2001. Posteriormente, su creación fue oficializada en la Gaceta Oficial N° 37.291, publicada el 26 de septiembre de 2001.
- 40 Delia Martínez, *Programas socio educativos. Oportunidades para adolescentes en conflicto con la ley penal*, Cuaderno Docente N° 7, primera edición, Universidad Católica Andrés Bello, CIJ, Caracas, 2006.

Venezuela, ya aludida, realizando como primera tarea una agenda en materia de infancia para los candidatos presidenciales de la campaña electoral del 2006⁴¹.

En el 2007 se hicieron: una investigación sobre “Los derechos de los niños y niñas hijos de madres privadas de libertad”⁴²; otra sobre el “Funcionamiento de un programa de familia sustituta. Experiencia de la Fundación Mi Familia en el Área Metropolitana de Caracas”⁴³ y a solicitud de UNICEF Venezuela, se diseñó y validó una Planilla Única de Denuncias de Derechos en el Consejo de Protección del Niño y del Adolescente⁴⁴, con el objetivo de impulsar una sistematización de casos a nivel del Consejo Nacional de Derechos y contribuir al diseño de políticas públicas.

Del 2008 se destacan dos trabajos: “Cumplimiento de los derechos de NNA hospitalizados”⁴⁵, durante periodos de mediana y larga permanencia, trabajo de campo realizado en el Hospital J. M. de los Ríos en Caracas, a propósito de conocer si la atención médica sanitaria se realizaba conforme a un enfoque de protección integral respetuoso de los DDHH y hacer contribuciones al diseño de políticas y programas. También con apoyo de UNICEF Venezuela, se hizo la “Sistematización del proceso de reforma de la LOPNA”, que justo fue llevada a cabo en diciembre de 2007.

En el 2010 se hizo una ambiciosa investigación titulada: “Estudio sobre el primer año de vigencia del Acuerdo de Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia relativo al derecho de los NNA a opinar y ser oídos en procedimientos judiciales ante los Tribunales de Protección del área Metropolitana de Caracas”⁴⁶, la cual combinó distintas técnicas de recolección e información, tales como, entrevistas semi-estructuradas para conocer la perspectiva de los redactores de las orienta-

41 María Morais, “Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas al Decano de la Facultad de Derecho”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.

42 María Morais, Carla Serrano y Carlos Trapani, *Los Derechos de los Niños y Niñas hijos de madres Privadas de Libertad*, Universidad Católica Andrés Bello, IIJ, Caracas, 2007.

43 Carla Serrano, *La Fundación Mi Familia desde la perspectiva de sus integrantes. Experiencia de funcionamiento de un programa que ejecuta medidas de colocación familiar y abrigo*, Universidad Católica Andrés Bello, IIJ, Caracas, 2007.

44 María Morais y Carla Serrano, *Ajuste y validación de la Planilla de Registro Estadístico Nacional de casos de amenaza o violación de Derechos a Niños, Niñas y Adolescentes en los Consejos de Protección*, Universidad Católica Andrés Bello, IIJ, Caracas, 2007.

45 Carlos Trapani, *Cumplimiento de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes hospitalizados*, Universidad Católica Andrés Bello, IIJ, Caracas, 2008.

46 Gloria Perdomo y Carla Serrano, “El derecho de opinión de los Niños, Niñas y Adolescentes en el Circuito Judicial de Protección de Caracas”, *Estudios sobre Derecho de la Niñez y Ensayos Penales. Libro homenaje a María Gracia Morais*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.

ciones y de los funcionarios judiciales, para valorar los aciertos y dificultades en la garantía del derecho de opinión de NNA en procesos judiciales, así como, se levantaron datos cuantitativos en una muestra intencional de 259 expedientes entre septiembre de 2007 y mayo de 2008.

Entre 2011-2012, a través de un convenio entre UNICEF, IIJ-UCAB y el Consejo General de Policía, adscrito al Ministerio de Interior, Justicia y Paz, se produjeron una “Normas de actuación policial dirigidas a NNA”, las cuales se formalizaron en una Resolución Ministerial publicada en la Gaceta Oficial N° 39.824⁴⁷. En concreto, se distinguieron en dichas normas, tres grandes supuestos: NNA víctimas de amenazas y/o vulneraciones a sus derechos, NNA víctimas y testigos de delitos, NNA presuntos responsables de hechos punibles. Para ello, se entrevistaron a nivel nacional 175 funcionarios policiales y 34 funcionarios de los Sistemas de Protección y Penal Adolescente, representantes de las regiones capital, llanos, oriental y occidental; se hizo un estudio de caso en la Oficina de Atención a NNA de la Policía del estado Mérida (UANAPEM), así como, una consulta a la División de Investigaciones y Protección en materia del Niño, Adolescente, Mujer y Familia del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC)⁴⁸.

En 2013 comenzó un análisis situacional de los derechos de la niñez y adolescencia en el municipio Sucre del estado Miranda, a solicitud del Consejo Municipal de Derechos de NNA correspondiente, el acompañamiento técnico que se extendió hasta el 2015 apuntó al diseño del Plan Municipal para la Protección Integral de NNA⁴⁹. La articulación y experiencia acumulada con el CMDNNA Sucre fue propicia para, en ese mismo año, ensayar una ampliación de la metodología formativa-participativa a otros NNA e impulsar un proceso que permitiera explorar las opiniones de NNA sobre el cumplimiento de sus derechos y que esos insumos tan valiosos integraran el informe alternativo que la REDHNNA⁵⁰ preparaba, a fin de enviar al Comité de los Derechos del Niño en Ginebra (Suiza).

47 Resolución N° 334 de fecha 20 de diciembre de 2011, mediante la cual se dictan las Normas sobre la Actuación Policial cuando esté dirigida a Niños, Niñas y Adolescentes, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.824 de esa misma fecha, la cual lamentablemente luego fue derogada.

48 Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, “Informes de Gestión”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2010-2011 y 2011-2012.

49 Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Plan Municipal para la Protección Integral a la Niñez y la Adolescencia del Municipio Sucre del Estado Bolivariano de Miranda*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015.

50 REDHNNA, Informe alternativo al tercero, cuarto y quinto informe presentado por el Estado Venezolano ante el Comité de los Derechos del Niño, 2013. Disponible en: <https://www.redhnna.org/informes/informe-alternativo-al-tercero-cuarto-y-quinto-informe->

Se concibió una metodología de consulta en la que, efectivamente, participaron 171 NNA de Petare, Valencia y Puerto Ordaz en donde se previeron al menos dos encuentros. Una primera sesión para informarles a los NNA de los objetivos y temas de la consulta, solicitarles su consentimiento para registrar sus opiniones, pedirles aportes al esquema mostrado, en condiciones de seguridad y confidencialidad. En la segunda sesión, se le dio continuidad a la consulta explorando en los NNA asistentes sus percepciones acerca del cumplimiento o no de derechos en las categorías: Supervivencia, Desarrollo, Participación y Protección Especial.

En 2014 se culminó un estudio titulado “La LOPNNA ¿una ley alcahueta?”⁵¹, realizado en el marco del proyecto Instituciones y Ciudades Seguras e Incluyentes en Venezuela, caso Petare, trabajo conjunto coordinado por el Laboratorio de Ciencias Sociales de la Universidad Central de Venezuela (LACSO-UCV) con la participación de equipos UCV/USB/UCAB, Fe y Alegría, COFAVIC y Fundación Luz y Vida. Y también se diseñaron unas “Herramientas de evaluación para la implementación de las Directrices de Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidado en Aldeas Infantiles SOS Venezuela”⁵².

Entre 2016-2019, investigadoras del IJ participaron en el diseño y desarrollo del componente Convivencia Escolar del proyecto Convivencia Democrática en centros Educativos de Venezuela, en calidad de dinamizadoras/facilitadoras, coordinado por Fundación Centro Gumilla y ejecutado en colegios de Fe y Alegría. En concreto, las primeras experiencias se llevaron a cabo en las escuelas Dr. Prisco Villasmil y San José Obrero (Antímano, municipio Libertador, Dtto. Capital), luego, la siguiente fase se desarrolló en otros colegios en La Vega (Alianza, Canaima, Andy Aparicio, entre otros).

En el 2019, en un conjunto con el Centro de Derechos Humanos (CDH) de la UCAB, se estudiaron las “Dinámicas de trata de personas, especialmente las que victimizan a niños, niñas y adolescentes, en Gran Caracas y estado Bolívar”⁵³,

presentado-por-el-estado-venezolano-ante-el-comite-de-derechos-del-nino-octubre-2013, consultado en fecha: 19 de junio de 2025.

- 51 Laboratorio de Ciencias Sociales de la Universidad Central de Venezuela y Centro de Investigaciones para el Desarrollo Internacional (IDRC), *Caso Petare: La LOPNNA ¿una ley alcahueta?*, 2014-2015.
- 52 Carlos Trapani, *Herramientas de evaluación para la implementación de las Directrices de Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidado en Aldeas Infantiles SOS Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014.
- 53 María Cuevas, Carla Serrano, Eumelis Moya y Clavel Rangel, *Dinámicas de trata de personas, especialmente las que victimizan a niños, niñas y adolescentes, en Gran Caracas y estado Bolívar*, Universidad Católica Andrés Bello, IJ-CDH, Caracas, 2019. Disponible en: <https://observatoriodeviolencia.org.ve/news/dinamicas-de-trata-de-personas-especialmen->

con el propósito de identificar, en concreto, los modos de captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, especialmente de NNA, con fines de explotación, en condiciones de limitación de la libertad de las víctimas, que se presentan en Gran Caracas y estado Bolívar. Mientras que, en el 2020 se produjo el informe de investigación “Convivencia Escolar. Estudio de caso: Escuela Técnica Industrial San José Obrero (ETI-SJO), Fe y Alegría, Antímano”⁵⁴, enfocado en explorar algunas subcategorías del constructo Convivencia Escolar, tales como: las normas, su construcción, difusión y acatamiento; actividades para promover convivencia escolar; estilo de comunicación predominante; resolución de conflictos, procedimientos y sanciones y en especial, lo relativo a cómo se concibe, promueve y practica la participación infantil, en este caso estudiantil, como elemento clave en la Convivencia Escolar desde un enfoque de DDHH de NNA.

Entre 2019-2022, producto de una alianza institucional entre el IIJ-UCAB y el Servicio de Protección Integral de NNA del estado Miranda (SEPINAMI), se llevaron adelante tres trabajos de campo en materia penal adolescente, los cuales han dado a pie a diversos productos. En una primera fase, se lograron entrevistar a adolescentes privados de libertad por el delito de homicidio, para conocer sus relatos sobre los hechos, posteriormente, se entrevistaron a varias de sus cuidadoras, todas figuras femeninas relevantes en sus vidas, para indagar sobre mecanismos de supervisión y control sobre estos jóvenes y luego, en un tercer momento, se entrevistaron a adolescentes detenidos por la comisión de delitos sexuales, a solicitud del propio SEPINAMI. En estos casos, se han publicado los siguientes artículos académicos: “El homicidio a través del relato de victimarios adolescentes”⁵⁵; “Informalidad, coacción y garantías procesales: percepciones de adolescentes condenados por homicidio”⁵⁶ y “Feminidad y control de adolescentes violentos”⁵⁷.

[re-la-que-victimiza-a-ninos-ninas-y-adolescentes-en-gran-caracas-y-estado-bolivar/](#), consultado en fecha: 20 de junio de 2025.

- 54 Carla Serrano, *Convivencia Escolar. Estudio de caso: Escuela Técnica Industrial San José Obrero (ETI-SJO), Fe y Alegría. Antímano, municipio Libertador, Distrito Capital, Venezuela*, IIJ-UCAB, 2020.
- 55 Carla Serrano y Luis Gerardo Gabaldón, “El homicidio a través del relato de victimarios adolescentes”, *Homicidio, riesgo, significado y castigo*, Abediciones UCAB, Caracas, 2020, pág. 247-279.
- 56 Luis Gerardo Gabaldón y Carla Serrano, “Informalidad, coacción y garantías procesales: percepciones de adolescentes condenados por homicidio”, *Espacio Abierto. Cuaderno Venezolano de Sociología*, Volumen 30 N° 4 (octubre - diciembre) 2021, pp. 37-57.
- 57 Luis Gerardo Gabaldón y Carla Serrano, “Feminidad y control de Adolescentes violentos”, *Espacio Abierto. Cuaderno Venezolano de Sociología*, Volumen 31 N° 4 (octubre-diciembre) 2022, pp. 84-98.

En 2023 se convocó a investigadores del IIJ-UCAB a participar de una obra colectiva, que tuvo por objetivo documentar el proceso de Constitucionalización de Derechos de los niños en América Latina, compilación a cargo del Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Se redactó el capítulo de libro relativo a Venezuela, titulado: “La constitucionalización de la Convención sobre los Derechos del Niño en Venezuela”⁵⁸.

En 2023, junto con la Facultad de Derecho y bajo el auspicio de la Embajada de Canadá, investigadores del IIJ prepararon el informe de investigación: “Diagnóstico sobre el acceso a la justicia en Venezuela: experiencias en Caracas y Guayana”⁵⁹, el cual tuvo un enfoque de género y examinó barreras para el acceso a la justicia de niñas y adolescente venezolanas, en ambos territorios.

Para destacar la vasta producción académica y el legado en investigación del IIJ-UCAB, a continuación, se presenta una tabla que resume una selección de sus publicaciones más destacadas en el ámbito de los derechos de NNA, al menos 47 en casi tres décadas de labor ininterrumpida:

Año	Título de la publicación	Tipo de publicación	Autores/ Coordinadores
1997	Sistematización del Proceso Legislativo. Adecuación de la legislación venezolana a la Convención Internacional Sobre Los Derechos del Niño (noviembre 1989-julio 1997)	Informe	Carla Serrano
1997	Niños y Adolescentes privados de libertad. Evaluación socio-jurídica	Evaluación socio-jurídica	Cristóbal Cornieles y Ruth Capriles
1997	Situación de los Derechos de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en Venezuela. Marco de referencia conceptual: Convención de los Derechos del Niño	Estudio	Gonzalo Gómez

58 Jaíber Núñez, Carla Serrano, Carlos Trapani y Vanessa Marcano, “La constitucionalización de la Convención sobre los Derechos del Niño en Venezuela”, *La Constitucionalización de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina*, Editorial Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, 2023, pág. 399.

59 Jesús Casal, Carla Serrano, María Cuevas, María Inneco, Aura Lehmann, Eumelis Moya, María Alarcón y Juan Berríos, *Diagnóstico sobre el acceso a la justicia en Venezuela: experiencias en Caracas y Guayana*, Facultad de Derecho UCAB, 2023.

1998	Adecuación de la legislación venezolana a la Convención Internacional Sobre Los Derechos del Niño. Actualización (julio 1997-octubre 1998)	Informe	Carla Serrano
1998	Infancia, Ley y Democracia en América Latina (incluye la sistematización de la historia y el Anteproyecto de la LOPNA elaborado por el CIJ)	Obra Colectiva/ Libro	Emilio García Méndez y Mary Beloff
1998	Plan de trabajo para la reforma de los reglamentos internos de los Centros Educativos de la Zona de Caracas de Fe y Alegría	Plan de trabajo / Estudio	Centro de Investigaciones Jurídicas
2000	Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente	Libro	María Morais
2001	II Jornadas: Primer año de vigencia de la LOPNA	Libro	Cristóbal Corneiles
2002	III Jornadas: Segundo año de vigencia de la LOPNA	Libro	María Morais y Cristóbal Corneiles
2003	Implementación y Funcionamiento de la Sección de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas	Investigación	Carla Serrano y María Morais
2003	IV Jornadas: Tercer año de vigencia de la LOPNA	Libro	María Morais y Cristóbal Corneiles
2004	V Jornadas: Cuarto año de vigencia de la LOPNA	Libro	María Morais y Cristóbal Corneiles
2005	VI Jornadas: Quinto año de vigencia de la LOPNA	Libro	María Morais y Cristóbal Corneiles
2005	Consejos y Consejeros de Protección del Niño y del Adolescente	Cuaderno Docente N° 6	Cristóbal Corneiles
2005	Funcionamiento de los Consejos de Protección del Niño y del Adolescente. Estudio de casos en el 2004	Artículo académico	Carla Serrano
2005	Reflexiones en torno al Juicio Educativo previsto en la LOPNA	Artículo académico	Carla Serrano y Erna Perfetti

2006	En búsqueda de rutas de salida a la trayectoria de violencia. Análisis de experiencias de reconversión de jóvenes, hombres de vida violenta en barrios de Caracas	Investigación	Verónica Zubillaga
2006	Régimen jurídico especial de los Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores	Cuaderno Docente N° 8	Cristóbal Cornieles
2006	Programas socio educativos. Oportunidades para adolescentes en conflicto con la ley penal	Cuaderno Docente N° 7	Delia Martínez
2006	VII Jornadas LOPNA	Libro	María Morais y Cristóbal Cornieles
2007	Los Derechos de los Niños y Niñas hijos de madres Privadas de Libertad	Investigación	María Morais, Carla Serrano y Carlos Trapani
2007	La Fundación Mi Familia desde la perspectiva de sus integrantes. Experiencia de funcionamiento de un programa que ejecuta medidas de colocación familiar y abrigo	Investigación	Carla Serrano
2007	Ajuste y validación de la Planilla de Registro Estadístico Nacional de casos de amenaza o violación de Derechos a Niños, Niñas y Adolescentes en los Consejos de Protección	Investigación	María Morais y Carla Serrano
2007	VIII Jornadas: Reconciliación de los educadores con la LOPNA	Libro	María Morais y Cristóbal Cornieles
2008	Cumplimiento de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes hospitalizados	Investigación	Carlos Trapani
2008	Sistematización del proceso de reforma de la LOPNA. Informe final de investigación	Sistematización / Informe	Inge De Colima, José Luis Cartaya y María Morais
2008	IX Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente: La Reforma	Libro	María Morais

2010	X jornadas: Escenarios de la violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes.	Libro	Gloria Perdomo, Carlos Trapani y Carla Serrano
2011	El derecho de opinión de los Niños, Niñas y Adolescentes en el Circuito Judicial de Protección de Caracas (publicado en el libro homenaje a María Gracia Morais)	Artículo académico	Gloria Perdomo y Carla Serrano
2011	Violencia en las Escuelas	Temas de Formación Sociopolítica N° 48	Gloria Perdomo (GUMILLA-UCAB)
2011 2012	Normas sobre la Actuación Policial cuando esté dirigida a Niños, Niñas y Adolescentes	Resolución Ministerial	IIJ-UCAB, Consejo General de Policía
2013	Informe alternativo al tercero, cuarto y quinto informe presentado por el Estado Venezolano ante el Comité de los Derechos del Niño	Informe alternativo	REDHNNA (con contribución del IIJ-UCAB)
2014	Instituciones y ciudades Seguras e Incluyentes en Venezuela. Caso Petare: La LOPNNA ¿una ley alcahueta?	Estudio	LACSO UCV-International Development Reserch Center (IDRC)
2014	Herramientas de evaluación para la implementación de las Directrices de Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidado en Aldeas Infantiles SOS Venezuela	Informe	Carlos Trapani
2015	Plan Municipal para la Protección Integral a la Niñez y la Adolescencia del Municipio Sucre del Estado Bolivariano de Miranda	Plan Municipal	Instituto de Investigaciones Jurídicas
2015	Informe alternativo sobre la situación de los NNA con motivo a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Informe alternativo	REDHNNA (con contribución del IIJ-UCAB)
2015	Informe alternativo sobre la situación de los NNA con motivo a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales	Informe alternativo	REDHNNA (con contribución del IIJ-UCAB)

2018	La perspectiva de niños, niñas y adolescentes sobre el sistema judicial y la violencia armada: Un estudio cualitativo	Artículo académico	Carla Serrano y Gloria Perdomo
2018	¿Son las colas un procedimiento garantista del derecho de niños y niñas a un nivel de vida adecuado?	Artículo académico	Gloria Perdomo y Daniel Chávez
2019	Dinámicas de trata de personas, especialmente las que victimizan a niños, niñas y adolescentes, en Gran Caracas y estado Bolívar	Investigación	María Cuevas, Carla Serrano, Eumelis Moya y Clavel Rangel (IIJ-CDH)
2020	Convivencia Escolar. Estudio de caso: Escuela Técnica Industrial San José Obrero (ETI-SJO), Fe y Alegría. Antimano, municipio Libertador, Dto. Capital, Venezuela	Investigación	Carla Serrano
2020	El homicidio a través del relato de victimarios adolescentes	Artículo académico	Carla Serrano y Luis Gerardo Gabaldón
2021	Informalidad, coacción y garantías procesales: percepciones de adolescentes condenados por homicidio	Artículo académico	Luis Gerardo Gabaldón y Carla Serrano
2021	Siete informes temáticos alternativos para el Examen Periódico Universal (EPU) - ONU (sobre temas como adolescentes en conflicto con la ley penal, violencia sexual, salud mental, etc.). Periodo 2017-2021	Informes alternativos	REDHNNA (con colaboración de IIJ-UCAB)
2022	Feminidad y control de Adolescentes violentos	Artículo académico	Luis Gerardo Gabaldón y Carla Serrano
2023	La constitucionalización de la Convención sobre los Derechos del Niño en Venezuela	Capítulo de libro	Jaiber Núñez, Carla Serrano, Carlos Trapani y Vanessa Marciano

2023	Diagnóstico sobre el acceso a la justicia en Venezuela: experiencias en Caracas y Guayana	Investigación	Jesús Casal, Carla Serrano, María Cuevas, María Inneco, Aura Lehmann, Eumelis Moya, María Alarcón y Juan Berrios

2.3 Extensión universitaria

Otra labor realizada por el IJJ-UCAB, durante estos años de consolidación de la línea de investigación en Derechos de NNA, ha sido la de articularse en red con organizaciones de la sociedad civil para realizar el monitoreo de la situación de la niñez-adolescencia, sumar esfuerzos en la exigibilidad de garantías y, adicionalmente, acometer la ardua tarea de preparar y consignar informes sobre el cumplimiento de los derechos de NNA en Venezuela, tanto ante el sistema de las Naciones Unidas y sus diversos mecanismos, como ante el sistema interamericano. En este sentido, la participación extra muros académicos del instituto ha tenido doble propósito, por una parte, vincularse al movimiento social por los derechos de la niñez, fortaleciendo la coordinación y el trabajo articulado con otras universidades y organizaciones; por otro lado, generar conocimientos, análisis e informaciones sobre la situación de la infancia en distintos territorios y con otro lógica, garantizando la actualización permanente de información y elaborando informes técnicos con enfoque basado en derechos humanos.

Se subraya que, desde el 2006 y hasta la fecha, el IJJ-UCAB forma parte de la Red por los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes (REDHNNA), coalición actualmente integrada por 22 miembros entre organizaciones y defensores-activistas, la cual a su vez ha formado parte de experiencias regionales y ello ha permitido aumentar el alcance de la incidencia que se hace por los derechos de NNA en Venezuela. El IJJ- UCAB ha representado a la REDHNNA en innumerables asambleas, foros y eventos internacionales durante más de una década. En concreto, entre 2010-2019 la REDHNNA formó parte de la Red Latinoamericana y Caribeña por la defensa de los derechos de NNA (REDLAMYC), siendo parte de la región andina (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela), se trataba de un movimiento regional, una red de redes, integrada por 20 países y unas 26 coaliciones. Luego de la disolución de REDLMYC, REDHNNA se integró a la Red de Coaliciones Sur (RCS)⁶⁰, primero como miembro en calidad de colaborador, luego como miembro pleno, hasta la fecha se participa en esa

60 Red de Coaliciones Sur. Disponible en: <https://www.redcoalicionesur.org/integrantes/>, consultado en fecha: 11 de junio de 2025.

alianza, asumiendo diversas responsabilidades y liderizando/acompañando en la ejecución de proyectos y sus actividades correspondientes.

El IJ ha hecho incidencia en la sede del Comité de los Derechos del Niño (ONU) en Ginebra (Suiza), sus investigadores han participado de diferentes pre sesiones y sesiones, correspondientes a los ciclos de presentación de informes por parte del Estado venezolano. Se contribuyó de forma acuciosa en la elaboración de informes alternativos a los oficiales, junto con otras organizaciones, tanto en el segundo ciclo realizado entre 2006-2007, como en el tercero que se llevó a cabo entre 2013-2014⁶¹. La incidencia alcanzada se aprecia en las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al Estado venezolano, planteando cuestiones impostergables en el cumplimiento de los derechos de NNA en el país, cuyos datos fueron aportados y presentados en los informes consignados con rigor académico.

En 2012, junto con la REDHNNA, se solicitó una interpretación a la Consultoría jurídica del Ministerio del Poder Popular para la Educación sobre las situaciones que constituyen faltas graves a la disciplina escolar en centro educativos a nivel nacional; para fundamentar esa solicitud se analizó el vacío legal que suponía la derogatoria de las normas disciplinarias de la Ley Orgánica de Educación sustituida por la nueva Ley Orgánica de Educación aprobada en 2009.

El IJ-UCAB recibió la “Orden niños y niñas de Chacao en su única clase”, máxima distinción otorgada por el CMDNNA de Chacao para enaltecer la labor de personas o instituciones dedicadas a la promoción, defensa y garantía de DDHH de NNA. Se trataba de un reconocimiento a la participación y apoyo del IJ a distintas iniciativas de formación y de consolidación del sistema local de protección a NNA en ese municipio.

Junto con el CDH-UCAB en el año 2012 se elaboró y consignó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos un *Amicus Curiae* sobre las obligaciones del Estado por garantías judiciales a niñez migrante⁶².

En 2013 se brindó asistencia técnica y se participó en una audiencia temática ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington) a los

61 REDHNNA, *Informe alternativo al tercero, cuarto y quinto informe presentado por el Estado Venezolano ante el Comité de los Derechos del Niño*, 2013. Disponible en: <https://www.re-dhnna.org/informes/informe-alternativo-al-tercero-cuarto-y-quinto-informe-presentado-por-el-estado-venezolano-ante-el-comite-de-derechos-del-nino-octubre-2013>, consultado en fecha: 19 de junio de 2025.

62 Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, “Informes de Gestión”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011-2012.

finés de presentar las obligaciones generales de los Estados en las Américas en relación a la violencia escolar⁶³.

En 2015 se prepararon y enviaron: Informe alternativo sobre la situación de los NNA con motivo a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁴ e Informe alternativo sobre la situación de los NNA con motivo a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁶⁵.

Se presentaron insumos para la comisión técnica de la Oficina del Alto Comisionado para los DDHH de visita en Venezuela: vulneraciones a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en Venezuela, IIJ-REDHNNA, 2019.

En 2021, 12 adolescentes y jóvenes, acompañados y asistidos técnicamente por las organizaciones de la sociedad civil Prepara Familia, Cecodap, Acción Solidaria y Redhnna, participaron de una audiencia pública ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el marco del 180 Período de Sesiones Virtuales⁶⁶. De manera protagónica, narraron la desesperación de vivir con una condición de salud crítica en Venezuela, donde la crisis hospitalaria les negaba tener esperanza de vida y recibir un trasplante de órgano oportuno. Los testimonios resaltaron el deterioro del hospital José Manuel de los Ríos, principal centro de atención médica para NNA del país. Además, enfatizaron para ese momento que, la suspensión del Sistema de Procura de Órganos para Trasplante (SPOT) dejó de beneficiar por tres años a más de 700 personas, de las cuales un 10 % corresponde a NNA.

63 Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, “Informes de Gestión”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012-2013.

64 REDHNNA, *Informe alternativo ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos civiles y políticos de la niñez y adolescencia en Venezuela*. Disponible en: <https://www.redhnna.org/informes/informe-alternativo-ante-el-comite-de-derechos-humanos-de-naciones-unidas-sobre-la-situacion-de-los-derechos-civiles-y-politicos-de-la-ninez-y-adolescencia-en-venezuela>, consultado en fecha: 22 de junio de 2025.

65 REDHNNA, *Informe alternativo ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos de la niñez y adolescencia en Venezuela*. Disponible en: <https://www.redhnna.org/informes/informe-alternativo-ante-el-comite-derechos-economicos-sociales-y-culturales-de-naciones-unidas-sobre-la-situacion-de-los-derechos-de-la-ninez-y-adolescencia-en-venezuela>, consultado en fecha: 22 de junio de 2025.

66 CECODAP, “12 adolescentes y jóvenes venezolanos relataron el impacto de la suspensión del programa de órganos ante la CIDH”. Disponible en: <https://cecodap.org/12-adolescentes-y-jovenes-venezolanos-relataron-el-impacto-de-la-suspension-del-programa-de-organos-ante-la-cidh/>, consultado en fecha: 20 de junio de 2025.

En 2021 correspondió el tercer ciclo del Examen Periódico Universal (EPU) para Venezuela del Consejo de Derechos Humanos – ONU, periodo de sesiones 40 y se prepararon y cargaron en la plataforma EPU-ONU 7 informes temáticos alternativos⁶⁷, en todos colaboraron investigadores del IIJ: Adolescentes en conflicto con la ley penal; Violencia sexual y basada en género que impacta a NNA; Salud mental en NNA; Vulneraciones a derechos de NNA durante la pandemia; Muertes violentas de NNA; Salud de NNA y sobre Prohibición de esclavitud de trata de personas en Venezuela, énfasis en NNA. Adicionalmente se presentó el informe conjunto de la REDHNNA titulado: Situación de la institucionalidad e inversión pública para garantizar los derechos humanos de la niñez en Venezuela Periodo 2017-2021. Igualmente se había participado enviando informes en octubre 2011, en el primer ciclo y en marzo de 2016 en el segundo ciclo.

En 2023 el IIJ-REDHNNA participó en el Ciclo de Seminarios Investigar, incidir y fortalecer: investigaciones temáticas sobre las Infancias y adolescencias organizado por Red de Coaliciones Sur con apoyo de *Save the Children* y Suecia Sverige. En el ciclo sobre Educación Sexual Integral (ESI) se presentó el informe “Sistematización regional encuentros con NNA sobre Derechos Sexuales y Reproductivos (Argentina, Brasil, Chile, Guatemala, Paraguay, Uruguay y Venezuela)”.

El IIJ UCAB ha participado en el Diplomado en Gerencia Educativa y Comunitaria en los módulos VII: Gerencia comunitaria de instituciones y programas educativos y VIII: Fundamentos pedagógicos de los Acuerdos de Convivencia Escolar, organizado por CIAP y CIED UCAB, con el apoyo de la fundación Empresas Polar.

Se cierra esta sección, dedicada a hacer un balance sobre las actividades de extensión de la línea de investigación Derechos de NNA, con una relación de casos judiciales en los que se contó con la participación y acompañamiento técnico del IIJ-UCAB:

1. Recurso de Abstención o carencia por el reglamento de participación de la LOPNNA (junio 2010)
2. Acción de protección sobre servicios de salud en el Hospital J. M. de los Ríos (mayo 2014)
3. Recurso extraordinario de Avocamiento a favor de los NNA del Hospital JM (agosto 2014)

67 REDHNNA, Examen Periódico Universal, Consejo de Derechos Humanos ONU, 2017-2021. Disponible en: <https://www.redhnna.org/examen-periodico-universal-universal-periodic-review>, consultado en fecha: 20 de junio de 2025.

4. Recurso de nulidad parcial sobre la reforma penal de la LOPNNA (agosto 2015)
5. Recurso de control de legalidad por el cobro de tasas para la emisión de pasaporte a niños, niñas y adolescentes (dos recursos 2015 y 2024)
6. Recurso por medidas preventivas anticipadas para el acceso a medicamentos esenciales para niños, niñas y adolescentes (febrero 2016)
7. Solicitud de medidas cautelares a favor de niños, niñas y adolescentes pacientes del Servicio de Hematología del Hospital J. M. de los Ríos (septiembre 2017)
8. Solicitud de ampliación de medidas cautelares a favor de niños, niñas y adolescentes pacientes de 14 Servicios del Hospital J. M. de los Ríos (octubre 2018)
9. Solicitud de audiencia temática sobre Limitaciones al ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de origen venezolano en contextos de movilidad humana en la región (agosto 2022).

Reformas legislativas: impacto en la institucionalidad y retrocesos en la garantía de derechos

Si bien los avances hasta ahora sintetizados desde la perspectiva académica del IIJ-UCAB fueron significativos, las reformas legislativas de 2007 y 2015 marcaron un giro preocupante y en ese sentido, el Instituto de Investigaciones Históricas de la UCAB en el 2019 organizó un simposio titulado 20 años del Socialismo del siglo XXI en Venezuela, oportunidad en la que se presentó un balance de las vicisitudes que le tocó experimentar a la LOPNA promulgada en 1998 durante dicho período. En otras palabras, se sostuvo que el impacto de las reformas hechas a la ley fueron cuestionables decisiones políticas que truncaron la vigencia de la Convención Sobre los Derechos del Niño en Venezuela, no permitieron consolidar las profundas transformaciones culturales, sociales e institucionales que ameritaba el cambio de paradigma y que apenas se estaban consolidando en el país y han perjudicado a familias y NNA, y a la población en general, todos como víctimas de un proyecto político que se ha hecho cada vez más autoritario.

“La elaboración de la LOPNA fue un proceso de dilatada consulta y participación social, su entrada en vigencia supuso construir una institucionalidad, con una sociedad que por primera vez ocupaba un lugar protagónico en la gestión pública dedicada a la protección de la niñez. Lo opuesto de las reformas aludidas, orientadas a centralizar y subordinar la institucionalidad al modelo estatista que

el partido de gobierno impuso, para el cual resultaba impertinente el modelo de corresponsabilidad Estado-Sociedad aprobado en 1998. Aunque las reformas simulaban consolidar la existencia de sistemas institucionales, en protección y materia penal, lo que de verdad hizo el gobierno fue abandonar sus obligaciones y omitir sus responsabilidades de fortalecimiento de los órganos que integran dichos sistemas. La ausencia del Estado en el cumplimiento de políticas, planes, inversiones y programas es una de las principales causas que desencadenan la emergencia humanitaria compleja⁶⁸.

La primera reforma de la LOPNA aprobada en diciembre de 2007, se encuentra documentada en una sistematización hecha por el IIJ-UCAB, con apoyo de UNICEF Venezuela. Luego de un proceso de total involucramiento y compromiso con la adecuación legislativa a la Convención, el IIJ estuvo muy atento al igual que muchos otros actores, a las razones y proceso de reforma de la ley, y la adversó anticipándose al impacto que traerían los cambios propuestos. En ese sentido, se dedicó una jornada académica por completo a analizar la reforma finalmente publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.859 de fecha 10 de diciembre de 2007, luego de conocerse varios proyectos, así como, se llevó a cabo la investigación *in comento* para desmenuzar la cronología de hechos detrás de la reforma.

La investigación⁶⁹ aclara que la reforma se desarrolló en dos escenarios separados que luego se unieron: la Comisión Permanente de Familia, Mujer y Juventud (CPFMJ) de la Asamblea Nacional, más precisamente la Sub-Comisión de Familia, Niños, Niñas y Adolescentes y, por otra parte, la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, donde se conformó la “Comisión para la Reforma e Implantación de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente”. La CPFMJ elaboró anteproyectos e informes y el texto de una modificación legal, fundamentalmente, en los aspectos referidos al Sistema de Protección del Niño y del Adolescente, mientras que el Tribunal Supremo se encargó de las modificaciones relativas a las instituciones familiares y a los cambios procesales. El primer impulso que inauguró el proceso de reforma fue iniciado muy tempranamente, a sólo cuatro meses de su entrada en vigencia, es decir, ya en agosto del año 2000 afirmaban que era necesario reformar la LOPNA, argumentando como supuesta razón de este cambio, el tema de la inadecuación de la redacción de la LOPNA

68 Carla Serrano y Gloria Perdomo, “La LOPN(N)A en tiempos de Socialismo del siglo XXI en Venezuela”, *20 años del Socialismo del siglo XXI*, primera edición, Abediciones UCAB, Caracas, 2021, pág. 389-411.

69 Inge De Colima, José Luis Cartaya y María Morais (colaboradores), *Sistematización del proceso de reforma de la LOPNA. Informe final de investigación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UCAB, Caracas, 2008.

a la perspectiva de género. Luego, en ese mismo mes se eleva una consulta a la Procuraduría General de la República (PGR) solicitando que el organismo se pronunciase sobre la pertinencia de una reforma de la LOPNA. Sumándose el Vice-Ministro de Desarrollo Social del Ministerio de Salud y Desarrollo Social quien solicita también de la PGR un pronunciamiento sobre aspectos como: la naturaleza jurídica del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente (CNDNA) y los Consejos Estadales y Municipales de Derechos; directrices del proceso a seguir para garantizar la participación ciudadana en relación con la elección en foro propio de los representantes de la sociedad en el seno de dichos Consejos de Derechos y además, a cuáles órganos debían ser transferidos las unidades de atención, programas y servicios que administraba el Instituto Nacional del Menor (INAM).

Se evidenció que la reforma fue realizada sin un diagnóstico previo de la implementación de la ley y al conocerse los cambios publicados, resulta claro que tuvo como propósito la centralización del Sistema de Protección subordinando toda la institucionalidad a un Ministerio del Ejecutivo nacional, directamente relacionado con la Presidencia de la República. En lugar de un Sistema de Protección que coordina y articula la actuación de los tres niveles de actuación del Estado, la reforma impone un modelo estatista, para el cual resultaba particularmente impertinente el modelo de democrático de protagonismo popular y corresponsabilidad Estado-Sociedad aprobado en la LOPNA original. Las fechas son importantes: el 14 de agosto de 2007 en la sede del Palacio Federal Legislativo se sanciona la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA), época que coincide con la campaña previa al Referéndum Constitucional pautado para el 2 de diciembre de 2007. Así, la nueva LOPNNA sancionada entró en un compás de espera para la firma de Hugo Chávez, como Presidente de la República, la cual se concretó el 10 de diciembre⁷⁰. En contraste con el proceso democrático y consultivo que caracterizó la preparación del proyecto de Ley que dio origen a la LOPNNA, la reforma dirigida por la Comisión de Familia fue producida por unas pocas diputadas, sin consulta, pero además, sin siquiera difundir el texto de las propuestas de modificación que estaban preparando; el reclamo popular era que tramaban un cambio legislativo de espaldas a las realidades del país y en forma unilateral, desconfiando de la capacidad para aportar incluso de operadores en los distintos niveles del sistema.

Las IX jornadas⁷¹, realizadas en julio de 2008 en la UCAB, como ya se adelantó, se enfocaron en analizar la reforma de la LOPNA promulgada en 1998. Y

70 De Colima, Cartaya y Morais, ob. cit.

71 María Morais (coordinadora), *IX Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: La Reforma*, Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho,

en la publicación correspondiente se señala que dicha reforma es vista como el resultado de dos ideologías, y fines contradictorios. Por un lado, la reforma procesal se percibe con el propósito de adecuar los procedimientos a los mandatos constitucionales de oralidad, brevedad y publicidad, buscando la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites. Esta parte de la reforma fue sometida a consultas públicas y resultó en un articulado que se acepta como positivo y necesario, aprovechando la experiencia de los años de vigencia de la LOPNA original para aclarar dudas y colmar lagunas. Por otro lado, la reforma administrativa es descrita de forma muy diferente, se considera que fue elaborada de manera arbitraria e inconsulta, con una ideología que busca el estatismo y la concentración del poder. Su propósito sería dismantelar el Sistema de Protección original, concebido como participativo, descentralizado, autónomo e interinstitucional, para sustituirlo por un nuevo modelo, el “Sistema Rector Nacional Para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes”, que contraviene los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño e invisibiliza a la infancia. Varios expertos en Derecho Administrativo que participaron de esta jornada concordaron en señalar la reforma como un retroceso en la descentralización y lamentaron que se desperdiciara la oportunidad de mejorar verdaderamente la ley.

Aspectos que generaban dudas y los hechos han terminado dando la razón, la nueva ley creó un “órgano rector” (un Ministerio) que “rectoriza” un “Sistema Rector Nacional”, lo que jurídicamente carece de sentido, ya que quien es rectorizado deja de ser rector. La capacidad decisoria se concentra en este órgano rector ministerial, perjudicando la capacidad sistémica de los demás órganos. Al ser un ministerio con competencia accesorio, no es un órgano especializado en niñez y adolescencia como exige la Constitución. La estructura propuesta carece de capacidad articulada, holística e integradora, lo que generaba el riesgo de regresar a la concentración del poder público en una única institución del Estado, tal y como había ocurrido con la doctrina de la “Situación Irregular”. La adscripción del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes a este ministerio implica un control tutelar o incluso jerárquico que impide su autonomía, a pesar de ser definido como un instituto autónomo.

Con esta reforma se cambió la naturaleza de los Consejos de Derechos, eliminando la representación paritaria y dejando a la sociedad en minoría, lo que revela un temor a la participación social y una intención de liquidar la co-gestión. La participación ciudadana se vincula casi exclusivamente a los Consejos Comunales, con regulaciones futuras que podrían limitar su autonomía. En las disposiciones transitorias se ofreció un reglamento para tener mayor precisión sobre cómo se ejercería esta participación ciudadana activa, pero el mismo nunca

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2008.

llegó, y ello implicó que se presentase en 2010 un recurso en el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) por abstención o carencia del Ejecutivo, ante la Sala Política Administrativa, el cual fue presentado por varias organizaciones, a las cuales el IJJ prestó acompañamiento técnico. Se advirtió el riesgo de regresar a un modelo asistencialista en la atención de la población sólo cuando ya califica como población vulnerable o NNA excluidos, en lugar de promover políticas garantistas para todos los NNA, especialmente si la rectoría recae en un despacho enfocado principalmente en la emergencia social, tal y como ha ocurrido, por ejemplo, desde el año 20213, cuando la materia de NNA pasó a ser competencia del Viceministerio de la Suprema Felicidad Social del Pueblo⁷². La reforma no impulsó, en la realidad, un desempeño intersectorial e integrador. Se sigue criticando la ausencia de un sistema de información con enfoque de derechos y la falta de avance en cuanto a estadísticas e indicadores idóneos.

Se destacan como aspectos positivos de la reforma del 2007, las precisiones sobre el estatus jurídico de los Consejeros de Protección como funcionarios públicos de carrera de las alcaldías, con derecho a los beneficios laborales correspondientes, así como, la clarificación del papel de los Consejos Municipales de Derechos en el proceso de selección de los Consejeros de Protección y la atribución de la designación y juramentación al alcalde. Los muchos desaciertos de la reforma administrativa han afectado seriamente la protección integral de niños, niñas y adolescentes, tal y como se anticipó.

En el año 2015 se produce otra reforma de la LOPNNA modificando el título V (Gaceta Oficial N° 6.185 del 8 de junio de 2015), de nuevo se llevó a cabo el proceso sin un diagnóstico técnico a nivel nacional sobre el funcionamiento del Sistema de Responsabilidad Penal de los Adolescentes, y se siguió sin resolver lo que ha sido un problema medular desde 1998, al no aclarar quién es la autoridad competente en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal. Si bien se menciona la existencia de un Ministerio con competencia en la materia, en ninguna parte se especifican sus atribuciones y se han seguido incumpliendo las obligaciones públicas de garantizar el desarrollo de políticas, planes y pro-

72 En la Gaceta Oficial N° 40.280 consta la creación del Viceministerio para la Suprema Felicidad Social del Pueblo, el cual formará parte de la estructura organizativa del Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y Seguimiento de la Gestión de Gobierno. El objetivo estratégico de este Viceministerio es articular e integrar políticas de protección, atención e inclusión social de las familias, niños, niñas y adolescentes, las personas en situación de calle, los adultos y adultas mayores, las personas con discapacidad y todos y todas aquellas en condiciones de vulnerabilidad social. Entes adscritos a dicho Viceministerio son el Instituto Autónomo “Consejo Nacional de Derechos del Niño, Niñas y Adolescente”, Fundación Nacional “El Niño Simón”, Fundación “Misión Niño Jesús”, entre otros.

gramas para la prevención del delito en la población menor de 18 años de edad y de hacer efectiva y aplicable la justicia educativa, especializada y restaurativa en los casos de adolescentes, que resulten responsables por la comisión de hechos punibles. Los adolescentes privados de libertad desde el año 2011, pasaron a ser competencia del Ministerio del Poder Popular para los Servicios Penitenciarios⁷³, diluyéndose con esa decisión el enfoque de justicia especializada y esta situación no fue subsanada con la reforma más bien se mantuvo. Se generó confusión o ambigüedad, al retroceder incluyendo como integrantes del Sistema Penal de Responsabilidad, a órganos e instancias del Sistema de Protección de NNA. Y entre otros aspectos, uno que se subraya como preocupante es el hecho de propiciar la privatización de la gestión pública referida a seguridad ciudadana y protección social, al depositar en las organizaciones sociales y comunitarias funciones que inequívocamente deben estar a cargo del Estado. Esta reforma, formalmente, incorporó a los Consejos Comunales como integrantes del Sistema Penal de Responsabilidad, atribuyéndoles funciones en la ejecución de medidas no privativas de libertad (Art. 527-A). En los hechos, con el hermetismo propio de una gestión pública institucional cada vez menos democrática, se desconoce la implementación de esta atribución.

Aunque teórica y doctrinalmente fue positivo y se reconoce así, que la reforma haya aumentado la edad de responsabilidad penal de 12 a 14 años, no estableció rutas ni previó fondos públicos para la atención de casos por parte de los Consejos de Protección del país (con sus múltiples requerimientos y debilidades), de la población de adolescentes en ese rango de edad, señalados como partícipes de hechos punibles. Otro aspecto de la reforma, que se debe mencionar en esta sección, se refiere al incremento de tipos penales susceptibles de recibir la medida de privación de libertad, así como, el aumento de la misma de 5 a 10 años sin tener claridad de las implicaciones que esto tendría en materia de infraestructura, personal, recursos, etc. ni en los propios adolescentes que alcanzan la mayoría en este proceso. Aquí se introdujo el delito de terrorismo en la jurisdicción penal especial adolescente, sin entenderse su motivación porque la experiencia del país no lo requería. Varios años después, se evidencia que había una motivación de los decisores públicos de disponer de una base legal para pretender sustentar violaciones de derechos humanos, como pudo observarse en 2017, 2019 y principalmente, en julio 2024.

73 El Decreto N° 8.266, publicado en la Gaceta Oficial N° 39721, oficializa la creación del Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario en Venezuela. Esta gaceta, con fecha de publicación del 2011, establece la estructura y las funciones de este ministerio. El “Viceministerio de Atención al Adolescente en Conflicto con la Ley Penal” es una instancia dentro este Ministerio.

En una de las investigaciones hechas por el IJJ y citadas con anterioridad⁷⁴, en donde se tuvo la oportunidad de entrevistar a adolescentes procesados por el delito de homicidio, los hallazgos encontrados permiten dudar de que el sistema de responsabilidad penal de adolescentes funcione, en la práctica, como un sistema de garantías y de minimización de la coacción como monopolio del Estado. Los adolescentes entrevistados tuvieron la capacidad de identificar falencias, contradicciones e incluso falsas inculpaciones. Según su perspectiva, el sistema penal que experimentaron no se caracterizó por motivar sus decisiones con base estricta a los hechos evidenciados y el derecho aplicable, ni por deducir la responsabilidad a través de medios de prueba validados, lo cual se aleja, no solamente de los principios de la Doctrina de la Protección Integral, sino de las garantías constitucionales y legales modernas sobre el debido proceso. De sus comentarios se desprende que la actuación de la policía de investigación está muy lejos de acercarse a los servicios especializados previstos en la LOPNNA. Durante las entrevistas, varios de los adolescentes manifestaron una mezcla de frustración y resignación ante un sistema de administración de justicia percibido como viciado, e incluso en casos, hasta corrupto.

El incumplimiento de la Convención Sobre los Derechos del Niño en Venezuela y sus retrocesos, se pueden apreciar en varias de las recomendaciones que el Comité de los Derechos del Niño⁷⁵ le ha hecho al estado venezolano, en los ciclos de presentación de informes en los que hasta la fecha ha participado, precisamente en lo relativo a medidas generales de aplicación de la Convención, políticas, planes y recursos, lo dicho es elocuente.

En las recomendaciones publicadas en el ciclo que culminó en 1999⁷⁶, el Comité reconocía que Venezuela como Estado Parte transitaba un importante proceso de transformación política, social y económica, en lo tocante a la Asamblea Nacional Constituyente, pero le preocupaba que dicho proceso pudiera frenar

74 Luis Gerardo Gabaldón y Carla Serrano, “Informalidad, coacción y garantías procesales: percepciones de adolescentes condenados por homicidio”, *Espacio Abierto. Cuaderno Venezolano de Sociología*, Volumen 30 N° 4 (octubre - diciembre) 2021, pp. 53-54.

75 El artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece la creación y función del Comité de los Derechos del Niño, un órgano de expertos independientes encargado de supervisar la implementación de la Convención por los Estados Partes. Este comité examina los informes periódicos presentados por los Estados, formula observaciones y recomendaciones, y puede recibir comunicaciones individuales y estatales sobre presuntas violaciones de los derechos de NNA.

76 Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al estado venezolano en 1999. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2F15%2FAdd.109&Lang=es, consultado en fecha: 18 de junio de 2025.

considerablemente los esfuerzos por dar efecto pleno a la Convención. Por ello y desde entonces, se ha hecho alusión a los grados de coordinación y vigilancia necesarios para garantizar la aplicación de la Convención, ante el temor de que fuesen insuficientes. Durante la *vacatio legis* y poco años después, consta se tomaron algunas medidas que permitieron el establecimiento de los sistemas de protección y penal adolescente establecidos en la LOPNA y se garantizó, no sin esperables fricciones, cierto nivel de participación de organizaciones no gubernamentales durante la fase de arranque de implementación de la ley. Lamentablemente, con rapidez, la historia fue cambiando de rumbo y, en consecuencia, las recomendaciones del Comité han expresado esas preocupaciones.

En el 2007, el Comité⁷⁷ lamentó que no existiera en el país un plan de acción nacional completo dedicado específicamente a NNA y a la aplicación de la Convención y alentó al Estado a que lo elaborara en consulta con los representantes de la sociedad civil, especializados en la esfera de los derechos NNA, con organizaciones de niños y con todos los demás sectores que intervienen en la promoción y protección de los derechos de la niñez. También alentó a que se armonizara a las misiones sociales con el marco institucional de los derechos de NNA, a fin de fortalecer la aplicación de las disposiciones de la Convención y mejorar la evaluación y la transparencia. Y de manera especial, se recomendaba fomentar el diálogo y la cooperación con todas las organizaciones de la sociedad civil, incluidos los Consejos Municipales, las organizaciones de NNA y los demás asociados pertinentes que se ocupan en forma activa y sistemática de los derechos de NNA.

En el ciclo cuyas recomendaciones del Comité se conocieron en el 2014⁷⁸, en cuanto al tema de Políticas y estrategia integrales, señala que el Estado parte no llegó a aprobar el Plan Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (2009-2013) y el Comité reitera su preocupación por el hecho de que el Estado parte todavía no haya aprobado ningún plan de acción integral en favor de la infancia. En ese sentido, se instó al Estado parte que ultimara el Plan Nacional para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (2015-2019) y, sobre la base de ese plan de acción nacional, elaborara una estrategia que incluyera mecanismos para su aplicación, vigilancia y evaluación. Desde entonces, el ministerio con competencia en materia de protección integral de NNA es el

77 Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al estado venezolano en 2007. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FVEN%2FCO%2F2&Lang=es, consultado en fecha: 18 de junio de 2025.

78 Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al estado venezolano en 2014. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FVEN%2FCO%2F3-5&Lang=es, consultado en fecha: 18 de junio de 2025.

Ministerio del Poder Popular del Despacho de la Presidencia y esta alta autoridad pública que tiene a cargo la rectoría del Sistema, no ha presentado públicamente, ninguna Política o Plan Nacional para la Protección Integral de NNA. En consecuencia, el Comité afirma que el Estado parte no ha garantizado en la práctica la debida coordinación de las distintas instituciones que se ocupan de hacer efectivos los derechos de NNA en los planos intersectorial, nacional, estatal y local. Se propuso, pero no ha tenido efecto, que se estableciera un órgano adecuado de alto nivel interministerial, dotado de un mandato claro y de autoridad suficiente, para que coordine todas las actividades relacionadas con la aplicación de la Convención. No había mejorado la falta de claridad sobre el modo en que las misiones están organizadas e integradas en el sistema de protección de la infancia. Sobre asignación de recursos y recopilación de datos han transcurrido los años y tampoco se han apreciado avances por parte de Venezuela.

En materia de justicia penal adolescente, en este mismo ciclo, el Comité ha expresado preocupaciones y recomendaciones clave. Aunque en la reforma de la LOPNNA del 2015 se aumentó la edad de responsabilidad penal, se incluyeron disposiciones preocupantes como: prolongación del período de detención preventiva; incremento de la duración máxima de privación de libertad de 5 a 10 años; ampliación de los delitos castigados con privación de libertad. En cuanto a condiciones de detención, se mantiene la falta de separación sistemática entre adolescentes y adultos en detención preventiva, así como condiciones inadecuadas en centros de internamiento, incluyendo el uso de adiestramiento militar en programas socioeducativos. Ausencia de una policía especializada capacitada para tratar con adolescentes. Recomendando: sustituir medidas punitivas por alternativas como mediación, libertad vigilada y servicios comunitarios; garantizar que la privación de libertad sea el último recurso y por el menor tiempo posible; mejorar las condiciones de reclusión y prohibir el adiestramiento militar en programas socioeducativos; establecer servicios policiales especializados y reforzar mecanismos de denuncia contra abusos policiales.

Desafíos, demandas y propuestas

Hasta aquí la documentación sobre realizaciones, logros y dificultades del trabajo emprendido por la línea de investigación, formación y extensión en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello. Han sido 30 años de trabajo ininterrumpido, haciendo aportes, en términos de generación de conocimientos, fortalecimiento de capacidades y contribuyendo a promover el desarrollo de una cultura cívica de derechos humanos de la niñez. Ante todo, ha sido un período de aprendizajes y desafíos, de diálogo e intercambio de saberes con muy diversos sectores del país, estableciendo alianzas y compromisos para que los derechos de NNA se conviertan en realidades.

Al documentar el extenso y prolífico trabajo realizado es posible reconocer avances muy significativos. En primer lugar, para la academia, al contar con un centro de estudios y de formación que ha logrado desarrollar un enfoque jurídico relativo a la conceptualización y aplicación del enfoque de derechos humanos de la niñez, realizando estudios rigurosos, con metodologías y estrategias que han sido útiles, capaces de responder a necesidades reales. El IIJ se ha instituido como una referencia necesaria en la especialización académica de protección integral de los derechos humanos de la niñez, concebida como una materia especializada, interdisciplinaria, prioritaria para garantizar el acceso a la justicia para todos los NNA. Ante demandas muy complejas y urgentes, la especialización en derechos humanos de la niñez expone claramente unos principios, derechos y criterios de aplicación de la doctrina de DDHH de NNA; de tal manera que al estudiar, difundir y formar en esta especialización, asume plenamente lo que es propio de un centro universitario, promoviendo conocimientos y prácticas útiles a la sociedad, capaces de generar transformaciones jurídicas, sociales, culturales y de las instituciones para que los derechos de la niñez y la adolescencia sean efectivamente garantizados.

En la sociedad venezolana es posible evidenciar cambios culturales y sociales entre los que destaca la amplia aceptación y reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos humanos: a pesar de unas pocas voces retrógradas, la sociedad venezolana afirma los derechos de esta población y reclama su incumplimiento. También es posible reconocer que la población del país está al tanto de la existencia de normativas legales e instituciones responsables de proteger y garantizar derechos a la niñez, entendiendo que existe el mandato legal de brindar protección inmediata y atención especializada, cuando los NNA son víctimas de situaciones de violencia y violación de sus derechos. Resulta posible encontrar variaciones en cuanto al nivel de conocimiento y compromiso con el enfoque de derechos humanos, pero efectivamente, ya no gozan de aceptación o prestigio quienes proponen normas o medidas retrógradas o tutelares.

A pesar de estos logros, se plantean desafíos muy complejos, ante los cuales no se tienen respuestas, sino más bien, incertidumbres y demandas, y el deber de emprender acciones muy urgentes, el primero o principal tiene que ver con la magnitud y gravedad de omisiones y violaciones de los derechos de NNA en la actualidad, pero cuyos antecedentes casi alcanzan una década: el empobrecimiento generalizado de la población, la inseguridad alimentaria, el incumplimiento de garantías de los derechos a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la educación, entre otros, que califican como emergencia humanitaria compleja⁷⁹,

79 “A diferencia de las crisis humanitarias que vienen determinadas por desastres naturales o conflictos armados, las emergencias complejas son fundamentalmente de carácter político.

ha constituido un reto con unas dimensiones tan desafiantes para las cuales la respuesta humanitaria no ha sido suficiente. En este contexto, han aparecido daños, afectaciones y vulneraciones masivas de derechos, inéditas y muy complejas, ante las cuales se ha tenido que responder, contando con recursos muy escasos y con un muy precario desarrollo del Sistema de Protección Integral de NNA que debe actuar para brindar la protección inmediata e integral que se requiere para que cesen las vulneraciones, y garantizar la debida protección a la población que la requiere. En palabras de Susana Raffalli, nutricionista especializada en gestión de la seguridad alimentaria, en emergencias humanitarias y riesgo de desastres, *“la emergencia humanitaria venezolana ha entrado en fase de subregistro y olvido sin soluciones a la vista (...) las emergencias enconadas se instalan en una nación sin pronósticos y eso conlleva a una situación de fatiga”*⁸⁰.

Los principios rectores de la Doctrina de Protección Integral dejan muy claro en qué consiste un desempeño profesional e institucional garantista de los derechos humanos de la niñez: ninguna violación de derechos humanos es admisible, la protección es para todos los niños, niñas y adolescentes sin excluir o discriminar; resulta prioritario fortalecer capacidades de las familias, la institucionalización y el internamiento son medidas que generan daños y truncan el desarrollo humano, la prioridad absoluta es un imperativo para garantizar la protección integral y especializada de esta población. Entre las primeras prioridades prote-

Se trata de crisis humanitarias graves que suelen ser el resultado de una combinación de factores que van desde inestabilidad política, quiebre y fragmentación del Estado, conflictos y violencia, fracaso de políticas de desarrollo, desmoronamiento de la economía formal, desigualdades sociales y pobreza subyacente; que generan grandes impactos sobre la estabilidad cultural, civil, política y económica de las sociedades. También conocidas como “emergencias políticas complejas”, el término empezó a ser utilizado a finales de los años ochenta por las Naciones Unidas para describir el carácter diferenciado de las grandes crisis que han proliferado desde el final de la Guerra Fría. Son complejas porque comprenden tres razones principales. Una multiplicidad de causas, que se encuentran en la interrelación de diversos factores políticos, económicos y socioculturales. Su impacto es de carácter omni-comprendivo, es decir afecta gravemente todos los órdenes de la vida, con un fuerte efecto destructivo y desestructurador. Y por último, requiere de una respuesta internacional basada en un mandato múltiple, que permita actuar en varios frentes, como son la acción humanitaria (incluyendo la provisión de bienes y servicios esenciales para la subsistencia, así como la protección de las víctimas), la diplomacia de alto nivel, o incluso la escolta de la ayuda”. Civilis Derechos Humanos, “Las emergencias humanitarias complejas son de carácter político”, 2017. Disponible en: <https://www.civilisac.org/emergencia-humanitaria-compleja/las-emergencias-humanitarias-complejas-caracter-politico>, consultado en fecha: 22 de junio de 2025.

- 80 Efecto Cocuyo “11 niños venezolanos de cada 100 evaluados presentan desnutrición de moderada a severa, dijo Susana Raffalli”. Disponible en: <https://www.costadelsolfm.org/2025/06/08/11-ninos-venezolanos-de-cada-100-evaluados-presentan-desnutricion-de-moderada-a-severa-dijo-susana-raffalli/>, consultado en fecha: 22 de junio de 2025.

ger con primacía a NNA en situación de vulnerabilidad, no postergar y brindar atención inmediata a la población cuyos derechos están siendo amenazados o vulnerados.

La experiencia del IIJ-UCAB durante 30 años en la garantía de los derechos de NNA permite ofrecer un camino para enfrentar los desafíos actuales, especialmente ante la magnitud y gravedad de las omisiones y violaciones de derechos y los retrocesos generados por las reformas a la LOPNA. Es imperativo actuar para garantizar la restitución de derechos y consolidar el cambio de paradigma de la Doctrina de la Situación Irregular (DSI) a la Doctrina de la Protección Integral (DPI).

A continuación, se presentan propuestas que buscan capitalizar la experticia del IIJ-UCAB en cuatro ejes estratégicos:

4.1 Fortalecimiento de la generación de conocimiento y evidencia para la toma de decisiones

Esta propuesta integra y expande la necesidad de generar datos confiables y realizar investigaciones especializadas sobre vulneraciones de derechos. La experiencia del IIJ en combinar metodologías cuantitativas, cualitativas y mixtas, y su enfoque socio-jurídico, aplicado y multidisciplinario, son cruciales para:

- Desarrollar sistemas de información y monitoreo robustos sobre la situación de los derechos de la niñez: Superar la deuda en la recopilación de datos actualizados y desagregados por edad, sexo y territorio. Esto es fundamental para identificar tendencias, causas de mortalidad, tipos de violencia (física, psicológica, sexual), número de denuncias, y la efectividad de las medidas de protección. La UCAB tiene las condiciones para coordinar acciones con instituciones públicas y privadas para recabar estos indicadores.
- Investigar las vulneraciones de derechos emergentes y complejas con base en evidencia: profundizar en el conocimiento sobre realidades que afectan masivamente a NNA y familias, como la niñez en movilidad y NNA separados de sus familiares por migración; la exclusión escolar, el acoso escolar en redes sociales; la tortura y trato cruel contra NNA; los adolescentes detenidos arbitrariamente y procesados penalmente; la trata de personas, y la violencia sexual contra NNA. El IIJ ya ha realizado estudios relevantes en estas áreas, como los relacionados con NNA privados de libertad, actuación policial y acceso a la justicia para niñas.
- Evaluar la implementación de programas y políticas públicas existentes: realizar análisis de datos recabados por programas y servicios, así como el seguimiento de proyectos o medidas adoptadas para estimar su impacto.

4.2 Fortalecimiento de capacidades y formación especializada para la Protección Integral

Esta propuesta consolida las ideas sobre formación y asesoría, aprovechando el legado del IJ y su rol en la capacitación de operadores en la nueva doctrina. Es una respuesta directa a la necesidad de construir una “nueva cultura política y ciudadana” frente a los retrocesos institucionales:

- Diseñar y ofrecer programas de formación continua y especializada en DPI: Dirigidos a funcionarios públicos (judiciales, administrativos, policiales), profesionales (abogados, docentes, trabajadores sociales, psicólogos), organizaciones de la sociedad civil, y comunidades educativas. Esto incluye diplomados, especializaciones, y cursos específicos como los de actuación policial dirigida a NNA, prevención de la violencia escolar y promoción del buen trato, y formación para Consejeros y Defensores de NNA.
- Asesorar a autoridades locales para el desarrollo de sistemas de protección descentralizados y participativos: reforzar las capacidades de Alcaldías, Consejos Municipales de Derechos de NNA (CMDNNA) y otras autoridades públicas en la formulación y desarrollo participativo de planes y programas de protección a NNA. Esto es crucial para revertir la centralización y estatización impuesta por las reformas de la LOPNA, que han disminuido la autonomía de los órganos de protección.
- Desarrollar y difundir protocolos y normas especializadas para la atención de NNA víctimas de violencia: basándose en la experiencia de creación de “Normas de actuación policial dirigidas a NNA”, el IJ puede liderar la elaboración de directrices que garanticen una respuesta integral y respetuosa de los derechos humanos de NNA en situaciones de vulnerabilidad.
- Formar a las comunidades educativas para una convivencia escolar inclusiva: promover el desarrollo de habilidades sociales, gestión emocional, y la construcción participativa de normas, así como la identificación y cuestionamiento de conductas discriminatorias. El IJ ya ha participado en proyectos de Convivencia Democrática en centros educativos.

4.3 Incidencia política y desarrollo normativo estratégico

Reconociendo el papel histórico del IJ en la adecuación legislativa y su participación activa en el movimiento social por los derechos de NNA, esta propuesta se enfoca en la influencia sobre el marco legal y las políticas públicas:

- Liderar proyectos legislativos que respondan a demandas urgentes y revertan los retrocesos normativos: Utilizar la experticia del IJ para reimpulsar el modelo de corresponsabilidad Estado-Sociedad, la descentralización, la autonomía y el

enfoque interinstitucional del Sistema de Protección. Se debe buscar una solución a la ambigüedad sobre la autoridad competente en materia penal adolescente y la privatización de funciones estatales.

- Fortalecer la incidencia ante organismos nacionales e internacionales: mantener el rol activo del IIJ-UCAB, a través de la Red por los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes (REDHNNA), en la elaboración y consignación de informes alternativos ante el Comité de los Derechos del Niño de la ONU y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Esto permite visibilizar el incumplimiento de la Convención y plantear las preocupaciones sobre la ausencia de un plan de acción nacional integral para la infancia.

4.4 Innovación y participación activa de NNA y la sociedad

Esta propuesta fusiona el desarrollo tecnológico con la promoción de la participación infantil, un pilar de la DPI que el IIJ ha impulsado:

- Desarrollar plataformas digitales para la generación, análisis y difusión de conocimientos en derechos de NNA: aprovechar las tecnologías para ampliar el alcance de la formación (modalidades no presenciales), la divulgación de investigaciones, y la promoción, defensa y denuncia de violaciones de derechos humanos. Esto permite superar las limitaciones de recursos y geográficas.
- Fortalecer el derecho de opinión y participación de NNA en todos los ámbitos de su vida: a través de proyectos que garanticen que NNA sean oídos en centros educativos, instituciones donde sus derechos puedan ser afectados, y especialmente en programas socioeducativos. El IIJ tiene experiencia en metodologías que pulsan las opiniones de NNA para informes y propuestas. Este es un paso fundamental para considerar a los NNA como sujetos de derechos y ciudadanos, y no solo como objetos de protección.
- Promover la participación ciudadana y las alianzas estratégicas para la protección de la niñez: reconectar con el espíritu original de la ley que otorgaba a la sociedad un lugar protagónico. La experiencia del IIJ en alianzas con organizaciones como CECODAP, REDHNNA y a nivel regional, con RCS, es un modelo a seguir para la construcción colectiva de instituciones, servicios y programas, dentro y fuera del país.

4.5. Articulación con diversos centros de estudio para el desarrollo de investigaciones interdisciplinarias y favorecer iniciativas de cooperación interuniversitaria

- La protección de la infancia requiere ser promovida con una perspectiva integral, y para ello se requiere del desarrollo de contribuciones de diferentes dis-

ciplinas, del intercambio y el diálogo con especialistas de diversos campos en un trabajo en equipo que trascienda lo específico de cada actuación profesional. Mientras no se incorpore la formación en derechos humanos de la niñez en los currículos de formación de educadores, trabajadores sociales, psicólogos, pediatras, entre otros especialistas, será incipiente y de precaria calidad la actuación de los profesionales. Además, la investigación no puede ser limitada a enfoques sectoriales.

- Los estudios, proyectos y formaciones desarrolladas por el IIJ no se han restringido al campo jurídico, sino que han contado con la participación y liderazgo de profesionales de la sociología, psicología, trabajo social, educación, entre otros especialistas. Buena parte de los estudios califican como interdisciplinarios porque es necesario asegurar la calidad e integralidad de las respuestas que se proponen. Muy específicamente, en temas como actuación policial con NNA, violencia contra NNA, niñez víctima de explotación, acoso escolar, entre otros, los criterios de calidad para el análisis, interpretación y propuestas de solución, no se han limitado a la aplicación de medidas de naturaleza legal o de normativas institucionales, sino que el enfoque y la práctica propuesta por el IIJ ha evidenciado lo fructífero y apropiado de la conceptualización y propuestas de naturaleza interdisciplinaria. Se enfatiza entonces la prioridad de propiciar el encuentro, el trabajo conjunto, el diálogo, los debates e intercambios entre perspectivas y enfoques, que incluso puedan percibirse como distantes o contrastantes, pero todos necesarios para comprender y poder responder a la complejidad de las situaciones que vulneran los derechos humanos de la niñez.

Conclusión

Los casi 30 años de labor ininterrumpida del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la UCAB, primero como CIJ, en el campo de los derechos de niños, niñas y adolescentes, constituyen un legado invaluable en la historia jurídica y social de Venezuela. Desde el momento en que asumió el trascendente encargo de adecuar la normativa interna a la Convención sobre los Derechos del Niño, el Instituto se erigió como un actor clave para impulsar la transformación que significó el paso de la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de la Protección Integral.

El Anteproyecto de la LOPNA en 1997, fruto de un proceso profundamente democrático y participativo en el que se consultó a múltiples sectores y a los propios NNA, no solo se convirtió en ley, sino en un pilar para el reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos y para la consolidación de un movimiento social en su defensa. La UCAB, a través del CIJ/IIJ, estuvo “a la altura de lo que

el momento histórico demandaba”, convirtiéndose en referente y escuela para generaciones de promotores, defensores y activistas.

A lo largo de estas décadas, el IIJ ha demostrado un compromiso constante y una notable capacidad de adaptación, desplegando una labor multifacética en docencia, investigación y extensión universitaria. Desde la formación de operadores y la asesoría en la creación de los Sistemas de Protección y Penal Adolescente, hasta la producción de conocimiento riguroso sobre la implementación de la ley y las vulneraciones de derechos, y la incidencia activa en redes nacionales e internacionales para la exigibilidad de garantías ante organismos como el Comité de los Derechos del Niño (ONU) y a nivel regional, en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Sin embargo, el camino no ha estado exento de desafíos y escollos. Las reformas legislativas de la LOPNA en 2007 y 2015, caracterizadas por una visión centralizadora y una falta de diagnóstico técnico, han significado retrocesos importantes, afectando la efectividad de la institucionalidad prevista en la ley y generando preocupación en el Comité de los Derechos del Niño. La compleja emergencia humanitaria que atraviesa Venezuela plantea desafíos inéditos, exigiendo una respuesta urgente y especializada.

El IIJ-UCAB, consciente de su rol ha reafirmado su compromiso con la vigencia plena de la Doctrina de la Protección Integral en el país. Como institución académica, sus aportes en la generación de datos confiables, investigación especializada en problemáticas emergentes, promoción de la participación de NNA, desarrollo de protocolos y formulación de proyectos legislativos se vuelve más imperativa que nunca.

Mirando hacia el futuro, la adopción de plataformas digitales y nuevas tecnologías amplía las posibilidades de la academia para difundir conocimientos, potenciar la formación, y fortalecer alianzas a escala nacional e internacional. El IIJ-UCAB continuará siendo un bastión en la lucha por los derechos humanos de la niñez, trabajando incansablemente para que los principios de dignidad, prioridad absoluta y protección integral se conviertan en realidades tangibles para cada niño, niña y adolescente en Venezuela, sin importar las complejidades del contexto. El legado de estos 30 años es el cimiento sobre el que se construye el compromiso por los próximos años. El IIJ-UCAB ya ha demostrado que la academia puede ser motor de cambio social. No solo se celebra el camino recorrido, sino se asume el reto de innovar, investigar y promover políticas públicas que respondan a las realidades cambiantes de la infancia venezolana. Así, el IIJ-UCAB se proyecta como un referente dispuesto a la construcción de una sociedad más justa, inclusiva y respetuosa de los derechos de las nuevas generaciones.

Como reflexiones finales y a modo de cierre crítico es posible afirmar que, a pesar de las contribuciones realizadas desde el espacio académico, el balance que podemos presentar es más bien desalentador advirtiéndolo enorme del esfuerzo por realizar. Ciertamente son evidentes los cambios y logros alcanzados, pero el contacto permanente con las realidades de la situación de la niñez y la adolescencia indican que resultan precarios e incipientes los avances y aportes realizados, dada la magnitud del desafío que implica garantizar la protección integral de la niñez y la adolescencia en nuestro país. Se ha trabajado mucho y en diversas áreas, empleando criterios y enfoques apropiados, promoviendo articulación, apoyando el fortalecimiento de capacidades. No obstante, han surgido manifestaciones de violencia contra NNA inéditas, muy complejas, que nunca antes conocimos y se han profundizado las situaciones de vulneración de derechos. En los últimos años se evidencian actuaciones del Estado y situaciones de negligencia y violencia intrafamiliar, que constituyen graves violaciones de derechos, son hechos que ocurren y escalan por omisión, ante la ausencia de una institucionalidad pública garantista. En el contexto de la emergencia humanitaria compleja, los daños, afectaciones y vulneraciones masivas de derechos han tenido unas dimensiones muy retadoras, para las cuales nunca se tuvo la preparación apropiada o necesaria. Se ha podido responder, pero en forma limitada, con recursos muy escasos y con un muy precario desarrollo del Sistema de Protección Integral de NNA que debería actuar para brindar la protección inmediata e integral que se requiere.

En este contexto es muy relevante el papel que puede y debe cumplir la academia, desde muy diversos ámbitos, resulta imperativo actuar y no ser testigos silentes y pasivos. Se debe tener presente el aporte del conocimiento especializado y la fortaleza de contar con equipos que cuentan por personal no solo calificado, sino comprometido a presentar propuestas y a favorecer el desarrollo de iniciativas y respuestas inclusivas, justas e innovadoras para que sea posible un Estado social de justicia y de garantía de derechos para todos los NNA.

El desarrollo humano de un país debería ser medido por las condiciones de vida y la calidad con la que garantiza los derechos de todos sus NNA, sin ningún tipo de discriminación. La excelencia académica debería ser examinada con base a sus contribuciones para generar conocimientos, desarrollar prácticas y aplicar soluciones pertinentes, inclusivas y éticas que puedan ser utilizadas por las sociedades y las instituciones para ser cada vez más justas, equitativas y corresponsables del cuidado y protección integral de la infancia, como el máspreciado bien común.

Referencias

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. “Resolución 44/25”, Convención Sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.
- BUAIZ, Yuri. “Introducción a la Doctrina para la Protección Integral de los Niños”, *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000.
- CASAL, Jesús; SERRANO, Carla; CUEVAS, María; INNECO, María; LEHMANN, Aura; MOYA, Eumelis; ALARCÓN, María; BERRÍOS, Juan. *Diagnóstico sobre el acceso a la justicia en Venezuela: experiencias en Caracas y Guayana*, Facultad de Derecho UCAB, Caracas, 2023.
- CECODAP. “12 adolescentes y jóvenes venezolanos relataron el impacto de la suspensión del programa de órganos ante la CIDH”. Disponible en: <https://cecodap.org/12-adolescentes-y-jovenes-venezolanos-relataron-el-impacto-de-la-suspension-del-programa-de-organos-ante-la-cidh/>, consultado en fecha: 20 de junio de 2025.
- CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Plan de trabajo para la reforma de los reglamentos internos de los Centros Educativos de la Zona de Caracas de Fe y Alegría, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998.
- CIVILIS DERECHOS HUMANOS. “Las emergencias humanitarias complejas son de carácter político”, 2017. Disponible en: <https://www.civilisac.org/emergencia-humanitaria-compleja/las-emergencias-humanitarias-complejas-caracter-politico>, consultado en fecha: 22 de junio de 2025.
- COMBELLAS, Ricardo. “El proceso constituyente y la Constitución de 1999”, *Politeia*, núm. 30, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2003.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al estado venezolano en 1999. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2F15%2FAdd.109&Lang=es, consultado en fecha: 18 de junio de 2025.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al estado venezolano en 2007. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FVEN%2FCO%2F2&Lang=es, consultado en fecha: 18 de junio de 2025.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al estado venezolano en 2014. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2FVEN%2FCO%2F3-5&Lang=es, consultado en fecha: 18 de junio de 2025.

- CORNIELES, Cristóbal (Coordinador). “Los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: una aproximación general”. Primer año de vigencia de la LOPNA. Segundas jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001.
- CORNIELES, Cristóbal. *Manual básico para Consejeros de Protección del Niño y del Adolescente*, Cuaderno Docente N° XX, Universidad Católica Andrés Bello, CIJ, Caracas, 2002.
- CORNIELES, Cristóbal. *Régimen jurídico especial de los Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores*, Cuaderno Docente N° 8, Universidad Católica Andrés Bello, CIJ, Caracas, 2006.
- CORNIELES, Cristóbal; CAPRILES, Ruth. *Niños y Adolescentes privados de libertad. Evaluación socio-jurídica*, Universidad Católica Andrés Bello, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 1997.
- CUEVAS, María; SERRANO, Carla; MOYA, Eumelis; RANGEL, Clavel. *Dinámicas de trata de personas, especialmente las que victimizan a niños, niñas y adolescentes, en Gran Caracas y estado Bolívar*, Universidad Católica Andrés Bello, IIJ-CDH, Caracas, 2019. Disponible en: <https://observatoriodeviolencia.org.ve/news/dinamicas-de-trata-de-personas-especialmente-la-que-victimiza-a-ninos-ninas-y-adolescentes-en-gran-caracas-y-estado-bolivar/>, consultado en fecha: 20 de junio de 2025.
- DE COLIMA, Inge; CARTAYA, José Luis; MORAIS, María. *Sistematización del proceso de reforma de la LOPNA. Informe final de investigación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UCAB, Caracas, 2008.
- DeMAUSE, Lloyd. “Capítulo 1”, *La evolución de la Infancia*, The Psychohistory Press, New York, 1974.
- EFEECTO COCUYO, “11 niños venezolanos de cada 100 evaluados presentan desnutrición de moderada a severa, dijo Susana Raffalli”. Disponible en: <https://www.costadelsolfm.org/2025/06/08/11-ninos-venezolanos-de-cada-100-evaluados-presentan-desnutricion-de-moderada-a-severa-dijo-susana-raffalli/>, consultado en fecha: 22 de junio de 2025.
- GABALDÓN, Luis Gerardo; SERRANO, Carla. “Feminidad y control de Adolescentes violentos”, *Espacio Abierto*. Cuaderno Venezolano de Sociología, Volumen 31 N° 4, 2022.
- GABALDÓN, Luis Gerardo; SERRANO, Carla. “Informalidad, coacción y garantías procesales: percepciones de adolescentes condenados por homicidio”, *Espacio Abierto*. Cuaderno Venezolano de Sociología, Volumen 30 N° 4, 2021.

- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, Mary (Compiladores). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Editorial Temis - Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá – Buenos Aires, 1998.
- GÓMEZ, Gonzalo. *Situación de los Derechos de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en Venezuela. Marco de referencia conceptual*: Convención de los Derechos del Niño, Fundación Instituto de Capacitación e Investigación Funda ICI, 1997.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Plan Municipal para la Protección Integral a la Niñez y la Adolescencia del Municipio Sucre del Estado Bolivariano de Miranda, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UCAB. “Informes de Gestión”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2010-2011.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UCAB. “Informes de Gestión”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011-2012.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UCAB. “Informes de Gestión”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012-2013.
- LACSO Universidad Central de Venezuela - International Development Reserch Center (IDRC). “Instituciones y ciudades Seguras e Incluyentes en Venezuela. Caso Petare: ¿La LOPNNA una Ley Alcahueta?”. Estudio que forma parte de la investigación Institucionalidad para Ciudades Seguras e Incluyentes en Venezuela, 2014-2015.
- LAFONTANT, Grace. “Por la protección de niños y adolescentes: renovado convenio UCAB-CECODAP”, El Ucabista. Disponible en: <https://elucabista.com/2024/10/17/por-la-proteccion-de-ninos-y-adolescentes-renovado-convenio-ucab-cecodap/>, consultado en fecha: 1 de junio de 2025.
- MARTÍNEZ, Delia. Programas socio educativos. Oportunidades para adolescentes en conflicto con la ley penal, Cuaderno Docente N° 7, Universidad Católica Andrés Bello, CIJ, Caracas, 2006.
- MORAIS, María. “Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas al Decano de la Facultad de Derecho”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1997.
- MORAIS, María. “Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas al Decano de la Facultad de Derecho”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1999.
- MORAIS, María. “Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas al Decano de la Facultad de Derecho”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000.
- MORAIS, María. “Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas al Decano de la Facultad de Derecho”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2004.
- MORAIS, María. “Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas al Decano de la Facultad de Derecho”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.

- MORAIS, María. “Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas al Decano de la Facultad de Derecho”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.
- MORAIS, María. “Informe del Centro de Investigaciones Jurídicas al Decano de la Facultad de Derecho”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008.
- MORAIS, María (Coordinadora). IX Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente: La Reforma, Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2008.
- MORAIS, María; SERRANO, Carla. Ajuste y validación de la Planilla de Registro Estadístico Nacional de casos de amenaza o violación de Derechos a Niños, Niñas y Adolescentes en los Consejos de Protección, Universidad Católica Andrés Bello, IJJ, Caracas, 2007.
- MORAIS, María; SERRANO, Carla; TRAPANI, Carlos. *Los Derechos de los Niños y Niñas hijos de madres Privadas de Libertad*, Universidad Católica Andrés Bello, IJJ, Caracas, 2007.
- NÚÑEZ, Jaiber; SERRANO, Carla; TRAPANI, Carlos; MARCANO, Vanessa. “La constitucionalización de la Convención sobre los Derechos del Niño en Venezuela”, *La Constitucionalización de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina*, Editorial Tirant Lo Blanch, Ciudad de México, 2023.
- PERDOMO, Gloria. *Violencia en las Escuelas*. Temas de Formación Sociopolítica N° 48, Fundación Centro Gumilla -Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.
- PERDOMO, Gloria y CHÁVEZ, Daniel. “¿Son las colas un procedimiento garantista del derecho de niños y niñas a un nivel de vida adecuado?”. *Revista de la Facultad de Derecho* N° 72, pp. 166 - 183. ISSN: 0255-5328. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2018. Disponible en línea: <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/view/4140/3499>, consultado en fecha: 26 de junio de 2025.
- PERDOMO, Gloria; SERRANO, Carla. “El derecho de opinión de los Niños, Niñas y Adolescentes en el Circuito Judicial de Protección de Caracas”, *Estudios sobre Derecho de la Niñez y Ensayos Penales. Libro homenaje a María Gracia Morais*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.
- PERDOMO, Gloria; TRAPANI, Carlos; SERRANO, Carla (Coordinadores). *Escenarios de la violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes*. X jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2010.
- QUIJADA, Laurence. “Avances, tropiezos y desafíos en la implementación de la LOPNA desde el Poder Judicial”, Primer año de vigencia de la LOPNA. Segun-

das jornadas sobre la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001.

RED DE COALICIONES SUR. “Integrantes”. Disponible en: <https://www.redcoalicionesur.org/integrantes/>, consultado en fecha: 11 de junio de 2025.

REDHNNA. Examen Periódico Universal, Consejo de Derechos Humanos ONU, 2017-2021. Disponible en: <https://www.redhnna.org/examen-periodico-universal-universal-periodic-review>, consultado en fecha: 20 de junio de 2025.

REDHNNA. Informe alternativo al tercero, cuarto y quinto informe presentado por el Estado Venezolano ante el Comité de los Derechos del Niño, 2013. Disponible en: <https://www.redhnna.org/informes/informe-alternativo-al-tercero-cuarto-y-quinto-informe-presentado-por-el-estado-venezolano-ante-el-comite-de-derechos-del-nino-octubre-2013>, consultado en fecha: 19 de junio de 2025.

REDHNNA. Informe alternativo ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos civiles y políticos de la niñez y adolescencia en Venezuela. Disponible en: <https://www.redhnna.org/informes/informe-alternativo-ante-el-comite-de-derechos-humanos-de-naciones-unidas-sobre-la-situacion-de-los-derechos-civiles-y-politicos-de-la-ninez-y-adolescencia-en-venezuela>, consultado en fecha: 22 de junio de 2025.

REDHNNA. Informe alternativo ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos de la niñez y adolescencia en Venezuela. Disponible en: <https://www.redhnna.org/informes/informe-alternativo-ante-el-comite-derechos-economicos-sociales-y-culturales-de-naciones-unidas-sobre-la-situacion-de-los-derechos-de-la-ninez-y-adolescencia-en-venezuela>, consultado en fecha: 22 de junio de 2025.

REDHNNA. “Quiénes somos”. Disponible en: <https://www.redhnna.org/nosotros>, consultado en fecha: 17 de junio de 2025.

SERRANO, Carla. *Adecuación de la legislación venezolana a la Convención Internacional Sobre Los Derechos del Niño*. Actualización (julio 1997-octubre 1998), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998.

SERRANO, Carla. *Convivencia Escolar. Estudio de caso: Escuela Técnica Industrial San José Obrero* (ETI-SJO), Fe y Alegría. Antímano, municipio Libertador, Distrito Capital, Venezuela, IIJ-UCAB, Caracas, 2020.

SERRANO, Carla. “Funcionamiento de los Consejos de Protección del Niño y del Adolescente. Estudio de casos en el 2004”, *Quinto año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. VI jornadas sobre la LOPNA*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.

- SERRANO, Carla. *La Fundación Mi Familia desde la perspectiva de sus integrantes. Experiencia de funcionamiento de un programa que ejecuta medidas de colocación familiar y abrigo*, Universidad Católica Andrés Bello, IIJ, Caracas, 2007.
- SERRANO, Carla. *Sistematización del Proceso Legislativo. Adecuación de la legislación venezolana a la Convención Internacional Sobre Los Derechos del Niño (noviembre 1989-julio 1997)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1997.
- SERRANO, Carla; MORAIS, María. *Implementación y Funcionamiento de la Sección de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas*, Universidad Católica Andrés Bello, CIJ, Caracas, 2003.
- SERRANO, Carla; GABALDÓN, Luis Gerardo. “El homicidio a través del relato de victimarios adolescentes”, *Homicidio, riesgo, significado y castigo*, Abediciones UCAB, Caracas, 2020.
- SERRANO, Carla; PERDOMO, Gloria. “La LOPN(N)A en tiempos de Socialismo del siglo XXI en Venezuela”, *20 años del Socialismo del siglo XXI*, Abediciones UCAB, Caracas, 2021.
- SERRANO, Carla; PERDOMO, Gloria “La perspectiva de niños, niñas y adolescentes sobre el sistema judicial y la violencia armada: Un estudio cualitativo”. *Revista de la Facultad de Derecho* N° 72, pp. 132- 165, ISSN: 0255-5328. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2018. Disponible en: <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/view/4139/3498>, consultado en fecha: 26 de junio de 2025.
- SERRANO, Carla; PERFETTI, Erna. “Implicaciones en la instrumentación del juicio educativo previsto en la LOPNA”, VII jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.
- TRAPANI, Carlos. *Cumplimiento de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes hospitalizados*, Universidad Católica Andrés Bello, IIJ, Caracas, 2008.
- TRAPANI, Carlos. *Herramientas de evaluación para la implementación de las Directrices de Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidado en Aldeas Infantiles SOS Venezuela*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014.
- VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860, diciembre 1999.
- VENEZUELA. Decreto N° 8.266, oficializa la creación del Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario en Venezuela. Gaceta Oficial N° 39721, 2011.
- VENEZUELA. Viceministerio para la Suprema Felicidad Social del Pueblo. Gaceta Oficial N° 40.280, 2013.

- VENEZUELA. Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Gaceta Oficial N° 5266, 2 de octubre de 1998.
- VENEZUELA. Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente. Gaceta Oficial N° 5859 Extraordinario, 10 de diciembre de 2007.
- VENEZUELA. 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.
- VENEZUELA. Consejo Nacional de Universidades. Resolución N° 074. Transformación del Centro de Investigaciones Jurídicas en Instituto de Investigaciones Jurídicas. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.651, 23 de marzo de 2007.
- VENEZUELA. Instituto Nacional del Menor. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2303 Extraordinario, 1° de septiembre de 1978.
- VENEZUELA. Resolución N° 334 de fecha 20 de diciembre de 2011, mediante la cual se dictan las Normas sobre la Actuación Policial cuando esté dirigida a Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.824, 20 de diciembre de 2011.

DERECHO INTERNACIONAL

La deconstrucción Internacional y el Derecho Penal del Enemigo. Guerra híbrida, «Lawfare», y «macrocriminalidad» en el siglo XXI

Prof. Dr. Asdrúbal Aguiar¹

El texto del presente ensayo², ampliamente revisado y actualizado, es mi homenaje al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, en su 50° aniversario. Fui su coordinador fundador bajo la dirección de la eminente profesora Tatiana Bogdanowsky de Maekelt, su creadora y referencia obligada en los campos del derecho internacional privado y comparado. Era decano de la facultad de derecho el profesor Alfredo Morles Hernández. Entonces me iniciaba como profesor de carrera e investigador en la señalada Superior Casa de Estudios bajo el rectorado del doctor Guido Arnal Arroyo, luego de mis primeros pasos como docente en el IESA (Instituto de Estudios Superiores de Administración) y de haber participado en la fundación del Instituto de Altos Estudios de América Latina de la Universidad Simón Bolívar, cuya consultora jurídica era la profesora Maekelt. Todos han fallecido. A ellos les rindo merecido tributo y mi permanente gratitud.

“En sus primeros escritos encontramos ya las investigaciones... sobre los orígenes y la definición de soberanía – sus orígenes en las guerras religiosas europeas – así

- 1 El autor, abogado y Mg.Sc. por la Universidad Central de Venezuela, doctor en derecho *summa cum laude* por la Universidad Católica Andrés Bello y doctor *honoris causa* por la Universidad del Salvador de Buenos Aires, es secretario general del Grupo IDEA. Fue juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y es miembro de la Real Academia Hispanoamericana de Ciencias, Artes y Letras de Cádiz, de las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas y de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de la Academia Perolitana de Messina, y de la Academia de Mérida.
- 2 El texto original, con el nombre “El régimen de la mentira judicial y la deconstrucción del sistema jurídico internacional. Guerra híbrida y lawfare en el siglo XXI”, hace parte de nuestro libro *El derecho internacional y su deconstrucción en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2024, con prólogo del profesor Diego Valadés.

como las características de la definición de hostilidad y del estado de emergencia... En lugar de la guerra entre Estados regulada legalmente y dirigida por ejércitos regulares, Schmitt ahora mira hacia el surgimiento de la figura del partisano, que busca una guerra híbrida anticolonial, civil y de clases". Howard Caygill, On Resistance. A Philosophy of Defiance, London, 2013.

Preliminar

Escribe Platón sobre lo que admira, a saber, todo aquél quien sobre un fondo de verdad teje un espléndido bordado de su cosecha, fantasea a partir de cosas o hechos vividos a diferencia de quienes se refieren a hechos o a cosas indiscutidas, pero las presentan a la luz de sus intereses, o sea, manipuladas. A estos, que les llamaría historiadores el fundador de la academia de Atenas según su intérprete, les calificaría de traductores esclavos de sus opiniones restándoles crédito a diferencia del creador libre³. Vería a la novela, así, como una expresión sublime de la experiencia literaria.

Mas ocurre algo distinto cuando la realidad es otra, como la que denuncia Luciano refiriéndose a quienes extienden la mentira bajo el manto de la verdad; justamente para destacar lo que él mismo hace con sus *Relatos verídicos*. Con giro socrático deliberado admite que “sólo digo una verdad, la de que miento”, con un propósito noble como el hacer viajar al lector a través de mentiras para volverlo exigente en su mirada⁴; para que se tropiece con la verdad.

En otras palabras, tal como acontece con el mito entre los griegos. Sirven para hablar de manera figurada o metafórica sobre esas otras verdades que adquieren dignidad, a pesar de la mentira que parecen decir y a fin de estimular a que se mire y se sienta al mundo con otros ojos; para descubrir en este lo que importa y es valioso, lo que nos ayuda a mejor regular nuestras limitaciones personales⁵.

Filoctetes, durante la guerra de Troya, quien se encuentra herido y le persuade con mentiras Odiseo – este, ante aquél, se le presenta como ejecutor de la voluntad de Zeus – para que vuelva a combatir como al término lo hace y mata con su flecha a Paris, repara en que “la mentira no realiza la voluntad divina, sino que falsea a los mismos dioses, en tanto se los pone como excusa para el engaño”⁶.

3 Diálogos VI, *Estudio preliminar de Teaitetos*, por Juan B. Bergua, Madrid, 1960.

4 Hualde y Sanz, *La literatura griega y su tradición*, Madrid, 2008.

5 Gonzáles y Romero, *Claves para la lectura del mito griego*, Madrid, 2021.

6 Gastaldi y Gambón, *Sofística y teatro griego*, UNS, 2006.

Esto último es, exactamente, lo que hace el fascismo contemporáneo – desde la acera neomarxista y las derechas extremas – y que bien describe Piero Calamandrei (1889-1956) como sufriente que fue de lo ocurrido en la Italia bajo Benito Mussolini. Su texto seminal⁷ sobre el régimen de la mentira, cuyos párrafos repito con ánimo renovado por la actualidad de su crónica para el Occidente que emerge a partir de 1989, reza así:

“La mentira política, que puede ocurrir en todos los regímenes al corromperse o degenerar, en el fascismo se la asume de forma sistemática como instrumento normal y fisiológico del gobierno”, precisa don Piero. Luego agrega la esencia de lo que ausculta: “Es algo más profundo, más complicado, y más turbio que la mera ilegalidad... es el régimen de la indisciplina autoritaria, de la legalidad adulterada, de la ilegalidad legalizada, del fraude constitucional”.

Fidel Castro y el final del comunismo

Este proemio, necesario como astrolabio de las páginas siguientes es útil para diseccionar el discurso de Fidel Castro de 26 de julio de 1989, dicho en la Plaza Mayor de Camagüey a menos de cuatro meses de cristalizar el fracaso comunista o socialismo real, simbolizado en la caída del Muro de Berlín. Es el punto de inflexión que marcará para lo sucesivo el «quiebre epocal»⁸, al coincidir con la emergencia de las revoluciones posmodernas, la de lo digital y la inteligencia artificial, en un contexto el que dominará la dictadura del relativismo⁹: se la llamará, desde China, *Era de los embusteros* (2020), a tenor de la obra ya célebre de Liu Zhenyun. Las primeras carillas de Castro, que suman casi un centenar de párrafos, hacen dudar del autor y del objeto al que se refiere, pues mejor calzan con la realidad del primer mundo y este, en una suerte de esquizofrenia intelectual, las extrapola a la Cuba que gobierna.

Pasa a los anuncios –tras 30 años de revolución– que son promesas al boleo e hiperbólicas situando la ominosa realidad que padecen quienes le escuchan, en los predios del siglo XXI. Les habla de la transición verde que ya percibe en Cuba y es consigna entre los causahabientes del fracaso marxista: “Planteamos, incluso, la idea de aprovechar el estiércol de la enorme masa ganadera que estará alrededor de la ciudad – la que aún no come carne porque no le llega – para convertirlo en humus”, dice. Y afirma que construirá allí donde perora 200 vaquerías por año.

7 Piero Calamandrei, *Il fascismo come regime della menzogna*, 2014.

8 Véase nuestro libro, *El quiebre epocal y la conciencia de nación*, IDEA, 2023.

9 En la Santa Misa de inicio del Cónclave que debía elegir el sucesor de Juan Pablo II, el 18 de abril de 2005, el cardenal Ratzinger, como Cardenal Decano, describió así la cultura dominante del mundo que encontraría en su Pontificado el nuevo Sucesor de Pedro.

Finalmente se pregunta, ante su audiencia, a la que desprecia sometiéndola a la dialéctica de sus engaños, lo más insólito y dada su deliberada pérdida de contacto con la realidad: “Quisiera saber si en Estados Unidos, por ejemplo, hay alguna unidad que se asemeje a esta; quisiera saber si en Europa, si en Francia, si en Holanda hay un tipo de organización integral de la producción de magnitud que se semeje a esta”. Se refiere, justamente, a la no que no existe y es la obra de su delirio: “Se está construyendo el más grande centro lechero del mundo”, en Camagüey.

Al ir concluyendo, de vuelta a lo inevitable, le hace saber al pueblo reunido lo que este sabe y a diario le rasga sobre la piel: “A pesar de la sequía, cuyos daños serían realmente incalculables, esperamos mantener un nivel decoroso de producción azucarera [Cuba es azúcar, nada más]..., aunque, desde luego, mucho dependerá de lo que llueva en la parte final de este mes”, agrega.

Acepta Castro, no obstante, que en la isla “vivimos un momento especial dentro del movimiento revolucionario mundial”. Hay dificultades, dice, no sin quejarse del problema mayor para él y que mucho le irrita, “la euforia del imperialismo, la posición triunfalista del imperio”. Habla de las dificultades en Polonia y en Hungría, planteando, desde entonces, un dilema: “Hay dos tipos de comunistas”, “los que pueden dejarse matar fácilmente, ¡y los comunistas que no nos dejamos matar fácilmente”, señalándose a sí.

Intima a Bush padre, presidente norteamericano, quien, a juicio del mismo Castro, cree que se desintegra el socialismo y por llevar –afirma– una política de guerra “contra los pequeños pueblos progresistas”, entre los que suma a su heroica Cuba. “¡Cuba y la Revolución Cubana resistirán! Lo digo, y lo digo con calma, con serenidad y con toda la sangre fría del mundo ... Nosotros no bromeamos”, en su sentencia.

Las narrativas del Foro de São Paulo y el Grupo de Puebla

He aquí, entonces, lo relevante con vistas al emergente relativismo cultural y el carácter sistemático que desde entonces adquiere la mentira, con efectos globales y en el plano de lo social y de la política, afectándose al Estado Derecho y la justicia, en lo interno e internacional.

Desde el año anterior, este gran mentiroso de la historia del siglo XX que es Castro se planteaba “la transición socialista”. Hablan los suyos de la “rectificación de errores y tendencias negativas”. Mas la aporía no les abandona, pues la mentira sigue siendo el gran vector ideológico. Y es cuando afirman los tecnócratas del castrismo que “la voluntad y la acción organizada socialista en el poder tienen que abrirse paso mediante combinaciones de elementos del modo capitalista...

y de elementos de un nuevo modo de predominio de la voluntad consciente y organizada sobre el “reino” mismo de la economía y sobre las demás esferas de la vida”¹⁰.

Así que, tras la reedición de un Jano junto al líder del Partido de los Trabajadores de Brasil, Luis Inácio Lula da Silva, llegado 1990 crea Castro el Foro de São Paulo. Desde allí observa y analiza el “modelo de transición socialista” de Europa oriental y su crisis, y tal como consta en el documento fundacional y en el otro que adoptan ambos al año siguiente, en Ciudad de México, extraen para la forja de la “rectificación” “gattopardiana” que se proponen, como socialistas del siglo XXI, las siguientes líneas de acción:

- (1) Presentar a la izquierda y al socialismo “como alternativas necesarias y emergentes”, a pesar del lastre de siete décadas que pesa sobre ellas;
- (2) condenar al capitalismo neoliberal y sus privatizaciones;
- (3) desnudar la “coartada” de la lucha contra el narcoterrorismo en tanto que mascarada para la militarización norteamericana de América de Sur, junto al rechazo de la “guerra andina contra el narcotráfico”; y
- (4) avanzar a la conquista del poder por la vía electoral y luchar contra “las estructuras políticas en la que los electos tienen su capacidad de mandato recortada”.

En otras palabras, sin renunciar a lo que siguen siendo –comunistas, como lo precisa el mismo Castro cuando se le pregunta por el socialismo del siglo XXI– no hablan más del pasado. Obvian el control de los medios de producción, mas, como lo demostrará la experiencia, seguirán persiguiendo a aquellos empresarios y comerciantes del capitalismo que no se les someten e insistirán, a la par, en que a ellos mismos se les perseguirá –otra vez jugando a la falacia– por lo que son, socialistas. Las alianzas con el narcotráfico y el beneficio de sus dineros, las presentarán como estratagemas de sus enemigos y experiencias de criminalización o judicialización de la política. La consecuencia esperada es la dilución de los centros constitucionales y empujar al conjunto de las sociedades y naciones hacia la polarización, bajo la lógica *schmittiana* del amigo-enemigo. Sus adversarios serán todos aquellos que no se sumen al emergente socialismo del siglo XXI y se les calificará, sin medias tintas, de derechas, fascistas, retrógrados, conservadores, capitalistas, racistas, y párese de contar. Desde entonces, en palabras de Antonio Sánchez García, viviremos como sociedad en estado de excepción, pues “su legi-

10 F. Martínez Heredia, *Rectificación y profundización del socialismo en Cuba*, 1989.

timidad, sus instituciones y su juridicidad se ven suspendidas *sine die* por causa de hechos extraordinarios”, los señalados.¹¹

En fin, llegar al poder democráticamente es lo previsto, para luego, incidiendo en las Constituciones y las leyes, secuestrar los aparatos electorales y consagrar la reelección de los gobiernos que alcancen a detentar. Harán de esta un derecho humano, apelando a la Justicia controlada. Así, queda abierta, para lo sucesivo, otra falacia en las Américas, a saber, que el pueblo puede elegir, democráticamente, entre la libertad y la dictadura. Esta, pasados 30 años, será la tesis que esgrimirán China y Rusia como paso previo a la guerra contra Ucrania: “Corresponde únicamente al pueblo del país decidir si su Estado es democrático”, reza la declaración adoptada por las dos grandes potencias¹².

Entre tanto, unido al Foro de Sao Paulo el Partido de la Izquierda Europea, precisa y renueva como objetivos del socialismo durante el siglo corriente los siguientes:

- (1) “Enfrentar el avance de las derechas y del fascismo”, para sostener la polarización política; y
- (2) defender el “derecho a la circulación de las personas”, léase, acompañar al movimiento migratorio global como forma de controvertir las políticas “neocolonialistas, racistas y xenófobas” del Imperio.

No se trata, pues, de una lucha abstracta contra el capitalismo, sino de enfrentar de un modo agonal a quienes intenten frenar la vía hacia el constructo novedoso del socialismo progresista que las experiencias de Bolivia, la misma Cuba, Nicaragua, y sobre todo Venezuela, muestran como de abierta pérdida del bienestar colectivo, salvo para la reducida estructura de burócratas que detentas el poder y sus aliados del sector económico financiero tradicional.

Se ha de demonizar al adversario, sea o no de derechas, llamándole fascista en otra aporía manifiesta, pues la esencia del fascismo, lo hemos dicho, es la del régimen de la mentira. Se le tacha de retrógrado por sostener los valores de la civilización judeocristiana que han de dar por agotada y cuyas raíces cabe fracturar, en línea con el catecismo gramsciano sustitutivo del Manifiesto Comunista. La cuestión, al cabo, es cultural y sociológica, así se la ha de entender.

En igual orden, rebautizados a partir de 2019 con el adjetivo que usara Castro en 1989, el específico de «progresistas», los integrantes del Grupo de Puebla,

11 Antonio Sánchez García, *Crisis y estado de excepción en la Venezuela de hoy*, Los libros de El Nacional, Caracas, 2011.

12 *Joint Statement of the Russian Federation and the People's Republic of China on the International Relations Entering a New Era and the Global Sustainable Development*, February 4, 2022

causahabientes del Foro, al afinar sus propósitos arguyen otra vez la emergencia de un “proyecto político alternativo”.

Revelan en su Manifiesto de 2021 como líneas un cúmulo de consignas movilizadoras de opinión, a fin de introducir –en línea con la tesis del quiebre cultural– confusión, incertidumbre, posesión ilusoria de la verdad, diría Platón: “Tú no haces sino confundirte tú, y confundir a los demás”¹³. Ellas son, a la par, revelaciones del comportamiento que les es propio y trasladarán a sus enemigos:

(1) La denuncia de lo que llaman “golpes híbridos” contra los gobiernos “progresistas” de la región, precisándolos como parte de la iniciativa norteamericana de “guerra híbrida” que deben resistir y combatir;

(2) el renovado estímulo de la polarización que les útil, al denunciar “un crecimiento de la extrema derecha”, entendida como lo opuesto al progresismo;

(3) la predica de la “democracia sustantiva”, la de resultados así sea a costa de sus elementos esenciales y formales, como el Estado de Derecho, que omiten en su discurso;

(4) atribuir a un “neofascismo conservador” la realización de “guerras jurídicas o *Lawfare* que afectan derechos elementales de líderes y lideresas del progresismo”; y

(5) afincados sobre la tesis del Buen Vivir y apoyados sobre las prédicas de Francisco, asumir la denuncia de la “cultura de los muros”, reiterando el objetivo fijado por la izquierda europea del apoyo a las migraciones hacia el norte.

El corolario, como síntesis de lo vigente, salta a la vista. Se les endosan a los enemigos de derechas – sin mengua de que algunos de estos, como cultores de «dictaduras de bienestar» hagan otro tanto en oposición al progresismo – prácticas deleznable en toda sociedad decente; pero que los seguidores poblanos las inauguran al emprender el camino de la transición socialista, a saber, la de la «guerra híbrida» y su subproducto, el «*Lawfare*», casualmente forjadas desde Venezuela.

No hablan más los poblanos como lo hace el Foro, del enemigo que originalmente fuese el capitalismo neoliberal, sino del hombre y la mujer de derechas, ahora neofascistas y conservadores. Así facilitan la confluencia de esos dos términos en apariencia antitéticos, capitalismo neoliberal vs. progresismo, resolviéndose la aporía y abriéndosele camino cierto, como lo creen, a la tesis cubana de la “rectificación”.

El capitalismo, como se sabe, se engulle las necesidades humanas, las licua y las transforma –siendo siempre las mismas– para sostener la avidez de satisfac-

13 Javier Aguirre, *Dialéctica y filosofía primera*, 2015.

ciones materiales en medio de su postulada dictadura del bienestar; todavía más ahora, bajo presión de la gobernanza digital y sus algoritmos. Y, en igual plano, la cura de la insatisfacción, la urgente saciedad de la embriaguez que estaría suscitando la «civilización del tener» para hacer felices a los consumidores, de suyo intolerantes e inmediatistas, la toma en sus manos la resucitada tesis del Buen Vivir, compartida por los poblanos y el Papado.

Son respuestas, ambas, que sirven como terapia que no cura –he allí la otra forma del engaño sistemático– pero que sosiega, como la droga, a unas generaciones desasidas de seguridades por haber abandonado, presas de un complejo adánico, las raíces occidentales que las afirmaban y sostenían en pie. Tanto que, sobre ambos rieles, una y otra perspectiva se contentan con lo que prometen ante la insatisfacción democrática sobrevenida ambas perspectivas, construir “democracias sustantivas”, léase dictaduras del siglo XXI que aseguren progreso si se las elige, aun a costa de la libertad y sin los balances de poder inherentes a la democracia.

La guerra híbrida y la judicialización de la mentira

Me detendré, pues, en los dos aspectos novedosos que son la síntesis actual del conjunto explicado e interesan a la cuestión de la judicialización de la mentira y de la participación política, a saber, los que son propios a Sao Paulo y a Puebla y los muestran como amenazas de terceros, de la derecha neofascista que combaten: La guerra híbrida y el *Lawfare* como una de sus modalidades.

La guerra híbrida –categoría reciente y de señalada factura militar norteamericana, que adquiere suceso comunicacional tras la guerra de Rusia contra Ucrania, animada por China con vistas a La Era Nueva– se caracteriza según sus teóricos “por la integración en tiempo y espacio de procedimientos convencionales con tácticas propias de la guerra irregular”. Sostiene Guillem Colom Piella al respecto, lo siguiente:

“Ambas ideas –una guerra irregular de creciente complejidad, magnitud, alcance y peligrosidad junto con una nueva concepción operativa fundamentada en el empleo integrado de fuerzas regulares e irregulares– sentarían las bases de la guerra híbrida, concebida esta como una sofisticada forma de lucha característica de la Era de la Información que, fundamentada en las posibilidades que brinda la globalización y el libre acceso a las tecnologías avanzadas, se distingue por la combinación, en todos los niveles y fases de la operación, de acciones convencio-

nales e irregulares, mezcladas estas últimas con actos terroristas, propaganda y conexiones con el crimen organizado”¹⁴.

No olvidemos, a tal efecto, la asociación inaugural de Castro, previa a la de Venezuela a partir de 1999, con el mundo del narcotráfico¹⁵.

Lo cierto es que las tituladas guerras del siglo XXI encuentran asidero y explicación dentro de ese inédito ecosistema producto del «quiebre epocal»¹⁶ inaugurado en 1989 –lo hemos dicho– al que se suma el agotamiento del socialismo real y lo caracterizan la tercera y cuarta revoluciones industriales ya citadas, la digital y la de inteligencia artificial. La virtualidad, el desdibujamiento del espacio real y la instantaneidad, como desdibujamiento de tiempo, entierran a la lógica de la experiencia territorial e histórico temporal de las sociedades y de la organización del poder, desde sus orígenes más remotos. Es lo inédito y novedoso. Lo imaginario se sobrepone a la racionalidad de lo objetivo. Es la negación de lo institucional y la preeminencia de la voluntad desatada y sin contenciones.

Por vía de efectos, la deconstrucción cultural, la liquidez en las ideas como lo señala Zygmunt Bauman¹⁷, paradójicamente han hecho viable el sueño de Antonio Gramsci, marxista italiano que bebe en las fuentes del fascismo y cultiva el régimen de la mentira. El cemento de lo social no es la ideología sino la cultura, cuya destrucción ha de ser el objetivo eficaz de toda revolución, según este¹⁸.

Tres hitos fundamentales se me hacen presentes a propósito de los señalados conflictos híbridos. Uno, la acción deslocalizada del terrorismo islámico en 2001 sobre las Torres Gemelas de Nueva York –símbolos de las libertades económicas en el capitalismo – dejando sin asidero al Derecho internacional moderno¹⁹. El otro, que le precede de manera coetánea, la campaña de medios orientada a denunciar la pederastia en la Iglesia de Roma, casualmente el custodio de las raíces judeocristianas en Occidente.

No se olvide que 61 periódicos de California, en Estados Unidos, destapan sistemáticamente 2000 historias, hechos del pasado en su mayoría ciertos, pero suficientes para disparar sobre los sólidos de la catolicidad fracturándolos; ello, a

14 Guillem Colom Piella, ¿El auge de los conflictos híbridos?, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 120/2014.

15 Infobae, “La historia secreta sobre la relación entre Fidel Castro y Pablo Escobar”, 28 de noviembre de 2016.

16 Asdrúbal Aguiar, *El «quiebre epocal»...*, cit.

17 Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida*, 2001.

18 Rafael Díaz-Salazar, *Gramsci y la construcción del socialismo*, 1993.

19 Asdrúbal Aguiar, *Código de derecho internacional*, 3ª. Edición, 2021.

pesar de que, en la investigación realizada por el profesor norteamericano Philip Jenkins “el 99,7% de los sacerdotes católicos nunca se han visto implicados en este tipo de comportamientos delictivos”.

Lo de subrayar es la razón de esa direccionada virulencia mediática norteamericana, que la desnuda el caso del *Boston Globe* una vez como pasa de manos de editores católicos al *New York Times*, de clara alienación liberal y democrata:

“Martin Baron, había pedido al equipo investigar el problema de los abusos sexuales en la famosa Arquidiócesis Católica de Boston... Cuando *Baron* asumió como editor en el verano boreal de 2001, el *Globe*, como la mayoría de los diarios en todo el país, estaba perdiendo lectores... Aunque los periodistas del *Globe* podían objetar la contratación de una persona externa – “un hombre del Times”, más encima – no podían decir que *Baron* no estaba cualificado”²⁰.

El tercer hito de la hibridez bélica en el siglo XXI está a la vista. Lo comenté en mi exposición ante el Grupo IDEA al abordar la cuestión de la Gobernanza Digital²¹. Me preguntaba e interpelaba a mi audiencia sobre si ¿es razonable pedir de los israelitas y los palestinos, ambas víctimas de Hamás, mantenerse inermes –como lo reclamaba en 2005 el hoy expresidente español Rodríguez Zapatero– frente a actos de arbitraria desestabilización e inhumanidad ante la inacción del órgano de seguridad encargado de hacer valer la autoridad del Derecho internacional como Naciones Unidas?

¿Acaso no observamos el choque de relatos que avanza, aquí sí, a nivel global y sobre las redes, desde el instante en que se ejecutan los atentados terroristas contra los judíos?. Se travisten los hechos y se exacerban los prejuicios. Lo que es más grave, tras el argumento falaz de la imparcialidad informativa se homologan la maldad absoluta con quienes luchan por sostener el sentido primario de la vida y las libertades. Esas son la guerra híbrida y sus *FakeNews*²². Lo que es peor, el Sistema de Naciones Unidas, responsable del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales y de asegurar como prioridad el respeto y la garantía universal de los derechos humanos se muestra como una falacia y desde su seno se deconstruyen sus categorías: “Estoy aquí para hacer sonar la alarma (...) Nuestro mundo nunca ha estado más amenazado. O más dividido. Nos enfrentamos a la mayor cascada de crisis de nuestra vida... Un aumento de la desconfianza y la desinformación está polarizando a la gente y paralizando las sociedades. Los derechos humanos están bajo fuego. La ciencia está siendo atacada. Y los salvavidas

20 “Reportear una Verdad Explosiva: Boston Globe y los Abusos Sexuales en la Iglesia Católica”, Columbia University, CSJ-13-0050.0.

21 VIII Diálogo Presidencial. Miami Dade College, 7 de noviembre de 2023.

22 Sobre la cuestión, vid. Luis Almagro et al., *FakeNews, ¿amenaza para la democracia?*, 2020.

económicos para los más vulnerables llegan demasiado poco y demasiado tarde... si es que llegan. La solidaridad está ausente, justo cuando más la necesitamos”, revela en 2021 el secretario de la ONU, António Guterres²³.

El terrorismo de Hamás contra Israel y la Era Nueva

Me detendré sobre este segundo aspecto, por su significación terminal y por cuanto ocurre y se desplaza por sobre las aporías narrativas que han venido construyendo de conjunto y deliberadamente, desde ese emblemático año de 2001, China y Rusia, para hacerle decir a las normas del Derecho internacional vigente aquello que no dicen, reinterpretándolas regresivamente y con netos objetivos de orden geopolítico y de dominio en el plano de lo global.

El ataque terrorista de Hamás contra el pueblo judío del pasado 9 de octubre –una organización calificada como tal, como terrorista, no solo por Israel sino por Estados Unidos, la Unión Europea, el Reino Unido y otras potencias del mundo, y que en su primer día de acción inhumana *in extremis* dejó 900 víctimas mortales– hizo recordar, en el instante y antes de que se superpusiesen las distorsiones informativas por motivos ideológicos, el ataque de Al Qaeda contra Estados Unidos del 11 de septiembre de 2001.

Uno y otro evento, qué duda cabe, tienen una significación cultural y geopolítica indiscutibles, son rupturistas del orden jurídico internacional contemporáneo y síntomas protuberantes del «quiebre epocal» ya mencionado y tras la emergencia deconstructiva de las revoluciones del conocimiento reiteradas. La caída del comunismo es apenas un evento, importante pero no determinante. No por azar y desde entonces la cuestión es planteada desde el ángulo del llamado «choque de civilizaciones», al que sigue, dentro de la ONU, el «Diálogo de civilizaciones» que frena la España gobernada por J.L. Rodríguez Zapatero, con su alianza contra Occidente, la llamada Alianza de Civilizaciones²⁴. Busca evitar a toda costa la persecución y represión criminal del terrorismo, pasados los atentados contra las Torres Gemelas: “Para vencer al terrorismo es necesario conocer sus causas, económicas y sociales, pues no hay una única causa, sino un conjunto de factores: “la pobreza extrema, la exclusión social, la falta de educación, los Estados fallidos”, dice, sin matizaciones, en entrevista especial que concede sobre la cuestión²⁵.

23 <https://news.un.org/es/story/2021/09/1497032>

24 Vid. nuestro libro *El «quiebre epocal» ...*, cit.

25 Ramón Soriano y Francisco Rubiales, “La Alianza de Civilizaciones. Un Proyecto de Naciones Unidas a propuesta del Gobierno Español”. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, II Época, vol. 3, 2007 [97-111].

Lo relevante y significativo es que la acción terrorista primera buscó derribar los símbolos del capitalismo desprestigiándolo, no sólo y como ocurre con todo acto de terrorismo y a partir del terror que siembra y se expande para empujar a sus víctimas hacia el terrorismo, sino para incidir y condicionar desde la virtualidad a toda la opinión pública global, cuando menos la occidental, ajena directamente a los hechos. La segunda, que ha lugar en las puertas de Occidente con el Oriente, busca mostrar la debilidad y decaimiento de uno de los reservorios fundamentales de la cultura judeocristiana. Se trata, desde este punto de vista, de otra escala en el quiebre que desde el mundo de las redes y en el marco de la sociedad atomizada de la sobreinformación que ha emergido, ha venido a significar el desmoronamiento que se busca de los sólidos romanos. La confrontación entre el Papado, el sínodo alemán de los obispos católicos, y la resistencia admirable que ha lugar desde la Iglesia polaca, la del fallecido papa Juan Pablo II, es más que ilustrativa.

Pero más allá de esta digresión, el último hecho, tal como lo hicimos constar con anterioridad y en otro momento al evaluar el acto de agresión de Rusia contra Ucrania –también sobre el puente que une al Oriente con Occidente– revela, a todas luces, la situación de parálisis a la que ha llegado el Sistema de Naciones Unidas como garante del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales a partir de 1945.

La gravedad del ataque terrorista contra Israel –que la opinión pública y la misma ONU ha hecho mutar en su ominoso propósito, al objeto de mostrar con preferencia la desproporción de la reacción israelí en el ejercicio de su legítimo derecho a la defensa– ningún eco normativo ha concitado en los mismos órganos encargados de velar por la vigencia y efectividad del Derecho internacional.

Las resoluciones de la Asamblea General previas y posteriores a la acción terrorista y que es deconstructiva del Derecho internacional en vigor, entre septiembre y noviembre sólo se ocupan del bloqueo económico a Cuba, la construcción de un mundo pacífico a través del deporte, la concienciación sobre la distrofia de Duchenne, el desarrollo sostenible, en fin, acerca de cómo prorratar los gastos de la ONU. No hubo período de emergencia para la cuestión, como si lo hubo para considerar el asunto ucraniano, y tampoco un período extraordinario que se hubiese convocado para evaluar los atentados de Hamás y fijar las líneas de comportamiento esperadas de los Estados y la comunidad internacional en su conjunto.

El Consejo de Seguridad, a lo largo del mismo período apenas se ocupa de Haití, Libia, el Sahara Occidental, Sudán, entre otros asuntos, o se pronuncia sobre la seguridad en África. De forma oblicua, sólo el 15 de noviembre, tras un

mes desde la dantesca representación de Hamás en su teatro de terror, adopta, como si fuese una medicatura forense, su resolución 2712, titulada “La situación en Oriente Medio, incluida la cuestión palestina”.

Inaugura su texto homologando al terrorismo con el comportamiento de un Estado —en el caso Israel— una vez como declara que “que todas las partes en los conflictos deben respetar sus obligaciones en virtud del derecho internacional...”. Y le basta y se basta a sí declarando estar preocupado: “Expresando profunda preocupación por la situación humanitaria en la Franja de Gaza y por sus graves repercusiones en la población civil, especialmente el efecto desproporcionado que tiene en la infancia, subrayando la necesidad urgente de un acceso humanitario pleno, rápido, seguro y sin trabas y destacando los principios humanitarios de humanidad, imparcialidad, neutralidad e independencia y la obligación de respetar y proteger al personal de socorro humanitario”.

De suyo, no le anima al Consejo otra cuestión que el efecto aguas abajo del desencadenamiento de la violencia a raíz de la grave acción terrorista desplegada, a saber y como lo refleja en su resolución, encomiar “los esfuerzos que vienen realizando varias instancias regionales e internacionales, así como el secretario general de las Naciones Unidas, para hacer frente a la crisis humanitaria y la crisis de los rehenes”.

Al cabo, he aquí lo grave, la decisión del Consejo de Seguridad se reduce a lo antes dicho, a la homologación entre un Estado y un movimiento terrorista sin estatuto de beligerancia reconocido, léase, asimila a las víctimas con el victimario tirando por la borda el mundo de legitimidades y subjetividades que son propias del Derecho internacional y del Derecho internacional de derechos humanos; al menos el que se construyó sobre la tragedia del Holocausto y fue justificativo del régimen «onusiano» en vigor. Sin mencionarlas expresamente, quedando sobreentendidas, lo resuelto “exige que todas las partes cumplan sus obligaciones en virtud del derecho internacional, incluido el derecho internacional humanitario, en particular respecto de la protección de los civiles, especialmente los niños”.

No cabe duda en cuanto a que, sobre todo China y la Federación de Rusia, como miembros permanentes con derecho a veto dentro del Consejo de Seguridad han tenido en sus manos este proceso de ralentización y sucesiva deconstrucción en el Derecho internacional vigente, afectándolo en su eficacia, sobre todo en el plano humanitario y de los derechos humanos; lo que queda en evidencia una vez como informan a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad de la ONU sobre texto suscrito por ambos Estados el 15 de mayo de 1997²⁶ acerca de “la creación de un nuevo orden internacional”. Se asumen como responsables

26 A/52/153 y S/1997/384.

ante la comunidad mundial de asegurar la “interacción estratégica en el siglo XXI”. Y la visual, al respecto, cambia de modo sensible con relación al orden existente y con vistas – reza el texto – al “establecimiento de un nuevo orden internacional”; de suyo, por estratégico, anudado a la cuestión del poder y desasido del carácter ordenador y de orden público internacional que tienen el principio *pro homine et libertatis* y la condena efectiva del terrorismo, más allá de lo coloquial.

Cabe observar y detenerse en esto último, pues el compromiso de sujetar al poder soberano cada vez que se comprometa el respeto y la garantía universal de los derechos humanos tiene su fuente en la Carta de San Francisco y se mineraliza con la adopción, en 1948, de la Declaración Universal, que es interpretación auténtica de aquella. Y si cierto fue que a raíz de la creación de la UNESCO y de la Comisión de Derechos Humanos que redactaría dicha declaración, se tuvo presente la cuestión central, a saber, ¿cómo sería posible lograr acuerdos prácticos comunes, sin renunciar a las particularidades de toda cultura, y sin imponer una concepción *ius* filosófica concreta?, al cabo, como lo dijo Jacques Maritain ante la misma UNESCO, en 1947, “el acuerdo entre sus miembros sólo podrá alcanzarse espontáneamente, no sobre nociones especulativas comunes, sino sobre nociones prácticas comunes; no sobre la afirmación de una concepción semejante del mundo, del hombre y del conocimiento, sino sobre la afirmación de una misma serie de convicciones en relación a la acción. Desde luego que esto es muy poco; pero es en verdad el último refugio del acuerdo intelectual sincero entre los hombres”, señala.

La concepción común, como lo aclara el mismo Maritain no excluía lo que al término se acepta por los Estados miembros de la ONU al aprobarse la Declaración Universal, a saber, el acuerdo sobre una escala de valores-clave para ejercer los derechos humanos proclamados²⁷.

A propósito de la Declaración Conjunta adoptada el 4 de febrero de 2022 –próximo el inicio de la guerra de agresión contra Ucrania– los gobernantes de las potencias arriba citadas, Xi Jinping y Vladimir Putin, hacen constar sus adhesiones al sistema de Naciones Unidas y le dan realce y significación para el tiempo posterior, para la Era Nueva; pero se trata de una mera formalidad, usada para empujar la deconstrucción del orden público internacional posbélico. Lo demuestra de manera palmaria la parálisis del Consejo de Seguridad de la ONU que, así como no pudo condenar el acto de agresión contra Ucrania –lo hará luego la Asamblea General– tampoco pudo hacerlo frente a la acción terrorista de Hamas contra el Estado de Israel.

27 P. Pallares Yabur, *Un acuerdo en las raíces. Los fundamentos de la Declaración Universal de Derechos Humanos: De Jacques Maritain a Charles Malik*, UNAM, 2020.

Por una parte, subrayan Rusia y China que, como potencias mundiales y miembros permanentes de Consejo señalado, tienen la intención de adherirse firmemente a sus “principios morales” –que sólo serían eso para una y otra– y defender firmemente el sistema internacional con el papel central “de coordinación” de Naciones Unidas en los asuntos internacionales. Mas el caso es que el régimen jurídico internacional vigente a partir de 1945 no es de mera coordinación o yuxtaposición entre los Estados, como si lo fue el de la Sociedad de Naciones, de donde mal pudo esta impedir a la Segunda Gran Guerra del siglo XX.

El régimen internacional nacido de esta, justamente, contiene o limita la mera coordinación entre voluntades soberanas y enfrena a los derechos nacionales y domésticos en aquellos aspectos que puedan comprometer la paz y la seguridad internacionales y el respeto y garantía universales de derechos humanos; y a sus normas sobre estas cuestiones vitales, por ende, se las considera imperativas y de efectos *erga omnes*.

El documento sino-ruso es al efecto elocuente, a pesar su abierta condena al nazismo, entiéndase, al Holocausto, que no lo menciona. Precisa que son “amenazas a la paz y la estabilidad global y regional y socavan la estabilidad del orden mundial”, antes bien, los intentos – se entiende que procedentes de Occidente – que ven de inaceptables, como “el abuso de los valores democráticos y a la injerencia en los asuntos internos de estados soberanos bajo el pretexto de proteger la democracia y los derechos humanos”. Los reinterpretan, cabe repetirlo, como “nobles objetivos” que deben protegerse “de acuerdo con la situación específica de cada país y las necesidades de su población”. Tanto que, el desiderátum termina en el absurdo: “Sólo depende de la gente de cada país decidir si su Estado es democrático” o no. Eso lo adelantaron Rusia y China en su referida declaración de 1997: “Cada estado tiene el derecho, según su situación concreta, de escoger su propio camino... y los sistemas de valores no deben convertirse en obstáculos...”.

Así las cosas y en el marco de tal regresión estructural en el sistema internacional y su ordenamiento jurídico, postulan las dos potencias, en el Tratado de buena vecindad, de amistad y de cooperación que suscriben, sucesivamente, en 2001, que, afirmada como sea la defensa de la unidad del Estado y de la integración territorial –piénsese en Taiwán o en Ucrania– “no participarán de alianza ni bloques” y se “comprometen a asegurar su propia seguridad y se fundan en el principio de suficiencia razonable de armamentos y de fuerzas armadas”. Se trata, en suma, de un peligroso espectro, muy conocido y de trágica memoria.

Antes de emerger la Sociedad de Naciones, al término de la primera guerra del siglo XX y con características próximas a las de la Era Nueva que postulan China y Rusia para el siglo XXI, la Sociedad Americana de Derecho Internacional pre-

venía sobre el fracaso demostrado de la atomización de la seguridad internacional dentro de un esquema de Estados yuxtapuestos por razones sea políticas, ideológicas o culturales, abroquelados por la idea de sus soberanías absolutas y en una apuesta al azar al equilibrio de las fuerzas: “Yo espero que no regresaremos, en el sentido militar, al terminar esta guerra, a un equilibrio de fuerzas, ni siquiera en el sentido legal; sino que de ella surgirá una preponderancia de fuerza que pueda mantenerse y defenderse materialmente y sentar reglas de conducta internacional que sean acatadas por la mayor parte de la humanidad”, sostuvo David Jayne Hill (1850-1932), académico y diplomático, quien fue embajador de Estados Unidos en Alemania. La lección sólo se aprendió cuando el mal absoluto alcanzó a entronizarse, a partir de 1939.

Putin y Xi Jinping, en suma, saben bien lo señalan Rusia y China en la declaración que firman el primero y Hu Jintao en 2005, para trazar las líneas sobre el orden internacional en el siglo XXI, que el proceso para el establecimiento de orden nuevo al que aspiran “es complicado y largo” y se presentan “fenómenos de desequilibrio y contradicciones en el proceso”. Ellas siguen en pie.

Aun así, insisten en que los asuntos de cada país deben ser decididos por sus propios pueblos, y los del mundo “mediante diálogos y consultas”, regidas, en el marco de Naciones Unidas, por el “principio de unanimidad”, léase, por la sustitución de la actual aristocracia mundial por un modelo diferente de «vetocracia»; mismo que aseguraría, aquí sí, el final del orden jurídico y político internacional ya declinación como lo predica Koskenniemi²⁸, al estar relativizando, con carácter regresivo, la primacía de la libertad y los derechos de la persona humana por sobre las relaciones geopolíticas y de poder.

En su más reciente Declaración Conjunta de 2023, sobre la profundización de la asociación de coordinación estratégica integral entre China Rusia para la Nueva Era, hace constar estas, ante la posibilidad de un plan de paz con Ucrania, que se “deben respetar las legítimas preocupaciones de seguridad de todos los países, prevenir la confrontación entre bloques y evitar avivar las llamas”; por lo que se oponen “a cualquier sanción unilateral no autorizada por el Consejo de Seguridad de la ONU”; lo que resulta obviamente ilusorio.

Insisten en lo central y deconstructivo, es decir, que “los diferentes países tienen historias, culturas y condiciones nacionales diferentes, y que todos tienen derecho a elegir su propio camino de desarrollo. No existe una democracia “superior”, es la conclusión. Es la banalización, tras el imperio del relativismo y

28 Martti Koskenniemi, *Il mite civilizzatore delle nazioni: Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*, 2012.

el regreso al paradigma westfaliano²⁹, de la milagrosa forja por la Humanidad, a un costo inenarrable, del paradigma ético global de los derechos humanos, sólo realizables como experiencia práctica dentro de la tríada que forman con la democracia y el Estado de Derecho. Del último, a la sazón, no consta referencia sustantiva alguna, ni en los documentos de São Paulo, de Puebla, ni en los de la ONU-2030 sobre Desarrollo Sostenible y tampoco en los del Gran Reinicio de Davos³⁰, que se aproximan a los últimos.

Venezuela, laboratorio de la guerra híbrida

Debo decir seguidamente, volviendo al núcleo de nuestra exposición, que el germen de la guerra híbrida o asimétrica y su marca de fábrica –salvo la cuestión particular del *Lawfare* o la judicialización del enemigo– es de neto origen venezolano. Precede al trabajo del Pentágono, de 2005³¹.

Tras el referendo revocatorio de 2004, que el Centro Carter le quita a la oposición en Venezuela para moderar a Chávez, este, antes bien, anuncia en noviembre “La Nueva Etapa, El Nuevo Mapa Estratégico de la Revolución Bolivariana”. Abordo sus contenidos en libro de mi autoría³².

Al margen de su realidad o irrealidad, en líneas gruesas y precisas plantea Chávez la guerra asimétrica, que es internacional y también interna o endógena. Al referirse a La Nueva Estrategia Militar Nacional impone como tareas para la Fuerza Armada una mayor relación con las “misiones sociales” cubanas y una mejor relación “con fuerzas armadas amigas” en Latinoamérica.

Advierte sobre la necesidad de prepararse para abandonar los métodos convencionales y aprender de “la experiencia de la lucha guerrillera” con asistencia de exguerrilleros venezolanos. El teatro de operaciones se concreta en “las acciones defensivas en la zona fronteriza con Colombia (...) por la implementación del Plan Colombia”, según reza el documento presidencial.

29 “[A]l término de la Guerra de los Treinta Años (1618-1648), en los Tratados de la Paz de Westfalia, que, al mismo tiempo, representaron el inicio de la moderna sociedad internacional asentado en un sistema de Estados [ha lugar a] «la plena afirmación del postulado de la absoluta independencia recíproca de los diferentes ordenamientos estatales»”. Cfr. Marsilio Toscano Franca Filho, “Historia y razón del paradigma westfaliano”, 2006.

30 Klaus Schwab, Thierry Malleret, *Covid-19, El Gran Reinicio*, 2020.

31 The National Defense Strategy of The United States, mars 2005 (<https://slate.com/news-and-politics/2005/04/legal-combat.html>)

32 Asdrúbal Aguiar, *El Problema de Venezuela*, (III). Se entroniza el socialismo del siglo XXI, 2016.

La Nueva Etapa manda a “educar a la población en los principios militares de disciplina, amor a la patria, y obediencia”. Promueve la unidad cívico-militar “para acciones de seguridad” o, mejor todavía, “la incorporación del pueblo a la defensa nacional a través de la reserva militar”. Pide Chávez a sus alcaldes, expresamente, identificar a los “patriotas” que venidos del pueblo han de hacer parte de la reserva, según que uno sea “tirador de fusil”, “francotirador”, o “lanzador de granada”. Ya contaba, según lo dice, con 100.000 hombres.

Al plantear la guerra asimétrica –que la proyecta híbrida una vez como pacta su acuerdo logístico con la narcoguerrilla de las FARC en 1999, sumándole el control de los medios de comunicación social para imponer sus narrativas, y encomendándole a Cuba la instalación y control del andamiaje digital necesario para tales fines y al objeto, asimismo, de sujetar la data electoral– afirma Chávez lo siguiente: “Hace tres años atrás éramos Cuba y Venezuela, a nivel de gobierno, y ahora cómo ha cambiado la situación”. Y prosigue:

“Se han venido definiendo dos ejes contrapuestos, Caracas, Brasilia, Buenos Aires (...) sobre el cual corren vientos fuertes de cambio (...) [y que] el Imperio –es su criterio– va a tratar de debilitarlo siempre o de partirlo, incluso”. “Existe el otro eje, Bogotá - Quito - Lima - La Paz - Santiago de Chile, (...) dominado por el Pentágono”. “[L]a estrategia nuestra debe ser quebrar ese eje”, dice.

La forma de hacerlo como guerra híbrida la explica Chávez así, en sus láminas:

“Desarrollar una estrategia de divulgación e información hacia los EE. UU. para neutralizar elementos de acción imperial contra Venezuela” y crear “grupos de formadores de opinión, comunicólogos e intelectuales para contribuir a conformar matrices de opinión favorables al proceso”. “[U]tilizaremos todas las estrategias posibles, desde una estrategia de defensa móvil frente al gigante hasta el ataque. No está prevista la invasión a los Estados Unidos, ...”, indica, ya que su guerra, como se constata, es híbrida.

La práctica política del Lawfare

Mis palabras preliminares en el Diálogo presidencial citado me sirven para precisar la otra cuestión, la del *Lawfare* e ilustrarlo con casos emblemáticos, pues la considero central a lo que ya denunciara Calamandrei como propio del fascismo: “Entre la burocracia de la ilegalidad y la de la legalidad no hay antítesis, sino una alianza secreta, una especie de vicaria reciprocidad; tanto que para entenderla a esta y a su régimen no se le debe pedir explicaciones a una sola de aquellas, pues es necesario buscarlas en el punto en el que se encuentran a mitad de camino la legalidad y la ilegalidad”. No es otra la cuestión, volviendo al principio de

nuestra argumentación, que la de la mentira que falsea o manipula a la verdad, usándosela como burladero para el engaño y el sometimiento.

En el caso de los socialistas progresistas fueron públicos y notorios los escándalos de corrupción, hechos máximas de la experiencia bajo sus gobiernos, que dieron lugar a los enjuiciamientos de los gobernantes del Foro en América Latina, Rafael Correa, Cristina Fernández de Kirchner, y Lula da Silva. Al primero y al último se les procesó por los sobornos de la Odebrecht, que desde Brasil contaminó a los gobiernos del mismo Ecuador, Colombia, México, Perú, Venezuela, entre otros. Sus dineros corruptos alcanzaron a políticos, empresarios y funcionarios de 12 países. En tanto que, en el caso de la Kirchner, median sus operaciones de lavado de dineros a través de empresas familiares y el encubrimiento de los iraníes autores del atentado contra AMIA en Buenos Aires, sumado al asesinato del fiscal de la causa, Alberto Nisman.

A Evo Morales se le juzga por los asesinatos de dos húngaros y un irlandés torturados en Santa Cruz de la Sierra, en 2009. Los casos fueron conocidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Morales, en video registrado acepta haber informado a Castro y a Chávez que él dio la orden del operativo policial contra unos extranjeros que preparaban un atentado terrorista.³³

Todos a uno los defiende el Grupo de Puebla:

“El Grupo de Puebla se solidariza con la vicepresidenta de la República de Argentina, Cristina Fernández de Kirchner, ante el vergonzoso ataque político, vestido de fallo judicial, proferido en su contra, que abre un nuevo capítulo de la guerra jurídica (*Lawfare*) que se ha venido desarrollando en la región contra dirigentes progresistas como Luis Inácio Lula da Silva en Brasil, Evo Morales en Bolivia y Rafael Correa en Ecuador”, reza el comunicado de 7 de diciembre de 2022.

Recién se les suma, desde España, el negociado de una «autoamnistía» –violatoria de los principios del Derecho internacional de derechos humanos – con los condenados judicialmente por atentados contra la democracia y el orden constitucional – caso JUNTOS – para asegurarse, Pedro Sánchez, su investidura como presidente. Y aquellos hablan de ser sólo víctimas de un *Lawfare*, cuya definición actual, según la refiere el medio que hace crónica al respecto, es el “uso de acciones legales para causar problemas a un oponente”, de acuerdo con el *Cambridge English Dictionary*; si bien se proponen, según lo indica el rotativo citado, “el

33 Infobae, “Juicio contra Evo Morales por un triple homicidio aún impune en Bolivia”, 26 de septiembre de 2022.

uso de otras expresiones, como “persecución judicial”, “instrumentalización de la Justicia” o “judicialización de la política”³⁴

A todas estas, la Corte Internacional de Justicia le ha abierto juicio a las autoridades de facto en Venezuela, exactamente, por la práctica del *Lawfare* llevado al extremo, al punto de haber cristalizado en la comisión de crímenes de lesa humanidad: “encarcelación u otra privación grave de la libertad física”, incluyendo “tortura”, “violación y/u otras formas de violencia sexual” y “persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos”, según reza lo argumentado por el Fiscal ante la Corte, Karim Khan³⁵.

Lo revelador es que no se trata, a diferencia de los casos mencionados y en oposición a los de la titulada derecha neofascista y conservadora, de cuestiones o persecuciones que hagan estricta y directa relación con la criminalidad común. Sus judicializaciones, por lo general y admitiéndose las excepciones, ofrecen como denominador común a las actividades políticas que luego mudan o mutan, bajo conveniencia, en delitos perseguibles. Todos, al igual que los anteriores, afectan la actividad política de los perseguidos.

Veamos los ejemplos, dentro del ambiente de dominante prostitución de la política y la experiencia de la democracia que viene siendo promovida, con fines de poder y a través de la deconstrucción de los sólidos culturales, por el progresismo. Es una máxima de la experiencia, que no le resta, como cabe reiterarlo, algo de certidumbre a las medias razones que, sin propósitos de creación literaria, “sirven de excusa para el engaño” político por parte de los victimarios.

Al expresidente Miguel Ángel Rodríguez, con el que se inicia la zaga del *Lawfare* en América Latina, se le acusa de corrupción en 2004 mientras inaugura su ejercicio como secretario general de la OEA, debiendo renunciar al efecto; no obstante que, hubo de esperar hasta 2022 para que se le cerrase el último de los procesos abiertos en su contra, caracterizados por la evidente persecución y denegación de justicia incubadas por móviles políticos desde Costa Rica.

Acaso abonaba a ese respecto la adopción por el organismo hemisférico, en 2003, “un nuevo concepto de seguridad hemisférica que amplía la definición tradicional de defensa de la seguridad de los Estados a partir de la incorporación de nuevas amenazas, preocupaciones y desafíos, que incluyen aspectos políticos, económicos, sociales, de salud y ambientales.”³⁶ El mismo Chávez controvierte

34 El Mundo, Madrid, 10 de noviembre de 2023.

35 Human Rights Watch, “La Corte Penal Internacional abre investigación sobre Venezuela”, 3 de noviembre de 2021.

36 Gaston Chillier y Laurie Freeman, “El Nuevo Concepto de Seguridad Hemisférica de la OEA: Una Amenaza en Potencia”, *Informe WOLA*, 2005.

con la OEA, luego de la adopción de la Carta Democrática Interamericana de 2001 y hasta la acusa de haber estado tras el golpe militar que se le dio en 2002³⁷.

En 2017, fue llevado a juicio el expresidente conservador Nicolás Sarkozy, acusado de haberse excedido en los gastos legalmente autorizados “durante su fallido intento de reelección den 2012”. La empresa de relaciones públicas que le asistió, Bygmaton, le cobró sus servicios al partido y no a la campaña, como debía ser (*BBC News, El País*).

En 2021, se le abre juicio al expresidente Mauricio Macri “por presunto espionaje ilegal” y por haber sido responsable del seguimiento a los familiares de las víctimas del ‘ARA San Juan’, el submarino hundido en 2017 con 44 tripulantes a bordo; luego de lo que, sucesivamente y cumplido el efecto de opinión pública, fue sobreseído.

Al presidente del gobernante partido Conservador británico, Nadhim Zahawi, le fue abierta en enero de 2023 una investigación por el primer ministro, Rishi Sunak, a propósito de facturas fiscales y multas que pagó con motivo de sus acciones en una empresa de encuestas que fundó, la YouGov (*AP, Barron's*).

Entretanto, luego de que el New York Times reconociese que “George Soros hizo una donación a un grupo liberal que respalda a los fiscales progresistas” y “una parte significativa fue para apoyar al fiscal Alvin Bragg”, aspirante a gobernador de Nueva York, quien “le tomó las huellas digitales a Donald Trump”, en causa paralela se le atribuye haber conspirado para alterar los resultados electorales de 2020 en Estados Unidos (PanamPost, *Barron's*).

Desde 2022, tras lo que se ha denominado una conspiración, se le sigue juicio a la exgobernadora y exsecretaria de Justicia de Puerto Rico, Wanda Vásquez Garced, de derechas, en el caso Vásquez, Rossini, Herrera Velutini, acusada de aceptar una donación a su campaña que no fue tal, sino el haberse beneficiado de una encuesta política contratada por el señalado banquero venezolano (*Diario Las Américas, Telemundo*).

Jair Bolsonaro, expresidente de Brasil, enfrenta juicio desde enero de 2023 por abuso de poder, es decir, por haber denunciado un probable fraude electoral y socavar con ello las elecciones de 2022, bajo riesgo de quedar inhabilitado para una eventual reelección (*New York Times, El País, France 24*).

La Fiscalía de París, a su turno, anunció el pasado septiembre de 2023, haber solicitado el procesamiento de Marine Le Pen, líder de la extrema derecha y a 27 dirigentes de su partido, Reagrupamiento Nacional (RN) por el uso de los

37 https://www.oas.org/es/centro_noticias/discurso.asp?sCodigo=04-0056

suelos de sus asistentes en la Eurocámara “para que trabajaran para el partido en Francia” (*La Vanguardia, SwissInfo*).

Y en Guatemala, al presidente y la vicepresidenta electos, Bernardo Arévalo de León y Karin Larisa Herrera A. – apoyados, paradójicamente, por las corrientes globales en pugna – se les ha judicializado, con el palmario propósito de inhabilitar la manifestación soberana de los guatemaltecos ya expresada en elecciones libres; obviándose, como lo ha expresado el Grupo IDEA, “que el acceso al poder y su ejercicio conforme al Estado democrático y constitucional de Derecho es un elemento esencial de la democracia y una garantía que no puede ser burlada a través de actos de fraude y manipulaciones de la ley”³⁸.

La Argentina de Kirchner, a todas estas, insiste en que el peligro del *Lawfare* es obra de sus opositores, la derecha neofascista, sin mengua de que acepta sus efectos ominosos para la democracia, sobre todo para el sostenimiento de la triada democracia-estado de Derecho-derechos humanos:

“Se ha insistido, por lo tanto, en el carácter violatorio de derechos fundamentales de las prácticas de *Lawfare*, perpetradas por sectores del Poder Judicial en conjunto con actores económicos de peso, especialmente los grupos hegemónicos de comunicación y miembros de partidos políticos opositores. Se han señalado también los efectos de estas lógicas, que se extienden más allá de las personas directamente afectadas para proyectarse en el conjunto de la sociedad”, reza un comunicado de la secretaría de Derechos Humanos del gobierno recién fenecido de Alberto Fernández.

Gobernanza de redes y control de los jueces

Hagamos una relectura de lo explicado hasta aquí, al objeto de poder concluir.

Las rupturas constitucionales –obra de constituyentes– en las que avanzaron Venezuela (1999), Bolivia (2007) y Ecuador (2008), encontraron como primer objetivo –indispensable para la forja de las falacias políticas– la adopción de leyes de contenidos para controlar el debate libre y así poder forjar hegemonías comunicacionales de Estado. Se trataba de instalar al régimen de la mentira, y los medios de información se les revelaban de cruciales, eran el primer muro de superar en el camino.

Ha jugado a favor de todo ello, exactamente y como cabe repetirlo, la emergencia de las señaladas revoluciones industriales –que siendo inevitables reducen a la autonomía personal– por apuntar a la disolución de lo institucional y por

38 <https://idea-democratica.org/declaraciones> (18 de noviembre de 2023)

estar dirigidos sus algoritmos a las formas de mediación directa y al mundo individual de los sentidos. En nombre de la libertad, así, declinan la libertad de pensar, de discernir, de razonar, de reunirse y expresarse e informarse con libertad, y de distinguir y poder decidir cada persona entre lo correcto e incorrecto, entre la maldad y sus mentiras y el bien común; emergiendo, antes bien, expresiones de intolerancia positiva y exclusiones recíprocas entre la miríada de nichos o parcelas humanas en las que se han fracturado nuestras sociedades.

Desde inicios del corriente siglo quedan como ejemplaridades que destruyen todo sentido de seguridad personal y en los proyectos de vida, la destitución de todos los jueces en Venezuela sin fórmula de juicio y su sustitución a partir de 1999 por abogados próximos al naciente régimen dictatorial de Hugo Chávez.

Antes, bajo el gobierno del presidente Fujimori en Perú, en 1997, ocurre la destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional quienes intentan impedirle su reelección, a cuyo efecto aquel denuncia la Convención Americana de Derechos Humanos. Y su precedente, el de la permanencia en el poder como esgrimido derecho humano político de cada gobernante, toma cuerpo a lo largo de los 20 años posteriores en la misma Venezuela (2007 y 2013), en Nicaragua (2011), en Honduras (2016), en Bolivia (2018), en El Salvador (2021), al punto que hubo de pronunciarse en contra de esa tendencia la Comisión de Venecia (2018) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para salvar el principio de la alternabilidad democrática.

Cuenta, asimismo, el abierto desconocimiento del orden constitucional y de las decisiones del Tribunal Supremo por parte de algunos líderes políticos catalanes en España; el choque del ahora expresidente argentino con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la que busca doblegar por la condena penal de su vicepresidenta; la inestabilidad endémica en el Perú, con relajamiento del orden constitucional, comprometiéndose la neutralidad e imparcialidad de la Justicia; los empeños “destituyentes” en el Ecuador bajo el gobierno de Guillermo Lasso, animados por otro condenado de la Justicia, Rafael Correa; el despotismo primitivo e iletrado de Nicaragua, en donde hay absoluta ausencia y desmaterialización del Estado Constitucional de Derecho; las prisiones políticas en Bolivia, y en Venezuela, donde igualmente fracasa la Transición hacia la Democracia, mientras la comunidad internacional se rezaga y neutraliza respecto de esta.

En fin, como si el absurdo no faltase, en Colombia se sustituye la regla contra la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, incluidos los del narcoterrorismo que se le asociaran, con otra regla, la de la «justicia transicional» que los perdona; o, recién se predica que la criminalidad se acaba derogando tipos criminales en el código penal, tanto como se pugna abiertamente desde el go-

bierno contra la Fiscalía y la Corte Suprema, anunciándose una reforma al Poder Judicial.

Entre tanto, desde El Salvador, se dice que han acabado con la criminalidad y con “mayoría parlamentaria” gubernamental se destituye a la Justicia Constitucional que controlaba los actos del presidente, y se crean y muestran verdaderos campos de concentración con detenciones indiscriminadas. Y en México, el gobierno federal estimula reformas constitucionales para controlar la ingeniería electoral y modificar los patrones de la representación política a fin de perpetuar el dominio suyo y de su partido.

Lo relevante, a todas estas, es que, por una parte, a través del control gubernamental de la Justicia se ha estado judicializando a la política y al efecto, de suyo, el hacer que las leyes digan lo que no dicen para perseguir al enemigo (*Lawfare*). Mientras que, por la otra, la agenda del Foro de Sao Paulo como la del Grupo de Puebla señaladas, y además la de la ONU 2030, ni inciden sobre el debate de la democracia – que no sea para deconstruirla desde adentro, en nombre de la participación popular y apuntando hacia un estadio de posdemocracia o de autoritarismos electivos – y menos le dan relevancia al Estado de Derecho.

De tal suerte que las dictaduras del siglo XXI, forjadas a través de mecanismos constituyentes, al cabo se han demostrado como espacios de impunidad a disposición de nuevas dictaduras y, lo que es más grave, del crimen transnacional organizado que, en simbiosis con la corrupción política, ahora usan como instrumentos de su lucha por el poder al sicariato, como lo revela la reciente tragedia del asesinato de un candidato presidencial en Ecuador y tal como se practica abiertamente en México, para eliminar líderes políticos y periodistas incómodos.

La legalización de la ilegalidad

Por vía de recapitulación y actualizando las advertencias de Calamandrei –sobre “la legalidad apoyada sobre la ilegalidad, mejor aún la ilegalidad no de hecho sino de Derecho”– cabe decir que es esto lo que se constata y es hoy lo diferente de las revoluciones y dictaduras clásicas, que saben separar claramente el mundo de lo legal de la ilegalidad de facto durante una transición, mientras se construye otra, la nueva. No por azar, dada la hibridez que observa el eximio jurista italiano, se puede afirmar ahora que el *Lawfare* es una clara variable de la guerra híbrida, el hacer ver como Derecho a su violación sistemática, confundándose deliberadamente y a través de la perturbación del lenguaje político y jurídico al juicio o la opinión del ciudadano.

En la mayoría de los países en los que se han instalado las dictaduras del siglo XXI, mientras se apresuran a reformar las Constituciones para asegurarse

lo anunciado desde 1989 –controlar los mecanismos electorales para asegurar la permanencia en el ejercicio del poder de quienes lo conquistan, dándose lugar a dictaduras electivas – el primer objetivo ha sido lo ya indicado, el tomar a mano y sujetar a los jueces. Así ocurrió en 1999, al inaugurarse en Venezuela el socialismo del siglo XXI –llamado bolivariano– cuando la Asamblea Constituyente removió a todos los miembros del Poder Judicial y designó a dedo “jueces provisorios”, y así ha ocurrido recién en El Salvador, cuando a través de una mayoría circunstancial de legisladores, afectos al gobierno, destituyeron a la Justicia Constitucional que controlaba los actos de este.

El modelo de hibridez en el Derecho, emergido y en cuestión, lo había preanunciado el juez Sergio García Ramírez, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que integraba y de la que fue presidente, en estos términos:

“Para favorecer sus excesos, las tiranías “clásicas” – permítaseme calificarlas así – que abrumaron a muchos países de nuestro hemisferio, invocaron motivos de seguridad nacional, soberanía, paz pública. Con ese razonamiento escribieron su capítulo en la historia. En aquellas invocaciones había un manifiesto componente ideológico; atrás operaban intereses poderosos. Otras formas de autoritarismo, más de esta hora, invocan la seguridad pública, la lucha contra la delincuencia, para imponer restricciones a los derechos y justificar el menoscabo de la libertad. Con un discurso sesgado, atribuyen la inseguridad a las garantías constitucionales y, en suma, al propio Estado de Derecho, a la democracia y a la libertad”.³⁹

Pero no basta, como asimismo se ha demostrado, controlar a los jueces o a parte de ellos, a fin de que acaso digan lo que no dicen las leyes reinterpretando sus términos y contenidos al objeto de perseguir al adversario político, sino que, en ese paso siguiente que revela Calamandrei –la constitución de la ilegalidad a través del Derecho formal y/o de su desviada exégesis– ocurre lo que revela un juez argentino al servicio del socialismo-progresista:

“El derecho penal verdadero no se descuarta sólo por las invenciones disparatadas de las minorías del mundo judicial, sino que muchas veces comienza a hacer agua por disposiciones legales que facilitan la selección arbitraria por parte, no sólo de estas minorías, sino por cualquier interés coyuntural”.⁴⁰

Eugenio Raúl Zaffaroni, quien a la sazón hizo parte de la Corte Suprema de la Nación argentina y, asimismo, de la Corte Interamericana, defensor ante la

39 Voto, Corte IDH. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 13.

40 Zaffaroni, Caamaño y Vegh Weis, *¡Bienvenidos al Lawfare!*, 2020.

opinión de la expresidenta Kirchner, nos revela la clave del *Lawfare*; esa que a su juicio sufre la señalada mandataria pero que inventaron, casualmente, sus camaradas en Venezuela. De nuevo valga el ejemplo.

Citan el letrado y sus coautoras el uso que se hace, tras cada persecución o judicialización política del tipo criminal de la asociación para delinquir; lo que permitiría, en exégesis interesada, castigar a una persona vinculándola a una asociación de tal característica por el solo hecho de tener parte o relación con la misma, así no se haya concretado el propósito delictivo. El tipo lo habrían inventado los europeos “en tiempos en los que la huelga era un delito” y para, de tal forma, perseguir y castigar a los dirigentes sindicales.

Mediando una asociación así sea para realizar un hurto de muy baja penalidad, explican que, al asociado, por asociarse se le castiga severamente hasta con 10 años de cárcel. Es una forma de condenar a un sujeto, así no se reúnan los elementos para imputarle con propiedad un delito.

Zaffaroni se confiesa, así:

“La invención de una asociación ilícita tiene la enorme ventaja para la persecución política de exfuncionarios de que se siempre se puede involucrar a la cabeza del poder e incluso asignarle la función de organizador o jefe, que permite imponer más pena y, además, suena mucho más fuerte en la televisión”.

Desde la acera liberal —que no la liberal americana, emparentada con el progresismo— tenemos la clara y amplia respuesta de Arantxa Tirado⁴¹, quien mira con sus análisis al rostro actual de España:

“Hemos podido constatar cómo el *Lawfare* es un arma que se ha utilizado para la injerencia política y el cambio de régimen, con un objetivo de reconfiguración geopolítica de América Latina y el Caribe, pero no exclusivamente. El peligro de acudir a tácticas militares para dirimir conflictos sociales y políticos parecer cernir sobre territorios que se creían al margen de este tipo de situaciones, a las que veían más propias de los Estados periféricos y su permanente estado de excepción. Como mencionábamos..., el *Lawfare* está asomando en el Estado español, mostrando cómo las democracias liberales que se presentan como ejemplares de América Latina y el Caribe [incluida la norteamericana, cabe agregarlo] pueden también ser víctimas de esta novedosa subversión de la democracia liberal que viene a demostrar, una vez más, los límites reales que los poderes fácticos imponen a la existencia de una democracia que suponga un peligro para sus intereses de clase”.

41 De la autora citada, *El Lawfare: golpes de Estado en nombre de la ley*, 2021.

Diría, pues, que este es el corolario de la transición presentada como amenaza por Castro en 1989, tres décadas atrás: “Lo digo, y lo digo con calma, con serenidad y con toda la sangre fría del mundo ... Nosotros no bromeamos”.

Consecuencias gravosas y fatales: «macrocriminalidad» y derecho penal del enemigo

La experiencia deconstructiva hacia la que ha apuntado la legalización de la ilegalidad en sus distintas modalidades y como expresiones de regímenes de la mentira en una era de dominante relativismo cultural – el de los embusteros, cabe repetirlo – en la que se simula el Estado de Derecho y se le usa para la criminalización política en un contexto asocial, de anomia y de manifestas polaridades, es lo que está dejando aguas abajo y como consecuencias la macrocriminalidad y, de suyo, el derecho penal del enemigo.

Me refiero, usando como hipótesis de trabajo el caso de Venezuela, a la que apareja la desmaterialización de la república junto a la implosión de los lazos sociales o del sentido socialmente integrador de la nación a propósito de su millonaria diáspora, para dar paso –uso la consideración de Gerhard Stuby dentro de la doctrina alemana– a “la descomposición y transformación del aparato estatal ... [a un punto tal] que se ha convertido en una mafia criminal”.⁴²

Herbert Jäger se refiere, a tal efecto, al fenómeno que califica de «macrocriminalidad» de carácter político, que separa de la criminalidad política, a saber, a la comisión de hechos delictivos políticamente motivados, cometidos contra el orden constitucional y el Estado, pero entendidos como hechos que se suceden dentro del sistema, apuntando y situando el concepto que sugiere a “los crímenes cometidos por los Estados, regímenes políticos o colectivos, en contra de un individuo o varios individuos vinculados por características comunes”.

La premisa de la macrocriminalidad, vista así, puede aludir al crimen que se colectiviza en su ejecución –por proceder de un Estado o de su régimen político o colectivo– sin mengua de que afecte a otros colectivos, como minorías. No obstante, “la magnitud de los crímenes que denota la macrocriminalidad puede referirse, por un lado, a la dimensión del daño y peligro y, de otra parte, al carácter colectivo de los autores”, precisa Jäger. Y tipifica a esas manifestaciones dentro del marco de los crímenes de trascendencia internacional, como los crímenes de lesa humanidad o los de guerra; excluyendo al mero crimen organizado.

42 Gerhard Stubym “Internationale Strafgerichtsbarkeit und staatliche Souveränität”, apud. Herbert Jäger, “¿Es criminalizable la política?” (1998), traducción del Centro Internacional para la Justicia Transicional, Bogotá, s/f: https://www.ictj.org/sites/default/files/2023-09/ICTJ_Briefing_Jäger-essay-SP.pdf

Este último, de modo puntual, intenta resolverlo la comunidad jurídica internacional a través de instrumentos de cooperación judicial entre los Estados, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000. Y los primeros, como los crímenes de guerra y los de lesa humanidad, quedan sujetos, en un marco de responsabilidades individuales mas no colectivas (siendo colectivas sus ejecuciones y las complicidades omisivas), a las previsiones del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional de 1998.

Sea lo que fuere, la fenomenología que abordan las páginas de este ensayo apuntan a lo que es más propio del siglo XXI, a saber, la deconstrucción social y jurídica que ha venido afectando de modo especial al mundo de Occidente, acaso por el debilitamiento de las soberanías de los Estados provocada por el ingreso a la Aldea Humana, suscitándose una pérdida en la centralidad constitucional y del Estado de Derecho y haciéndose, sino inevitable, sí fatal y transitorias, las polaridades excluyentes del otro y en contradicción. De allí la guerra híbrida y el Lawfare. La oposición entre aquellas, antes bien y por inevitables en la circunstancia transicional, a tenor del filósofo alemán de la religión, Romano Guardini, unas veces excluyen, pero también incluyen si logran descubrirse la una complementaria de la otra⁴³.

La cuestión que cabe destacar es que, entre tanto, cuando desaparece el Estado y sobre su territorio se instala la criminalidad orgánica y organizada transnacional y lo usa como nicho de impunidad, ha lugar a lo que apunta Stuby. Y al respecto no existen todavía, pensemos otra vez en Venezuela, respuestas apropiadas y efectivas por el Derecho internacional moderno, menos en el actual y posmoderno, tampoco en los predios de la política y la diplomacia.

La cuestión del terrorismo es ilustrativa, más allá de la señalada postura de tolerancia con el mismo por el presidente del gobierno español Rodríguez Zapatero supra citada. “La Comisión [europea] señala, ... , que la inclusión de los actos terroristas como tales en el Estatuto de Roma se discutió cuando se elaboró el proyecto del Estatuto, pero no se adoptó ningún artículo sobre actos de terrorismo. La Resolución F del Estatuto de la Corte Penal Internacional señala que la Asamblea de Estados miembros podría incluir el terrorismo en una fase posterior, cuando se haya acordado una definición.”⁴⁴. Y este es un asunto crucial, justamente, dentro de los temas y desafíos a resolver y que han adquirido relevancia en el corriente siglo, por avanzar de manos el mismo terrorismo con el

43 Juan Carlos Marega, “Romano Guardini, consideraciones sobre la acción libre”, *Sapientia*, vol. LXXII-LXXIII, 2016-2017.

44 Declaración del diputado por el Reino Unido al Parlamento Europeo, Charles Tannock, del Partido Popular Europeo (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A92002E000389>).

crimen transnacional organizado a objeto de fracturar las raíces judeocristianas del orden internacional sucesivo a la tragedia del Holocausto. Sin tomarse en cuenta el contexto de urgencia y la hipoteca de la deconstrucción en boga, aún se posterga con eufemismos y hasta mediante el manejo de dobles estándares la consideración de estos asuntos cruciales.

Allí tenemos, v.gr., lo ocurrido a raíz de la persecución de los crímenes de lesa humanidad que, en buena lid, pudieron ser castigados rigurosamente tras la campaña internacional contra las leyes de punto final y obediencia debida del Cono Sur – transacciones con el mundo militar para facilitar la vuelta y estabilización de la democracia en América Latina⁴⁵ –y que, llegado el siglo XXI, ante las demandas de pacificación – téngase presente a Colombia –emergió otra tesis– aquella y esta de facturas progresistas que busca morigerar la severidad de la justicia ante la urgencia y preeminencia de la paz. Emerge, así, la justicia transicional.

En ambas situaciones históricas siempre se apeló al argumento moral, ora para aplicar la ley con todo su rigor a los militares responsables de crímenes de trascendencia internacional, ora para el arbitrio de fórmulas de justicia morigeradas y en beneficio de los guerrilleros colombianos, que tomen en cuenta lo que sugieren las siguientes y pertinentes preguntas que a su tiempo hizo el International Center for Transitional Justice (ICTJ): “¿Qué se puede hacer para restaurar los valores básicos de confianza y respeto en un sistema destrozado por atrocidades cometidas a gran escala? ¿Cómo se recupera una sociedad? ¿Cómo hacemos justicia mientras buscamos la paz y la estabilidad?”. No todo está dicho al respecto, lo admite el ICTJ⁴⁶, tal como cuando se creyó al hacer dogma de fe la eliminación de las leyes de punto final que facilitaron el reingreso a la democracia en distintas naciones del continente.

Pues bien, el reverso de la macrocriminalidad es nada menos que la emergencia, dentro del marco de la deconstrucción y sus polaridades, del denominado «derecho penal del enemigo»⁴⁷, a cuyo tenor, en tesis que postula y sostiene Günther Jakobs⁴⁸, habría de privar la idea de la seguridad ante el criterio de la universal protección que de sus derechos humanos a la defensa y el debido pro-

45 Santiago Cantón, “Leyes de amnistía”, en la obra colectiva *Víctimas sin mordaza. El impacto del Sistema Interamericano en la Justicia Transicional en Latinoamérica: los casos de Argentina, Guatemala, El Salvador y Perú*. Due Process of Law Foundation, 2007.

46 <https://www.ictj.org/es/what-transitional-justice>

47 Vid. Isabel Claudia Martínez Álvarez, Coordinadora, *Derecho penal del enemigo y derechos humanos*, México, 2015; y Yennesit Palacios Valencia, “Existencia del derecho penal del enemigo en el derecho penal internacional”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Vol. 21 (2): 19, 2010.

48 Günther, J. & Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Navarra, 2006.

ceso tienen quienes de forma militante y colectiva vienen operando fuera del «sistema» y mediante una acción sostenida para destruirlo.

Se trata, entonces, de una reacción en contrario de parte de la doctrina criminal, que todavía no es pacífica y se encuentra bajo acre debate, y que se la ve como la más la propia de un ordenamiento jurídico democrático que busca defenderse ante un problema de seguridad contra individuos especialmente peligrosos y negadores de los valores éticos de la democracia. No se les habría de tratar como ciudadanos sino como enemigos, se sostiene. El argumento ha sido palmariamente rechazado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, anclada en las prescripciones vigentes de la Convención Americana de Derechos Humanos; pero que, como cabe asimismo entenderlo, se encuentran dichas prescripciones severamente comprometidas dado el abandono progresivo, a partir de 1989, de los fundamentos ético-políticos ciertos del sistema internacional contemporáneo y la beligerancia de la edad de la incertidumbre⁴⁹. El principio de orden público internacional que dispone el respeto y la garantía de la dignidad de la persona humana, que es limitante del principio de la soberanía y obliga a conjugar siempre *pro homine et libertatis*, se ha vuelto retórico ante la real inacción de los órganos internacionales llamados a su tutela.

En suma, tan es el derecho penal del enemigo la consecuencia de la polaridad cultural y política en vigor, que ha trastornado, rompiéndolo, el contrato social entre los Estados nacido tras la Segunda Gran Guerra del siglo XX. Por ende, las estructuras del crimen organizado trasnacional, volviendo al caso de Venezuela, han podido trasegar impunemente y secuestrar allí a toda su población, en su territorio soberano, imponiéndoles un “régimen de la mentira”. Recientemente aprobaron los usurpadores del poder republicano y como aporía una Ley contra el Fascismo, Neofascismo y Expresiones Similares, en 2024⁵⁰.

Ella declara enemigos y sujetos de sus normas penales a todos los responsables de “los actos fascistas, la apología al fascismo, el financiamiento de organizaciones o actividades fascistas y la divulgación de mensajes prohibidos”. E “incorpora un agravante especial de todo hecho punible [ordinario o común], cuando sea ejecutado o incrementado por motivos fascistas, neofascistas o de similar naturaleza.”.

En contrapartida, salvaguardando al sistema institucional y democrático pero impulsándolo hacia situaciones de excepción o emergencia, por difíciles de resolver conforme a las reglas ordinarias del Estado constitucional y de Derecho

49 Puede leerse la obra de Ferran Mascarell, *La cultura en la era de la incertidumbre*, 2005.

50 <https://www.observatoriodeconflictos.org.ve/oc/wp-content/uploads/2024/05/Ley-anti-fascismo-Venezuela.pdf>

–la nueva administración norteamericana, invocando como fundamento leyes de tiempos de guerra– la Ley de enemigos extranjeros de 1798 – declara sujetos del derecho penal del enemigo a los miembros del Tren de Aragua. Se trata de una estructura paraestatal terrorista dependiente del régimen de Nicolás Maduro en Venezuela. Aquél, según reza la Orden Ejecutiva firmada por Donald Trump el 15 de marzo de 2025 «está perpetrando, intentando y amenazando con una invasión o incursión depredadora contra el territorio» y que todos los venezolanos mayores de 14 años que pertenezcan al mismo, se encuentren en Estados Unidos y no estén naturalizados o sean residentes permanentes legales, están sujetos a ser detenidos, retenidos y expulsados en calidad de enemigos extranjeros.”⁵¹.

La tesis de Palacios Valencia, en plano de crítica, apunta a lo que habría de ser y sensiblemente no lo es, a saber, que el campo de acción efectiva para aplicar el derecho penal del enemigo en circunstancias como las anotadas antes habría de ser el de la Corte Penal Internacional; y los “encargados de vislumbrar como sujetos peligrosos... sería, en última instancia, en virtud de su poder discrecional el Consejo de Seguridad” como órgano de la ONU, dado el tener encomendado “el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional”. Explica que, por defecto de lo anterior, parece irrefrenable que “la sociedad actual se encuentre ante un nuevo proceso de incriminación, que crea crisis en las instituciones del derecho penal en general y del concepto de bien público en particular”⁵².

Dos son, entre otras y mientras no emerja el orden global contemporáneo en plena fragua y alcance su estabilidad geopolítica, desafiada por China y Rusia, las conclusiones de la autora que censura los postulados de Jakobs son los siguientes: (1) que “el derecho penal se está construyendo no para combatir necesidades vitales de cualquier sociedad, sino como una herramienta de lucha despiadada y terrorífica que va violentando las garantías para las cuales fue creado; y (2) el mundo entero pareciera estar ciego frente a lo visible, ya que se busca un orden social justo donde impere la paz, pero ciertamente esto es un ideal inalcanzable, hasta tanto no se intenten superar los conflictos que nos afligen desde siglos pasados”⁵³.

51 <https://www.swissinfo.ch/spa/trump-invoca-la-ley-de-enemigos-extranjeros-para-deportar-a-miembros-del-tren-de-aragua/89016244>

52 Palacios Valencia, loc.cit.

53 Loc.cit.

Sin Estado de Derecho y verdad judicial, no hay derechos ni democracia

Sin Estado de Derecho es la evidencia conclusiva, ni hay democracia ni cuentan con garantías reales los derechos humanos. Pierde la gente, el común de los mortales, mientras los detentadores del poder se atrincheran y protegen, todavía más en el plano que siempre se deja atrás por pudor, el de la alianza igualmente vicaria entre la política y el crimen transnacional organizado, que se presenta, explotando la mendacidad y apalancada sobre los medios cuánticos de comunicación digital, en el plan de redentora. Era más sincero, si cabe, el príncipe medieval y el moderno que mandan *legibus solutus*, a saber y como vuelve a recordarlo Calamandrei, entonces ocurre “la ilegalidad de los tiranos, sin medios términos y sin máscaras”.

Benedicto XVI, en 2011, ante sus compatriotas de Alemania y desde el parlamento federal se refirió *in extensu* a los fundamentos del estado liberal de derecho. Sus párrafos, por pertinentes e iluminadores de su crisis, atenazado por la legalización de la ilegalidad, me sirven de epílogo e *in extensu* los transcribo⁵⁴:

“La política debe ser un compromiso por la justicia y crear así las condiciones básicas para la paz. Naturalmente, un político buscará el éxito, sin el cual nunca tendría la posibilidad de una acción política efectiva. Pero el éxito está subordinado al criterio de la justicia, a la voluntad de aplicar el derecho y a la comprensión del derecho. El éxito puede ser también una seducción y, de esta forma, abre la puerta a la desvirtuación del derecho, a la destrucción de la justicia. “Quita el derecho y, entonces, ¿qué distingue el Estado de una gran banda de bandidos?”, dijo en cierta ocasión San Agustín.

“Nosotros, los alemanes, sabemos por experiencia que estas palabras no son una mera quimera. Hemos experimentado cómo el poder se separó del derecho, se enfrentó a él; cómo se pisoteó el derecho, de manera que el Estado se convirtió en el instrumento para la destrucción del derecho; se transformó en una cuadrilla de bandidos muy bien organizada, que podía amenazar el mundo entero y llevarlo hasta el borde del abismo. Servir al derecho y combatir el dominio de la injusticia es y sigue siendo el deber fundamental del político. En un momento histórico, en el cual el hombre ha adquirido un poder hasta ahora inimaginable, este deber se convierte en algo particularmente urgente.

“El hombre tiene la capacidad de destruir el mundo. Se puede manipular a sí mismo. Puede, por decirlo así, hacer seres humanos y privar de su humanidad a

54 Discurso del Santo Padre Benedicto XVI, Reichstag, Berlín, jueves 22 de septiembre de 2011.

otros seres humanos. ¿Cómo podemos reconocer lo que es justo? ¿Cómo podemos distinguir entre el bien y el mal, entre el derecho verdadero y el derecho sólo aparente? La petición salomónica sigue siendo la cuestión decisiva ante la que se encuentra también hoy el político y la política misma”.

El Papa Ratzinger, no obstante, es realista. No engaña ni tamiza de cara al «quiebre epocal» que nos acompaña y que se encuentra teñido de falacias, no solo políticas sino culturales, incluso insistiendo en las razones que fueran claras para el mundo occidental en el siglo XX y hoy se ven banalizadas por nuestra contemporaneidad. Capta, sin justificarla, a la «mentira en el alma» que se ha hecho presente con la judicialización de la política:

“Basados en esta convicción, los combatientes de la resistencia actuaron contra el régimen nazi y contra otros regímenes totalitarios, prestando así un servicio al derecho y a toda la humanidad. Para ellos era evidente, de modo irrefutable, que el derecho vigente era en realidad una injusticia. Pero en las decisiones de un político democrático no es tan evidente la cuestión sobre lo que ahora corresponde a la ley de la verdad, lo que es verdaderamente justo y puede transformarse en ley. Hoy no es de modo alguno evidente de por sí lo que es justo respecto a las cuestiones antropológicas fundamentales y pueda convertirse en derecho vigente”.

Ocurre, en fin, lo que desde antiguo sabía y explicaba Platón en su texto sobre *La República* y refiriéndose a la verdadera mentira: «Nadie quiere ser engañado en la parte más noble de sí mismo, y con respecto a las cosas más señeras, y que, muy al contrario, eso es precisamente lo que más se teme»⁵⁵. Y la enseñanza se nos vuelve elemental.

El «régimen de la mentira» se ha vuelto a imponer no sólo por lo que visualizara Schmitt como crisis de la soberanía de los Estados – a quien no pocos tachasen como el jurista justificante del nazismo – o por las características acusadas de la gobernanza global en boga, que prescinde de la razón para afirmar a los sentidos, sino por haberse considerado culturalmente prescindible la esencia de la tríada democrática: Democracia, Estado de Derecho y derechos humanos, que se funda sobre las ideas de la transparencia y el derecho a la verdad.

A la caída de la experiencia comunista en Europa oriental, sobre la experiencia de las violaciones graves de derechos humanos que ocurren a propósito de la misma, con vistas al proceso de establecimiento de experiencias democráticas no por azar Vaclav Havel, quien es presidente de Checoslovaquia y luego de la república checa, se pregunta si acaso es un sueño querer fundar un Estado en la verdad; con lo cual apunta a las raíces de la civilización judeocristiana: la de la perfectibilidad

55 Platón, Obras completas, *La República*, 382b.

humana y el ejercicio profundo del don de la libertad. Eso lo señalo en otro libro, que publico en 2012 y me sirven de epílogo dos de sus párrafos⁵⁶.

Peter Häberle⁵⁷, quien recuerda y hace exégesis de la experiencia de Havel, promotor del derecho a la verdad, se plantea y nos plantea un asunto crucial, como lo es indagar sobre los límites de la tolerancia en la democracia y el Estado de Derecho. Se trata de una empresa similar a la que asume con buena fortuna Norberto Bobbio⁵⁸, cuando les fija límites a las mayorías en la democracia, señalando que ellas no pueden vaciarla de contenido con sus votos o negarle con éstos los derechos a las minorías.

Pero más próxima a la preocupación de Häberle es la que hace propia, *mutatis mutandis*, Esperanza Guisán⁵⁹, quien advierte sobre los límites de los consensos democráticos predicando la democracia moral. El jurista y pensador quien es luz de la Alemania de nuestro tiempo –lo dice Emilio Mikunda, autor de la obra *Filosofía y teoría del Derecho en Peter Häberle*, 2009–, cree, en suma, que sí “tiene sentido preguntarse si es posible que el Estado constitucional fije los límites dentro de los cuales exista la tolerancia y al mismo tiempo no se apoye ni en un mínimo de verdad, porque no puede decirse que sea posible tolerancia alguna sino hay un deseo por la verdad”.

Condado de Broward, 27 de abril de 2025.

56 Asdrúbal Aguiar, *Memoria, verdad, y justicia: Derechos humanos transversales a la democracia*, 2012.

57 P. Häberle, *Verdad y Estado constitucional*, 2006.

58 Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, 2007.

59 Esperanza Guisán, *Más allá de la democracia*, 2000.

Algunas consideraciones sobre el Estatuto de Roma y la Constitución de Venezuela de 1999

Tamara Bechar Alter¹

Introducción

Desde la entrada en vigencia de nuestra actual Constitución, muchos han sido los juristas que se han pronunciado sobre sus bondades y sus fallos, pero indudablemente la gran mayoría coincide en destacar el enorme reconocimiento que la misma realiza a los derechos humanos. “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político” nos afirma su artículo 2, mientras que los artículos 22 y 23, bajo el título de las disposiciones generales, expresamente indican, respectivamente, que “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” y que “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 en 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.”².

- 1 Abogada, doctora en Derecho *summa cum laude* UCAB, especialista en ciencias penales y criminológicas, miembro honorario de la Academia Mexicana de Derecho, profesora de pre y postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello, miembro del Consejo Consultivo del Centro de DDHH de la Universidad Metropolitana, merecedora de condecoraciones por sus méritos profesionales y contribución al mejoramiento de las Instituciones Jurídicas y por destacada labor en pro de los DDHH. Autora del libro *La Corte Penal Internacional ¿Tutela Judicial efectiva y eficaz?*. Articulista en diversas publicaciones.
- 2 Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nro.36.860 del 30 de diciembre de 1999.

Como se observa, del propio texto constitucional se desprende que Venezuela, al menos desde un punto de vista axiológico, se constituye en un Estado Constitucional de Derecho, donde la relación entre Estado e individuo debe estar garantizada por el respeto que este último merece en cuanto a la valía de su propia existencia e individualidad frente al poder del Estado, cuyos límites precisamente, derivan de la idea del individuo como sujeto de derechos inherentes a su propia existencia. De esta forma, la suscripción y ratificación de convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos, constituyó, hasta hace poco, una constante natural y consecuencia lógica de esta visión humanista. Dentro de este contexto, Venezuela firmó el 17 de octubre de 1998, el denominado Estatuto de Roma (ER) que crea a la Corte Penal Internacional (CPI), primera corte penal de carácter permanente para el establecimiento de la responsabilidad penal individual ante la comisión de alguno de los crímenes que allí se tipifican como lo son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión, el cual fue posteriormente ratificado el 7 de junio de 2000, siendo publicada en Gaceta Oficial Nro. 5.507 extraordinaria en fecha 13 de diciembre de ese mismo año su ley aprobatoria, por lo que el país se constituye en Estado Parte del mismo. Cuál es el alcance de esta pertenencia y su aplicabilidad en el país junto a un breve análisis comparativo en relación al debido proceso, serán precisamente los temas a tratar en el presente trabajo, que mediante el estudio de algunas sus instituciones jurídicas, nos permitirán arribar a las conclusiones que aquí se expresan.

Algunas consideraciones previas

La creación y el establecimiento de una Corte Penal Internacional de carácter permanente, con atribuciones para juzgar a las personas naturales por la supuesta comisión de alguno de los crímenes que tipifica el Estatuto de Roma, es sin duda un enorme y encomiable logro que envía un claro mensaje no sólo a los individuos sino incluso a los miembros de la comunidad internacional: el mundo no está dispuesto a observar con indiferencia lo que ocurre en cada país, bajo la excusa de criterios que hoy resultan arcaicos, como lo son la soberanía mal entendida o la existencia de fronteras que impida la intervención internacional, cuando se coloquen en riesgo o se vulneren normas del *ius cogens*, que afectan los valores esenciales de la sociedad, porque atentan directamente contra el individuo en cuanto a su humanidad.

De esta forma, conviene analizar y precisar las coincidencias y las diferencias que encontramos en el Estatuto de Roma en relación al ordenamiento interno venezolano, a la luz de nuestra Constitución, fundamentalmente en relación al proceso para el establecimiento de esa responsabilidad penal de la persona natu-

ral. Si bien debemos partir de la idea de que en principio, todo juzgamiento surge a los fines de obtener una sentencia que determine la responsabilidad penal de quien resulte sujeto del proceso, lo cierto es que no es suficiente un proceso penal en sí mismo, sino que este debe responder a un debido proceso, donde se brinden todas las garantías al imputado y por tanto se ponga límites al poder del Estado, toda vez que existe o tiene por finalidad, el restablecimiento de la situación jurídica infringida, la condena del culpable y la absolución del inocente, basada en la verdad procesal, donde por tanto, en palabras de Roxin “el principio de formalidad no es menos importante que la condena y el restablecimiento de la paz jurídica porque sin este principio no hay paz jurídica tampoco.”³.

Ahora bien, el derecho internacional penal presenta una dinámica propia y unos fines propios, lo que sin duda será determinante para entender su naturaleza y objetivos. De esa forma, conviene hacer mención a la obra de Alberto Nanzer “*Disclosure e integridad procesal en el caso Lubanga. El respeto de las reglas procesales y la fundamentación del derecho penal internacional*”⁴ quien destaca algunas posturas doctrinales en relación a este tema, que sin duda nos permiten entender un poco más sus características. Comienza citando a Mirjan Damaska, quien afirma que el derecho internacional penal “debe desarrollar estándares más modestos que tomen debidamente en cuenta <la situación peculiar de estos tribunales y las circunstancias peculiares que en ellos operan.> . Por su parte, cuando se refiere a Ohlin indica que para este autor, “el juzgamiento también procura otras cosas: ofrecer a las víctimas un foro que les permita difundir su martirio y recuperar así su dignidad ultrajada; legar a las generaciones venideras una reconstrucción fidedigna de lo ocurrido; disuadir a futuros dictadores que se propongan cometer esos crímenes aberrantes; restablecer y afianzar la paz entre los pueblos, etcétera”. Para Ohlin, continúa, los crímenes internacionales se dan en un contexto de “supresión de la juridicidad”, por lo que “el proceso penal internacional antes que nada es una vindicación del derecho... El juzgamiento no persigue el restablecimiento efectivo del Estado de derecho a través del castigo penal; no se hace *para* lograr que la región involucrada incorpore instituciones republicanas o democráticas. La comunidad internacional, simplemente se presenta allí donde sea necesario desagraviar el derecho... Si esta intuición es correcta, deberíamos postular una justificación deontológica de la justicia penal: hacemos procesos

3 Claus Roxin, *Derecho Penal, parte general tomo I Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Editorial Civitas S.A. 1997.

4 Alberto Nanzer, “*Disclosure e integridad procesal en el caso Lubanga. El respeto de las reglas procesales y la fundamentación del derecho penal internacional*”. *Análisis de la Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional. El Caso Lubanga*. Bogotá, Editores Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Christian Steiner, Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 90 y ss.

penales simplemente porque es lo correcto”⁵. Por su parte, para Primoratz⁶, nos dice, “la condena vehemente del crimen combatido reivindica el derecho que ha sido trasgredido; además, reafirma el derecho subjetivo que el autor ha violado y demuestra que el mal cometido constituye efectivamente un crimen. Esta reivindicación no es un fin externo a la pena-como sucede en cambio con la prevención del crimen-; la conformación de la vigencia del derecho *es* propiamente la pena.”. Cuando analiza la postura de David Luban⁷ señala que para el autor, “la justicia penal internacional representa un mecanismo indispensable de proyección normativa” y que “más allá de su valor instrumental... los juicios son en sí mismos actos expresivos; la sola realización de ellos pone de manifiesto que los crímenes internacionales son hechos horribles e inaceptables, y no un simple ejercicio de la razón de Estado propio de situaciones extraordinarias... el enfoque de Luban es relevante aquí porque destaca que, en verdad, el centro de gravedad de la justicia está en el juicio y no en la pena.”⁸. De lo anterior se desprende, que son múltiples y variadas las posturas que tratan de determinar la finalidad del derecho internacional penal, lo que sin duda se reflejará en la materialización de su dinámica y en los principios que lo rigen, por lo que más allá de la imposición de una pena, lo cierto es que, tal como se ha entendido, incluso dentro del concepto de reparación integral de la víctima, el juzgamiento en sí mismo y el acceso a la justicia, podría constituir una reparación, por lo que la finalidad del proceso internacional penal iría más allá de la imposición de una pena. Sin embargo, compartimos criterio con Olásolo cuando afirma, que el fin último que persigue el derecho internacional penal es “la protección de los valores esenciales sobre los que se construye la sociedad internacional mediante la prohibición, bajo la amenaza de una pena, de aquellas conductas que más gravemente los afectan”⁹, lo que nos permite destacar, tal como incluso lo hace el preámbulo del Estatuto de Roma, el carácter no sólo retributivo sino preventivo del mismo.

En todo caso, debemos recordar que conforme al artículo 21.3 del Estatuto de Roma, fuente directa del derecho internacional penal, expresamente se consagra que la aplicación e interpretación del derecho deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en el género, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión

5 Ibid., 94.

6 Igor Primoratz, *Punishment as Language* 1989 Citado por Nanzer Ibid., 95.

7 David Luban, *Fairness to Rightness Oxford 2010*, citado por Nanzer Ibid., 96-97.

8 Ibid., 97.

9 Héctor Olásolo, “Los fines del derecho internacional penal International.” 29 *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 93-146, 2016. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-29.fdiip>

política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

Breve análisis comparativo

Visto lo anterior, urge determinar si el juzgamiento ante la Corte Penal Internacional de algún nacional, respetaría los derechos consagrados en nuestra Constitución y en el resto de los Tratados Internacionales vinculados a los derechos humanos que hacen parte del bloque constitucional, en virtud a lo establecido en el artículo 23 de la misma. Así, debemos iniciar el análisis que nos corresponde, haciendo referencia al artículo 49 de la Carta Magna, que si bien no define lo que debe entenderse por debido proceso, establece todos los derechos y garantías que de manera concurrente deben ser observados en cualquier proceso para poder hablar de uno debido. De esta forma, el principio *“nulla poena sine iudicio”* se ve complementado por la necesidad no sólo de un juicio sino de uno que otorgue garantías a las partes, fundamentalmente al imputado. Esta visión garantista, producto de la evolución del concepto de Estado de derecho, ofrece al individuo garantías jurídicas y procesales bajo el establecimiento de normas claras que lo protegen ante el poder del Estado, así como límites precisos en el ejercicio de la función jurisdiccional que a raíz del pacto social se le atribuyen, como lo es la capacidad de juzgar. De esta manera, si bien le corresponderá al Estado la función de administrar justicia, esta no podrá ser arbitraria, caprichosa, improvisada o desigual, sino estar basada en normas previamente conocidas por los ciudadanos donde el respeto a su valía y dignidad personal, así como la equidad y su derecho a la defensa, se encuentren presentes en todo momento. Analicemos entonces de manera detallada lo que el artículo 49 contrae en cada uno de sus ordinales.

“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas la actuaciones judiciales y administrativas, en consecuencia:

La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.”

El ordinal primero comprende varios derechos. El primero, y sin duda el punto de partida para la existencia de los otros, lo constituye el derecho a la defensa desde el mismo momento del inicio de la investigación y por supuesto durante el proceso propiamente dicho; defensa esta que de conformidad a nuestro orde-

namiento jurídico debe materializarse no sólo a través de la denominada defensa material practicada por el imputado, sino por la técnica, realizada por un profesional del derecho, la cual es necesaria, pública, obligatoria y debe ser efectiva y libre. Ahora bien, partiendo de la base de que el Estatuto de Roma, combina los sistemas del *civil law* y del *common law*, si bien se garantiza el derecho a la defensa, la implementación del mismo presenta algunas particularidades. En efecto, debemos comenzar indicando que se distingue entre persona investigada y persona acusada, y que sus derechos también se encuentran garantizados, tal como se desprende de los artículos 55¹⁰ y 67¹¹ respectivamente, aun cuando en re-

10 “Artículo 55 Derechos de las personas durante la investigación 1. En las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto: a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; b) Nadie será sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes; c) Quien haya de ser interrogado en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente contará, sin cargo alguno, con los servicios de un intérprete competente y las traducciones que sean necesarias a los efectos de cumplir el requisito de equidad; y d) Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad salvo por los motivos previstos en el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él. 2. Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio: a) A ser informada de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia; c) A ser asistida por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes; y d) A ser interrogada en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a asistencia letrada.”

11 Artículo 67 Derechos del acusado. 1. En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad: a) A ser informado sin demora y en forma detallada, en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 63, el acusado tendrá derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. El acusado tendrá derecho también a oponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible de conformidad con el presente Estatuto; f) A ser asistido gratuitamente por un intérprete competente y a obtener las traducciones

lación a la defensa técnica presenta la variable, de que la misma no es obligatoria, pudiendo tanto el investigado como el acusado, renunciar voluntariamente a la misma tal como lo indica el contenido de los artículos citados, en concordancia con la Regla 21 referente a la designación de asistencia letrada, que expresamente indica en su ordinal 4 que “Quien opte por representarse a sí mismo lo notificará al Secretario por escrito en la primera oportunidad posible.”¹². Es nuestro criterio, que la defensa técnica pública o privada debe ser obligatoria y por tanto estar presente desde el inicio de la investigación y en todas las etapas del proceso, entre otras consideraciones, por lo engorroso que resulta el mismo, pero adicionalmente consideramos que las expresiones que hacen referencia a que se le designará un defensor de oficio, “siempre que el interés de la justicia lo exija” deben ser eliminadas, toda vez que no se concibe que en interés de la justicia el imputado no se encuentre adecuadamente asistido.

Continuando con el ordinal primero, resulta claro que el derecho a la defensa no podrá ser ni ejercido ni garantizado, sin que se le informe a la persona de manera clara, precisa y circunstanciada los hechos por los cuales se le investiga o se le juzga, es decir, sin conocer los detalles de por qué se le juzga o pretende juzgar y de las pruebas que existen en su contra, así como que se le brinde la posibilidad

necesarias para satisfacer los requisitos de equidad, si en las actuaciones ante la Corte o en los documentos presentados a la Corte se emplea un idioma que no comprende y no habla; g) A no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia; h) A declarar de palabra o por escrito en su defensa sin prestar juramento; y i) A que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas. 2. Además de cualquier otra divulgación de información estipulada en el presente Estatuto, el Fiscal divulgará a la defensa, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar a la credibilidad de las pruebas de cargo. En caso de duda acerca de la aplicación de este párrafo, la Corte decidirá.”

- 12 “Regla 21 Asignación de asistencia letrada 1. Con sujeción al párrafo 2 c) del artículo 55 y el párrafo 1 d) del artículo 67, los criterios y procedimientos para la asignación de asistencia letrada serán enunciados en el Reglamento sobre la base de una propuesta del Secretario previa consulta con el órgano representativo independiente de asociaciones de abogados o jurídicas a que se hace referencia en la subregla 3 de la regla 20. 2. El Secretario confeccionará y mantendrá una lista de abogados que reúnan los criterios enunciados en la regla 22 y en el Reglamento. Se podrá elegir libremente un abogado de esta lista u otro abogado que cumpla los criterios exigidos y esté dispuesto a ser incluido en la lista. 3. Se podrá pedir a la Presidencia que revise la decisión de no dar lugar a la solicitud de nombramiento de abogado. La decisión de la Presidencia será definitiva. De no darse lugar a la solicitud, se podrá presentar al Secretario una nueva en razón de un cambio en las circunstancias. 4. Quien opte por representarse a sí mismo lo notificará al Secretario por escrito en la primera oportunidad posible. 5. Cuando alguien aduzca carecer de medios suficientes para pagar la asistencia letrada y se determine ulteriormente que ese no era el caso, la Sala que sustancie la causa en ese momento podrá dictar una orden para que se reintegre el costo de la prestación de asesoramiento letrado.”

de aportar lo que considere favorable a su posición. Dentro del Estatuto de Roma ello también se encuentra previsto en los artículos antes citados, por lo que dichos derechos, previstos también en tratados internacionales, se reproducen dentro del proceso por ante la Corte Penal Internacional (CPI). Adicionalmente, conviene hacer referencia a la nulidad de las pruebas ilícitas, lo que por argumento en contrario significa que sólo la prueba obtenida lícitamente podrá ser considerada dentro del proceso. De esta forma, el artículo 69.7 del ER expresamente indica que “No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando: a) Esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o b) Su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él”, lo que incluye, por supuesto, que no se reconocerá como válido algún elemento de prueba que haya sido obtenido mediante tortura, coacción, amenaza o cualquier otra forma de violación a alguno de los derechos fundamentales que amparan a las personas. Sin embargo, se hace necesario destacar, que la redacción de la norma arroja algunas dudas y que hubiera resultado más favorable a la garantía del derecho a la defensa, un lenguaje más enfático o claro, toda vez que al utilizarse la expresión “serias dudas”, pareciera que la simple duda no bastase para la determinación de la ilicitud, lo cual, consideramos, no es la aproximación adecuada para el manejo de este tema. Finalmente conviene destacar que expresamente el citado art. 69 en su ordinal 8 advierte que para decidir sobre la admisibilidad o pertinencia de la prueba, no se recurrirá al derecho interno de cada Estado, salvo que lo hagan de conformidad con el artículo 21¹³ del ER y la Regla 63.5¹⁴.

13 Artículo 21 Derecho aplicable 1. La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos. 2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores. 3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

14 Regla 63 Disposiciones generales relativas a la prueba 1. Las reglas probatorias enunciadas en el presente capítulo, junto con el artículo 69, serán aplicables en las actuaciones que se

“Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.”

El conocido principio de la presunción de inocencia, que conlleva a la máxima “*in dubio pro reo*” dentro del derecho continental, en caso de duda debe favorecerse al reo, o al criterio de duda razonable dentro del *common law*, constituye sin duda uno de los principios que integran la columna vertebral del derecho penal y procesal penal dentro de un proceso de corte predominantemente acusatorio. De esta forma el imputado no tiene que probar su inocencia, pues esta se presume, amparada en una presunción *iuris tantum* por supuesto, por lo que corresponderá a quien intente la acción penal, acreditar su pretensión bajo la máxima probatoria de que quien afirma tiene que probar y que el hecho negativo no se prueba. Así, tal como lo señala Ferrajoli¹⁵ “mientras la hipótesis acusatoria prevalece sólo si está confirmada, las contra hipótesis prevalecen con sólo no haber sido refutadas: no desmentirlas, en efecto, aun sin justificar su aceptación como verdaderas, es suficiente para justificar la no aceptación como verdadera de la hipótesis acusatoria”, por lo “que este principio fundamental de la civilidad es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable”. Por su parte, el Estatuto de Roma, lo recoge de manera inequívoca al establecer en su artículo 66:

“Artículo 66. Presunción de inocencia

1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable.
2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado.
3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.”

Sin embargo, encontramos dentro del ER una situación que contraviene la presunción de inocencia, y es la establecida en su art. 58 cuando al hacer referen-

substancien ante todas las Salas. 2. La Sala, de conformidad con el párrafo 9 del artículo 64, tendrá facultades discrecionales para valorar libremente todas las pruebas presentadas a fin de determinar su pertinencia o admisibilidad con arreglo al artículo 69. 3. La Sala se pronunciará sobre las cuestiones de admisibilidad fundadas en las causales enunciadas en el párrafo 7 del artículo 69 que plantee una de las partes o ella misma de oficio de conformidad con el párrafo 9 a) del artículo 64. 4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 66, la Sala no requerirá corroboración de la prueba para demostrar ninguno de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual. 5. Las Salas no aplicarán las normas de derecho interno relativas a la prueba, salvo que lo hagan de conformidad con el artículo 21.

15 Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*. 10 edición, Trotta, Madrid, 2011 pp.151.

cia a los supuestos en que sería procedente dictar una medida preventiva privativa de libertad, expresamente indica en su ordinal 1 literal b) iii) que: En cualquier momento después de iniciada la investigación, la Sala de Cuestiones Preliminares dictará, a solicitud del Fiscal, una orden de detención contra una persona si, tras examinar la solicitud y las pruebas y otra información presentadas por el Fiscal, estuviere convencida de que la detención parece necesaria para en su caso, impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias.

En efecto, de lo anterior se desprende, que se podrá dictar una medida preventiva privativa de libertad, con el objeto de evitar que el beneficiario de la misma, continúe cometiendo el crimen o colaborando con su comisión, lo cual, tal como nos lo señala Modollel “es contradictorio con el principio de presunción de inocencia que debe enmarcar la detención preventiva... Parece claro que en la filosofía del Estatuto la detención preventiva no está concebida únicamente como un medio para garantizar las resultas del proceso, sino que también podría cumplir un claro fin de prevención (¿especial?) o de *defensa social*. La detención preventiva prevista en el Estatuto opera como una auténtica medida preventiva, policial, como una actividad de evitación a futuros delitos. Ello contradice evidentemente la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual de manera expresa ha señalado que la detención preventiva no puede cumplir fin de prevención alguno.”¹⁶

“Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.”

El derecho a ser oído ante un juez idóneo y dentro de un plazo razonable, conlleva a que no se puede dictar sentencia sin que la persona haya entendido los cargos en su contra y haya sido previamente escuchada dentro del marco de un proceso que no debe sufrir dilaciones indebidas. Ahora bien, el concepto de plazo razonable hace referencia a un doble aspecto. El primero, al control judicial de la detención y el segundo a que el proceso se realice con celeridad, tal como ha sido reconocido en todos los tratados internacionales vinculados a la materia¹⁷. Por su

16 Juan Luis Modollel González. “Breves notas sobre la detención preventiva en el sistema interamericano de derechos humanos”. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*- Tomo II. Montevideo, KAS, 2011. pp.475. (caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador).

17 Declaración Universal de los DDHH. Artículo 8. “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que

parte, ya la Comisión Interamericana de DDHH desde el año 1996, estableció “que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad.”¹⁸. Pero adicionalmente, y dentro de todo proceso penal, surge la necesidad de vincular la medida preventiva privativa de libertad y el tiempo que tome el juzgamiento, no siendo recomendable, por precisamente constituir una violación al principio in comento, el mantenimiento de la misma, cuando el proceso, sin culpa del reo, se dilate de manera indebida toda vez que dicha medida no puede ser jamás considerada como la aplicación anticipada de una pena; de allí que el principio de proporcionalidad, cobre especial relevancia en estas circunstancias ofreciendo como solución que el proceso continúe con el imputado en libertad, si luego de transcurrido un tiempo determinado no haya finalizado el juicio.

Sobre este tema, debemos indicar que una de las principales críticas que en nuestra opinión se puede hacer al Estatuto de Roma y a sus documentos complementarios, es precisamente la ausencia de lapsos procesales, y si bien es cierto, el

violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”.

Convención Americana de los DDHH. Artículo 8. Garantías Judiciales “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...” Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre. Artículo XXV. “...Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad...”. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Artículo 9.3. “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.”. Convenio Europeo de Derechos Humanos Artículo 5.3. “Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1.c, del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio.”.

18 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 11.245 informe 12/96 del 1-3-96.

Manual de las Salas trata de compensar esa situación, también es verdad que lo común es que los lapsos que para cada caso se fijan, tampoco son respetados, alargándose excesivamente y por años los juicios que la misma adelanta. Por su parte, en cuanto a la situación de la privación de libertad del acusado, si bien el ER expresamente indica, en su artículo 60.4 que la Sala de Cuestiones Preliminares se asegurará de que la detención en espera de juicio no se prolongue excesivamente a causa de una demora inexcusable del Fiscal y que si se produjere dicha demora, la Corte considerará la posibilidad de poner en libertad al detenido, con o sin condiciones, sin perjuicio de que si fuere necesario se pudiera dictar una nueva orden de detención, ello no resuelve el problema práctico de la falta de celeridad en cada uno de los casos¹⁹.

Por otra parte, resulta evidente que se hace necesario, a los fines de garantizar una adecuada defensa, que la persona sujeta a una investigación o a un proceso propiamente dicho, comprenda y entienda el idioma en que se formulan los cargos en su contra y que al mismo tiempo pueda expresar lo que a bien tenga tanto al juez como a las partes, por lo que la necesidad de un intérprete que traduzca de manera bilateral y recíproca resulta incuestionable²⁰. En este mismo sentido se pronuncia el ER, primero en relación al investigado a quien de conformidad con el art. 55.1.c se le garantiza que cuando sea “interrogado en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente contará, sin cargo alguno, con los servicios de un intérprete competente y las traducciones que sean necesarias a los efectos de cumplir el requisito de equidad”; y posteriormente en cuanto al acusado a quien, tal como establece el art.67.1.f se le asegura “contar con la asistencia gratuita de un intérprete competente y con las traducciones necesarias para satisfacer los requisitos de equidad si en las actuaciones ante la Corte o en los documentos presentados a la Corte se emplea un idioma que no comprende y no habla.”.

“Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad

19 Al respecto debemos hacer referencia al denominado caso Bemba, quien luego de haber permanecido diez años detenido en prisión preventiva, fue absuelto por la Sala de Apelaciones. Para conocer los detalles jurídicos del caso Bemba, recomendamos este enlace que desarrollado en español ofrece la información más relevante del tema. ICC, <http://www.coalitionfortheicc.org/es/news/20180621/jeanpierre-bemba-gombo-absuelto-por-la-camara-de-apelaciones-de-la-cpi> (consultado 04/05/2025).

20 Al respecto art. 14.3.f Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art.8.2.a y f Convención Americana sobre Derechos Humanos; art.6.3.e Convenio Europeo de Derechos Humanos.

de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.”

El derecho a ser juzgado por un juez competente, independiente, imparcial ante un tribunal ordinario o especial previamente ya establecido, obedece al conocido principio del juez natural, que impide crear tribunales ad hoc o especiales, para que conocer de hechos cometidos con anterioridad a su creación²¹. Sobre este particular, debemos recordar que es precisamente la Corte Penal Internacional, la primera corte penal internacional de carácter permanente creada y establecida para el juzgamiento de las personas naturales y que su competencia temporal se refiere a la eventual comisión de algún delito sobre los cuales tiene competencia material: i) que se haya producido a partir del 1 de julio 2002, fecha en la que entra en vigencia el ER; ii) a partir de la fecha en que el ER haya entrado en vigencia para el Estado que se adhirió al mismo o; iii) la fecha de aceptación por parte del Estado No Parte, todo de conformidad a lo establecido en los artículos 11 y 12 del ER²². Lo anterior resulta importante de destacar, toda vez

21 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Art. 14 “Toda persona tiene derecho a ser juzgada por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley”. Convención Americana sobre Derechos Humanos: Art 8.1 garantiza el derecho a ser juzgado por un “tribunal competente... establecido con anterioridad a la ley”. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Art. 47 reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, incluyendo el derecho a un tribunal imparcial”.

22 Artículo 11 Competencia temporal 1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto. 2. Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12. Artículo 12. Condiciones previas para el ejercicio de la competencia: 1. El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5. 2. En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3: a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave; b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen. 3. Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX. Artículo 124 Disposición de transición. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se

que su creación supera las críticas recibidas por los tribunales que la anteceden como lo son el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tokio) Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia (Tribunal de la ex Yugoslavia) y Tribunal Internacional Penal para Ruanda (Tribunal de Ruanda) entre otros, en cuanto a que los mismos fueron constituidos con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, por lo que se violaba el principio del juez natural.

“Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.”

Este derecho conocido a nivel nacional, como el “precepto constitucional”, *Nemo tenetur se ipsum accusare*, comprende varios aspectos. El primero, que nadie está obligado a incriminarse a sí mismo; el segundo, que el imputado tiene derecho a guardar silencio (a no declarar) y que dicho silencio no puede perjudicarlo y; el tercero, a declarar sólo parcialmente y en todo caso a hacerlo sin juramento²³. Este derecho a la no autoincriminación, responde sin duda al principio de la no exigibilidad de otra conducta. Entendiéndose entonces que se trata de un derecho al que se puede renunciar, el imputado podrá declarar las veces que quiera hacerlo, lo que implica que incluso será posible la alternativa de la confesión, siempre y cuando esta se realice con los debidos requisitos, a saber: que la misma sea voluntaria, pura y simple, personal y versar sobre los hechos objeto del proceso, contra la que también la retractación será permitida y valorada. De esta forma, conviene hacer breve mención a la muy conocida Declaración Miranda o *Miranda Rights*, que surge de la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en 1966 en la caso de *Miranda vs. Arizona* en la que se desarrolla a profundidad este derecho, así como al de la defensa técnica, advirtiéndole al Estado que tiene la obligación de recordarle continuamente al detenido que tiene el derecho a guardar silencio y que si decide voluntariamente renunciar al mismo, lo tiene que hacer con la conciencia clara de que todo lo que diga podrá y será usado en su contra en una corte de derecho. De igual forma, indica la senten-

hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123.

- 23 El derecho a guardar silencio se encuentra consagrado en el art. 14.3.g PIDCP, art. 8.2.g CADH, art. 6 CEDH, Principio 9 Principios de Mallorca entre otros. En el sistema del common law, contrariamente a lo indicado, si el imputado decide declarar lo haría bajo juramento.

cia, que resulta inaudito que el Estado con todo su aparataje, poderío y recursos, se concentre exclusivamente en obtener una confesión del imputado²⁴. Este derecho a la no autoincriminación, se encuentra también previsto en el ER así como la posibilidad de la confesión, la cual será valorada junto a las demás pruebas. Sin embargo, y de conformidad a lo establecido en el art. 65 en concordancia con el 64.8.a al momento de comenzar el juicio, la Sala de Primera Instancia interroga al acusado sobre si quiere declararse inocente o culpable, y en este último caso, sólo una vez constatadas las condiciones necesarias para ello, como lo serían que la declaración haya sido voluntaria y debidamente consultada con el abogado defensor, que comprende el alcance de su dicho y las consecuencias que del mismo se derivan y al mismo tiempo existen otras pruebas que avalen los hechos, podrá condenarlo. Sin embargo, y a pesar de esa declaración de culpabilidad, la Sala podría descartarla si considera que no se cumplieron todos los requisitos anteriores o cuando en interés de la justicia y/o de las víctimas considere que lo más conveniente es continuar, en cuyo caso la declaración de culpabilidad se tendrá por no formulada.

“Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.”

Del conocido principio de legalidad “*Nulla crimen nulla poena sine previa lege*”, columna vertebral del sistema penal continental, se desprenden, tal como lo indica Jauchen²⁵ cuatro repercusiones prohibitivas: a) prohibición de la analogía (salvo *bonan* parte); b) prohibición de derecho consuetudinario; c) prohibición de retroactividad, salvo que beneficie al reo y; d) prohibición de leyes y penas indeterminadas. No cabe duda que este principio brinda seguridad jurídica, al indicar no sólo las conductas que deberán ser consideradas como delictivas, mediante una descripción clara a través de verbos rectores y los resultados obtenidos ya sea por dolo en la voluntariedad para su consecución o por culpa, sino los sujetos activos de los mismos, es decir, las personas naturales que podrían constituirse en responsables por los hechos descritos en cualquiera de sus formas de autoría, coautoría, participación o coparticipación criminal. La primera pregunta entonces es si en base a este principio, surge la necesidad o no de tipificar los crímenes que contrae el ER dentro de nuestra legislación interna. Sostenemos que no. Tal como se desarrollará más adelante, somos de la opinión, al igual que gran parte de la doctrina, que ello no es necesario, en virtud a la naturaleza del ER, el cual si bien no es en sí mismo un tratado de derechos humanos, no deja de ser uno

24 United States Courts, <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona> (consultada 04/05/2025).

25 Eduardo Jauchen, *Derechos del Imputado*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2005.

que los protege, por lo que su aplicabilidad se desprende del art. 23 de la propia Constitución.

Ahora bien, en cuanto a si el ER contempla este principio, la respuesta es parcialmente afirmativa, tal como lo veremos a continuación. Comencemos por destacar que existe consenso en cuanto a que como quiera que las normas de derecho internacional penal se nutren también del derecho internacional y del derecho público internacional, lo que permite como fuentes tanto al derecho consuetudinario como los principios generales del Derecho, ello otorga cierta flexibilidad a este principio, lo que constituye “no su abandono sino la desformalización del mismo”²⁶. De manera similar se pronuncia Kai Ambos quien afirma que “no puede exigirse (entonces) una determinación formal en el sentido de un ordenamiento jurídico escrito. Antes bien, es ya suficiente con un estándar razonable o inteligible; con otras palabras, en derecho penal internacional se ha de tolerar un determinado grado de inseguridad.”²⁷. Estas consideraciones se encuentran reflejadas en el artículo 21 del ER cuando expresamente indica en su ordinal 1.b.c, en cuanto al derecho aplicable, que el mismo podrá abarcar “cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.”.

Ello no obsta, sin embargo, a que de manera expresa el ER contemple en sus principios generales, específicamente en sus artículos 22 y 23, el principio de legalidad en los siguientes términos:

“Artículo 22 *Nullum crimen sine lege* 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.”

26 Natacha G. Viada *Derecho penal y globalización*. Madrid, Marcial Pons, 2009.

27 Kai Ambos, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (Montevideo: Traducción Ezequiel Malarino, Fundación Konrad Adenauer, 2005), p. 86.

“Artículo 23 *Nulla poena sine lege*. Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.”

Como consecuencia de lo anterior, debemos realizar algunas observaciones. Si bien es cierto que los crímenes previstos en el ER se encuentran tipificados en los artículos 6 (genocidio), 7 (lesa humanidad), 8 (crímenes de guerra) y 8bis (crimen de agresión), y que conforme al art. 9 el documento de los elementos de los crímenes complementan su tipicidad, así como que los artículos 25 y siguientes, establecen los criterios de exigencia para la responsabilidad individual, el art. 30 el elemento del dolo o de la intencionalidad, el 31 las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal, el 32 el error de hecho y de derecho y el 33 las disposiciones legales a ser aplicadas en caso de órdenes superiores, algunas normas del ER podrían menoscabar este principio. Comencemos por señalar lo establecido en el art. 7.1.k cuando indica que podrá ser considerado un crimen de lesa humanidad “Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.” No cabe duda que una disposición en estos términos podría considerarse como violatoria al principio de legalidad stricto sensu, por lo que la CPI en el caso de Katanga y Ngudjolo se apresuró a dictaminar que “los otros actos inhumanos deben ser considerados tales cuando se trate de serias violaciones del Derecho internacional consuetudinario, y de los derechos básicos correspondientes a todo ser humano según normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que sean de una naturaleza y gravedad similares a los actos a los que se refiere el artículo 7.1 del Estatuto”²⁸. Debemos también mencionar otro elemento, vinculado no ya en cuanto a la tipificación de la conducta sino con relación a la pena aplicable. En este sentido, algunas voces afirman que como quiera que en el ER no se establecen las penas con límites mínimos y máximos sino sólo el máximo, ello atentaría contra dicho principio. En nuestra opinión, ello no es así, toda vez que al establecerse el máximo de la pena resulta posible calcular la media e incluso la pena resultante luego de la consideración de cualquier atenuante o agravante. Señalan los arts. 77 y 78:

“Artículo 77 Penas aplicables

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o

28 Alejandro J. Rodríguez Morales, *Crímenes Internacionales y responsabilidad ante la Corte Penal internacional* Tribuna editorial jurídica, Caracas:2018, pp. 103-104.

b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y

las circunstancias personales del condenado.

2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.”

“Artículo 78 Imposición de la pena

1. Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

2. La Corte, al imponer una pena de reclusión, abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito.

3. Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 77.”²⁹.

29 Regla 145 Imposición de la pena 1. La Corte, al imponer una pena de conformidad con el párrafo 1 del artículo 78: a) Tendrá presente que la totalidad de la pena de reclusión o multa, según proceda, que se imponga con arreglo al artículo 77 debe reflejar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal; b) Ponderará todos los factores pertinentes, entre ellos los atenuantes y los agravantes, y tendrá en cuenta las circunstancias del condenado y las del crimen; c) Además de los factores mencionados en el párrafo 1 del artículo 78, tendrá en cuenta, entre otras cosas, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado. 2. Además de los factores mencionados en la regla precedente, la Corte tendrá en cuenta, según proceda: a) Circunstancias atenuantes como las siguientes: i) Las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción; ii) La conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas

Continuando con el tema de la pena, y aun cuando ya no se trata del análisis del principio de legalidad sino de la posibilidad que contiene el ER de la condena a cadena perpetua, lo cual resulta incompatible con nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que nuestra Constitución establece expresamente en su art. 44.3 que la pena no excederá de 30 años, conviene destacar que ello tampoco constituye impedimento alguno para la validez del ER dentro de nuestro ordenamiento interno. En efecto, se debe recordar que el cumplimiento de la pena impuesta como resultado de un proceso ante la CPI, no se realizará en la sede de la Corte ubicada en La Haya, sino en cualquier Estado Parte, con quien la misma haya celebrado algún convenio, previo el aseguramiento de que cumple con las condiciones necesarias para el tratamiento de los reclusos, y que dicho Estado podría imponer las condiciones para el recibimiento de dicho recluso tal como se desprende del art. 103 del ER³⁰. De esta forma, la situación podría ser solventa-

o cooperar con la Corte; b) Como circunstancias agravantes: i) Cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la Corte o de naturaleza similar; ii) El abuso de poder o del cargo oficial; iii) Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa; iv) Que el crimen se haya cometido con especial crueldad o haya habido muchas víctimas; v) Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21; vi) Otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas. 3. Podrá imponerse la pena de reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado puestas de manifiesto por la existencia de una o más circunstancias agravantes.

- 30 Artículo 103. Función de los Estados en la ejecución de las penas privativas de libertad 1. a) La pena privativa de libertad se cumplirá en un Estado designado por la Corte sobre la base de una lista de Estados que hayan manifestado a la Corte que están dispuestos a recibir condenados; b) En el momento de declarar que está dispuesto a recibir condenados, el Estado podrá poner condiciones a reserva de que sean aceptadas por la Corte y estén en conformidad con la presente Parte; c) El Estado designado en un caso determinado indicará sin demora a la Corte si acepta la designación. 2. a) El Estado de ejecución de la pena notificará a la Corte cualesquiera circunstancias, incluido el cumplimiento de las condiciones aceptadas con arreglo al párrafo 1, que pudieren afectar materialmente a las condiciones o la duración de la privación de libertad. Las circunstancias conocidas o previsibles deberán ponerse en conocimiento de la Corte con una antelación mínima de 45 días. Durante este período, el Estado de ejecución no adoptará medida alguna que redunde en perjuicio de lo dispuesto en el artículo 110; b) La Corte, si no puede aceptar las circunstancias a que se hace referencia en el apartado a), lo notificará al Estado de ejecución y procederá de conformidad con el párrafo 1 del artículo 104. 3. La Corte, al ejercer su facultad discrecional de efectuar la designación prevista en el párrafo 1, tendrá en cuenta: a) El principio de que los Estados Partes deben compartir la responsabilidad por la ejecución de las penas privativas de libertad de conformidad con los principios de distribución equitativa que establezcan las Reglas de Procedimiento y Prueba; b) La aplicación de normas de tratados internacionales generalmente aceptadas sobre el tratamiento de los reclusos; c) La opinión del condenado; d) La nacionalidad del condenado; y e) Otros factores relativos a las circunstancias del crimen o del condenado, o a la ejecución eficaz de la pena, según procedan en la designación

da de dos maneras distintas: i) la pena no podría ser ejecutada en Venezuela; ii) Venezuela podría establecer de manera expresa que el cumplimiento de la pena no excederá del límite ya indicado, tal como otros países lo han establecido³¹. Conviene de igual forma recordar, que hasta el presente ningún caso sentenciado por la CPI ha impuesto una pena superior a los 30 años.

En cuanto al principio de no irretroactividad de la ley penal, salvo que beneficie al reo, el Estatuto contiene de forma inequívoca este principio en su art. 24 cuando expresamente señala que “1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. 2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.”.

“Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.”

Los principios de non bis in ídem (no dos veces por lo mismo) y cosa juzgada³² buscan impedir la múltiple persecución penal simultánea o sucesivamente, siempre y cuando estemos en presencia de la denominada triple identidad: personal, objeto (hechos) y causa. Siendo principios que brindan seguridad jurídica, en la cosa juzgada, una vez agotados los recursos derivados de las sentencias producidas en un debido proceso, se pone fin a este de manera definitiva, por lo que se entiende que no se podrá volver a intentar una causa idéntica contra la misma persona que verse sobre los mismos hechos. De esta forma lo que se persigue es evitar una doble persecución penal simultánea o sucesiva y/o una doble sanción

del Estado de ejecución. 4. De no designarse un Estado de conformidad con el párrafo 1, la pena privativa de libertad se cumplirá en el establecimiento penitenciario que designe el Estado anfitrión, de conformidad con las condiciones estipuladas en el acuerdo relativo a la sede a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 3. En ese caso, los gastos que entrañe la ejecución de la pena privativa de libertad serán sufragados por la Corte.

31 Jacinto Pérez Arias, *El proceso ante la Corte Penal Internacional (Instancia, apelación y facultad revisora)* indica: “Así, por ejemplo, en España, se establece mediante la Disposición Adicional Única de la Ley Orgánica 6/2000 de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional que “A efectos de lo previsto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 103 del Estatuto, se autoriza la formulación de la siguiente Declaración: “España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española.” Disponible: <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/27215/1/elprocesoantelacorte.pdf>

32 Art.14.7 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

por idénticos hechos y sujetos. Como excepción al principio, encontramos el recurso de revisión penal que podrá intentarse en todo tiempo, que versa exclusivamente sobre los hechos y que obra de manera exclusiva a favor del condenado.

Por su parte, el ER contiene en su art. 20 el principio de cosa juzgada.

“Artículo 20. Cosa juzgada

1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte.

2. Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto.

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.”

Lo anterior, nos obliga también a destacar lo establecido en el art. 17 referente a las cuestiones de inadmisibilidad, donde expresamente indica:

“Artículo 17. Cuestiones de admisibilidad

1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20”;

Debemos señalar también que el principio de *non bis in idem*, no se encuentra consagrado en la Parte III del Estatuto que contiene los principios generales del derecho penal y que el mismo no se materializa de manera cabal en el proceso ante la CPI, tal como se desprende de la posibilidad que tiene el Fiscal de presentar nuevas pruebas ante un cargo determinado, a los fines de la celebración de una nueva audiencia de confirmación de cargos, luego de que la Sala de Cues-

ciones Preliminares lo haya declarado sin lugar, lo que en nuestro criterio atenta contra la seguridad jurídica del imputado.

En cuanto al ordinal 8 del art. 49 de la Constitución, referido a la responsabilidad extracontractual del Estado ya sea por error judicial, producto de dolo, negligencia, imprudencia o impericia sin que medie una causa de justificación, retardo u omisión injustificados, consideramos que trasciende el objeto del presente trabajo, por lo que no lo desarrollaremos en esta oportunidad.

Resulta sin embargo muy importante destacar, que al igual que nuestra Constitución establece en su artículo 24 que ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena y que cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo, una disposición similar se encuentra en el ER, en su también art. 24 que expresamente dispone:

“Art. 24. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. 2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.”

Alcance de la aplicación del Estatuto de Roma en Venezuela.

Establecido lo anterior, surgen en el país dos grandes discusiones íntimamente vinculadas, en torno a la efectiva aplicabilidad del Estatuto de Roma, motivadas, la primera, en razón a la naturaleza jurídica del mismo y el segundo en torno al concepto de soberanía. En relación al primer aspecto, el debate gira en torno a que parte de la doctrina considera que estamos en presencia de un tratado de derechos humanos, mientras que otra duda de tal condición, lo que en definitiva se traduce en la necesidad o no de sancionar una ley interna para la efectiva aplicabilidad del Estatuto a nivel nacional. Los partidarios de esta segunda posición, insisten en que si bien el Estatuto de Roma fue aprobado y ratificado por la nación, lo cierto es que su materialización real requiere de la aprobación y sanción de una ley aprobatoria interna que ajuste y desarrolle los criterios jurídico penales y procesales penales necesarios para ello, toda vez que, señalan, el mismo contiene instituciones que no sólo no se adecúan a la legislación nacional en estas materias o que incluso la contradicen sino que al no tratarse de un tratado de derechos humanos no puede ser invocada la disposición contenida en el artículo 23 de la Constitución al cual ya hemos hecho referencia³³.

33 Al respecto destacan las posturas mantenidas por Thairi Moya Sánchez, < Capítulo VI: Las modalidades de implementación del Estatuto de Roma y el establecimiento de las condenas a los superiores>> en, La figura de la atribución de la responsabilidad establecida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Colección de Estudios Jurídicos N°

Ahora bien, aun cuando se debe reconocer que a nivel internacional algunos países han procedido a la redacción y posterior aprobación de leyes internas para la implementación del Estatuto de Roma dentro de su ordenamiento jurídico, lo cierto es que algunas de estas leyes se refieren fundamentalmente a las relaciones de cooperación entre las jurisdicciones nacionales y la Corte Penal Internacional, tal como ocurre en España con la Ley Orgánica 18/2003 de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional³⁴ o con la Ley 742 de 2002 de Colombia³⁵. Sin embargo, en este último caso, la Corte Constitucional en su sentencia 578/02, si bien reconoce al Estatuto, lo hace indicando que la obligación del Estado Colombiano, lo es en cuanto y tanto a la cooperación que le debe a la CPI, en relación a la competencia complementaria de la misma, pero que dentro del territorio nacional se aplica el ordenamiento jurídico interno, dando a entender entonces que no hace suyas las disposiciones adjetivas

137, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Editorial Jurídica Venezolana, pp. 550-551, Caracas, 2019, entre otros.

34 <https://www.boe.es/eli/es/lo/2003/12/10/18/con>

35 Enlace sentencia 578/02 colombia. Destaca la sentencia, entre otras consideraciones “*Las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de la competencia de la Corte Penal Internacional. Las disposiciones en él contenidas no rempazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana. Lo anterior no obsta para que las autoridades colombianas cuando cooperen con la Corte Penal Internacional y le presten asistencia judicial, en los términos de las Partes IX y X del Estatuto y demás normas concordantes, apliquen las disposiciones del tratado dentro del ámbito regulado en él. En algunas materias, estas disposiciones del Estatuto pueden requerir desarrollos normativos internos para facilitar la cooperación... Como el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia.* En tercer lugar, si bien es cierto que los Estados son soberanos para definir las sanciones y procedimientos penales internos que resulten más adecuados para impedir la impunidad frente a crímenes tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, existe un consenso internacional en torno a que tal regulación debe hacerse de manera compatible con el deber de protección de los derechos humanos y de respeto al derecho internacional humanitario y, por lo tanto, las limitaciones a la soberanía en estas materias han sido aceptadas por los Estados como parte de su compromiso de garantizar la efectividad de tales derechos. El Estatuto de Roma reitera ese compromiso y reafirma el consenso internacional en la materia. El estándar de protección que recoge el Estatuto de Roma no es distinto de otros compromisos internacionales en la materia, pero si más efectivo, por cuanto recoge un anhelo de la comunidad internacional de garantizar que no exista impunidad frente a los crímenes más atroces...” <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-578-02.htm>

o sustantivas contenida en el Estatuto de Roma. Dice la sentencia:

“Las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de la competencia de la Corte Penal Internacional. Las disposiciones en él contenidas no remplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana. Lo anterior no obsta para que las autoridades colombianas cuando cooperen con la Corte Penal Internacional y le presten asistencia judicial, en los términos de las Partes IX y X del Estatuto y demás normas concordantes, apliquen las disposiciones del tratado dentro del ámbito regulado en él. En algunas materias, estas disposiciones del Estatuto pueden requerir desarrollos normativos internos para facilitar la cooperación...”

Como el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia.”

Sin embargo, posteriormente, mediante sentencia 290/12, la misma Corte Constitucional amplía sus criterios afirmando, entre otros, que *“la Corte Constitucional ha traído a colación el texto del Estatuto de Roma, no como parámetro para ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes, sino como un elemento que permite reforzar una determinada construcción argumentativa”* o *“ha operado un reenvío hacia el Estatuto de Roma, con el fin de dotar de contenido y alcance una determinada expresión legal, tal y como ha sucedido con los crímenes de guerra (C- 1076 de 2002)”* y *“no todo el texto del Estatuto de Roma hace parte del bloque de constitucionalidad, lo cual no obsta para que algunos de sus artículos sí lo conformen”*, también establece cuando trata el tema de la imprescriptibilidad que *“así la acción penal o la pena hayan prescrito en Colombia, en relación con uno de los crímenes de competencia de la CPI, de llegar a presentarse los presupuestos que activan la competencia de aquélla (principio de complementariedad), el órgano internacional podrá investigar y sancionar a los responsables.”*³⁶.

Vistas algunas de las posiciones que niegan la naturaleza del Estatuto de Roma como un tratado de derechos humanos, otras posturas afirman precisamente lo contrario, estableciendo que si bien el mismo no hace referencia expresa a ser un tratado de dicha naturaleza, su contenido debe ser así entendido, toda

36 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-290-12.htm>

vez que procura, precisamente evitar la violación de aquellos, fundamentalmente cuando, tal como ya lo hemos indicado, el propio preámbulo destaca dentro de su triple objetivo, prevenir la comisión de los crímenes. En efecto, establece su preámbulo:

“Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad, Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia, decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes, recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”³⁷

En este sentido, se pronuncia Carlos Ayala Corao quien afirma:

“Los tratados relativos a los derechos humanos se diferencian del resto de los tratados tradicionales que se celebran para el beneficio mutuo de los Estados Partes, tanto por su contenido, como por su propósito. Al respecto, la Corte IDH señala que el objeto y fin de los tratados de derechos humanos es la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, tanto frente al propio Estado como frente a los demás Estados Partes (...) En consecuencia, los tratados que tienen por objeto y propósito la protección de los derechos que emanan de la dignidad de la persona humana son tratados relativos a los derechos humanos. Tal es el caso de los tratados sobre derechos humanos tanto del sistema universal (ONU) como del Sistema Interamericano (OEA). Sin embargo, en otros casos, aunque los tratados no tienen el objeto propio de reconocer derechos humanos, sí tienen por propósito la protección de las víctimas de violación de los derechos humanos o asegurar la investigación y sanción de los responsables de los crímenes internacionales contra los derechos humanos. Tal es el caso del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI)”³⁸.

Dentro de esta misma línea, Jesús María Casal, al hacer referencia a la interpretación y alcance que se debe dar al artículo 23 constitucional indica que “el

37 [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

38 Carlos Ayala Corao, *Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional*, en, Libro homenaje a Humberto J. La Roche Rincón, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001.

mismo cristaliza en un precepto constitucional la tendencia doctrinal y jurisprudencial favorable a la “constitucionalización de los derechos humanos”, es decir a la aceptación del valor constitucional de los derechos consagrados en los tratados internacionales sobre derechos humanos” y que por tanto “Como principio general, no es preciso que sean dictadas leyes u otros actos de desarrollo de las disposiciones del tratado para que los jueces deban incluirlo en su tarea jurisdiccional, dentro del marco de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico y conforme a lo establecido en el tratado correspondiente”³⁹.

Por su parte, y manteniendo postura similar, Andrea Santacruz afirma que “el Estatuto de Roma, al tipificar los crímenes más graves en contra de la humanidad, pretende proteger los derechos humanos y evitar que ocurran nuevamente atrocidades, en consecuencia, debe ser entendido como una norma de derechos humanos, que formaría parte del ordenamiento jurídico nacional conforme al artículo 23 de la Constitución, por lo que la ausencia de tipificación de los crímenes atroces en el Código Penal no impediría el juzgamiento en sede nacional de estos, ya que los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma se integran al bloque de la constitucionalidad y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales de la República a la luz del prenombrado artículo 23.”⁴⁰.

Adicionalmente, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Metropolitana, en su estudio de noviembre de 2020 intitulado “La aplicabilidad del Estatuto de Roma en el ordenamiento jurídico venezolano” afirma:

“el Estatuto de Roma por ser un tratado que ofrece garantías negativas (en el sentido que no garantiza el goce sino que prohíbe eventuales violaciones de los DDHH), porque su objeto es la protección de derechos humanos, además de que establece la obligación de los Estados de juzgar crímenes atroces, es un tratado cuyo carácter es de derechos humanos y, según el artículo 23 de la Constitución, tiene rango constitucional y prevalece sobre el ordenamiento interno en la medida que genere derechos o garantías más favorables a las establecidas en la Constitución...” y agrega:

“...para la inclusión en el ordenamiento jurídico venezolano de derechos y garantías en materia de derechos humanos no es necesaria la armonización del derecho interno con los tratados que los establezcan por medio de una ley, pues, aun cuando esto sería lo deseable, como lo indicamos anteriormente, un Estado Constitucional de Derecho es tal en la medida que ofrezca garantías de protección de los derechos humanos, dándole a estos rango constitucional y promoviendo

39 Jesús María Casal, *Los derechos humanos y su protección*, Caracas, UCAB, 2009, pp. 52-53.

40 Andrea Santacruz Salazar, *El Estatuto de Roma como tratado en materia de derechos humanos*, Caracas 2024.

un sistema progresivo que aumente las garantías e incorpore cada vez más derechos. Por lo tanto, la interpretación con respecto al alcance de los tratados en materia de derechos humanos no debe ser restrictiva y debe aceptar que cuando un tratado ofrezca garantías y mecanismos de reparación, este también debe incluirse en el ordenamiento jurídico interno pues un Estado no puede negarle a sus ciudadanos el goce y ejercicio de un derecho humano por requisitos formales, pues su reconocimiento es un requisito sustancial del Estado de Derecho.”

Conviene también destacar la postura de Balaguer Callejón quien al referirse a la importancia de los derechos fundamentales afirma:

“Cuando hablamos de los derechos fundamentales en relación con la interpretación de las normas jurídicas, hacemos referencia a la interpretación específica de un determinado tipo de normas, que el constituyente ha querido reforzar tanto en la fase de elaboración como de aplicación, porque ha considerado más importantes ciertos derechos, llamados fundamentales...”

Esa aplicación inmediata de los derechos fundamentales da cuenta de su importancia en la medida en que su aplicación no precisa de la *interpositio legislatoris*, sino que es directa sin necesidad de desarrollo legislativo. Esa aplicación inmediata es sobre todo un mandato de la Constitución dirigido al poder judicial, que debe estimar el derecho desde la formulación directa y sin intermediación legislativa, hasta el punto de que en el caso de que esté prevista norma alguna en relación con la reparación del derecho, el TC ha estimado que la omisión del legislador puede ser suplida en esa interpretación constitucional.⁴¹

Siendo partidarios de estas últimas posturas, consideramos, que las afirmaciones hechas en el sentido de que aceptar la aplicación del Estatuto de Roma sin la preexistencia de una ley interna que se refiera a este particular, constituiría una violación a la soberanía nacional, carecen de fundamento jurídico, no solo por los razonamientos expuestos en cuanto a la naturaleza del Estatuto y su vinculación directa con el artículo 23 constitucional, sino porque además, dejan a un lado un elemento fundamental como lo es que la Corte Penal Internacional posee competencia complementaria a las jurisdicciones nacionales de los Estados Partes, por lo que sólo conocerá de algún caso, cuando se constate que dicho Estado no puede o no quiere llevar a cabo procesos genuinos y legítimos contra los máximos presuntos responsables de la comisión de alguno de los crímenes

41 María Luisa Balaguer Callejón. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2022. pp. 207-208.

sobre los cuales posee competencia material, tal como lo establece el artículo 17 del Estatuto de Roma⁴².

Sobre este particular debemos indicar que el principio general en cuanto a la competencia de la CPI responde precisamente al principio de la complementariedad, el cual sin embargo, debe ser usado con mucha cautela toda vez que una errónea interpretación, basado precisamente en el concepto arcaico de la soberanía nacional, podría dar lugar a impunidad, evitando la necesaria intervención de la Corte. De esta forma, tal como ya se indicó, corresponderá a los Estados, en primer término o como primera opción, el conocimiento y juzgamiento de los presuntos responsables de la comisión de alguno de los crímenes, pero cuando ello no ocurra, porque el Estado en cuestión no quiera o no pueda hacerlo, o porque se realice un proceso no para la obtención de la justicia, sino precisamente para sustraer al presunto sujeto activo de la misma, no siendo por tanto genuino el juicio que se adelante en su contra, conocerá la CPI. Lo anterior se desprende de lo establecido en los ordinales 2 y 3 del art. 17 del ER que expresamente indican:

42 Art. 17. Cuestiones de admisibilidad 1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte. 2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. 3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio

“Artículo 17. Cuestiones de admisibilidad

2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.”

No queda duda que la competencia de la CPI constituye un tema muy álgido para la comunidad internacional, por lo que la complementariedad no solo fue ampliamente debatida durante la redacción del ER sino que con posterioridad ha venido desarrollándose en cuanto a su pertinencia y alcance. Así, encontramos que en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, conocida como la Conferencia de Kampala, del 31 de mayo al 11 de junio de 2010, se reconoce la responsabilidad primigenia de los Estados en las labores de investigación y de juzgamiento, mientras que la Fiscalía afirma en su Documento de política general sobre exámenes preliminares que “solo interviene cuando no existan procedimientos nacionales auténticos” y que “los Estados tienen la responsabilidad primordial de prevenir y castigar los crímenes, mientras que los procedimientos ante la CPI deben ser una excepción a la norma⁴³. Por ello, se ha desarrollado incluso el concepto de complementariedad positiva, entendida esta como la ayuda o colaboración que la Fiscalía puede prestar a los Estados Partes para que sean estos quienes investiguen y juzguen. “En el curso de

43 Corte Penal Internacional, <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP->

sus actividades de examen preliminar, la Fiscalía procurará contribuir a los dos objetivos fundamentales del Estatuto de Roma: poner fin a la impunidad, fomentando la realización de procedimientos nacionales auténticos, y prevenir la comisión de crímenes”, dice el citado documento de política general sobre exámenes preliminares de la Fiscalía en su párrafo 16 mientras que en el 102 señala: “La naturaleza de los esfuerzos de la Fiscalía encaminados a fomentar los procedimientos nacionales auténticos dependerá de las circunstancias predominantes... la Fiscalía puede dar cuenta de sus actividades de seguimiento, enviar misiones a los países, pedir información sobre los procedimientos, entablar consultas con las autoridades nacionales y con organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, participar en actividades de sensibilización sobre la CPI, intercambiar las enseñanzas obtenidas y las mejores prácticas a fin de apoyar las estrategias nacionales de investigación y enjuiciamiento y asistir a las partes interesadas pertinentes a detectar vacíos de impunidad y las posibles medidas de subsanación. La interacción que exista entre la Fiscalía y las autoridades nacionales no puede interpretarse como una validación de los procedimientos nacionales, que estarán sujetos a un examen independiente por parte de la Fiscalía en el que se tendrán en cuenta todos los factores y la información pertinentes.”.

Conviene sin embargo destacar, la posición de Olásolo quien, a nuestro criterio de manera muy asertiva, afirma que a pesar de todo lo dicho, lo cierto es que estamos en presencia de una “primacía material de la CPI puesto que es esta última la que tiene la última palabra sobre si, a la luz de las actuaciones de las jurisdicciones nacionales, una situación es admisible ante la CPI”⁴⁴.

Ahora bien, retomando el tema en cuanto la aplicación del Estatuto de Roma sin la necesaria existencia de una ley interna que se refiera a este particular, debemos destacar también, que se ha venido produciendo un cambio dentro de la jurisprudencia nacional, que se aleja de la tradición jurídica que venía desarrollándose, incluso bajo la vigencia de la Constitución de 1961, que se supone era menos garantista que la actual. De esta forma, se constata que si bien es fundamental y resulta de suma valía un ordenamiento jurídico garantista y respetuoso de los derechos humanos, ello no es suficiente cuando quienes regentan el poder a través de sus diversas instituciones, lo aplican de manera alejada a los valores democráticos y del estado constitucional de Derecho, tal como paradójicamente se desprende de los actuales criterios manifestados por el Tribunal Supremo de Justicia, que se alejan de los sostenidos por la otrora Corte Suprema de Justicia. En efecto, era tradición, considerar que los tratados y convenios internacionales vinculados a los derechos humanos, establecían un parámetro de constitucio-

44 Héctor Olásolo, “El principio de complementariedad y las estrategias de la CPI en la fase de examen preliminar”. *Revista electrónica de estudios internacionales* Nro. 24. 2012, p.5.

nalidad, lo que conllevaba a su reconocimiento y por ende aplicación dentro del derecho interno, tal como se desprende de su reiterada jurisprudencia⁴⁵. Por el contrario, el actual Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido, cuando hace referencia a los tratados suscritos y ratificados por la República sobre los derechos humanos, que los mismos “son aplicables en lo que a la substancialidad se refiere y no respecto a lo procesal o adjetivo, porque sería renunciar a la soberanía”⁴⁶ y que “Mientras existan estados soberanos, sujetos a Constituciones que les crean el marco jurídico dentro de sus límites territoriales y donde los órganos de administración de justicia ejercen la función jurisdiccional dentro de ese Estado, las sentencias de la justicia supranacional o transnacional para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución. Pretender en el país lo contrario sería que Venezuela renunciara a la soberanía.”⁴⁷. No queda duda que los argumentos expresados, sirvieron de fundamento para arribar a la lamentable sentencia de la Sala Constitucional 1939 de fecha 18 de diciembre 2008, en la cual declara “inejecutable” la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 5 de agosto de 2008, que han sido constantemente aplicados en otros casos⁴⁸.

En relación a algunas voces que se alzan señalando la necesidad de que en virtud del principio de legalidad se haría necesaria la tipificación de los delitos en la legislación interna, consideramos que siendo consecuentes con nuestra posición, ello no sería necesario, toda vez que por todas las razones expuestas, el mismo ya forma parte de esta; pero en todo caso, y para el supuesto negado de que así se considerase, es importante destacar que ello no obstaría para el enjuiciamiento de los presuntos responsables ante la CPI, toda vez que al haber sido el Estatuto de Roma suscrito y ratificado por el Estado, se autoriza a la CPI a hacerlo, toda vez que la misma se rige por el ER y no por el derecho interno de cada Estado, situación esta que nos haría llegar a la conclusión, de que en ese caso, la competencia de la CPI dejaría de ser complementaria y pasaría a ser primigenia.

45 En este sentido vale la pena destacar, las sentencias del 29 de abril de 1965, 3 de diciembre de 1990 de la Sala Política Administrativa, la de Sala Plena del 14 de octubre de 1997.

46 Sentencia 1505 dictada por la Sala de Casación Penal del TSJ en fecha 15 de noviembre del 2000.

47 Sentencia 1942 del 15 de julio de 2003.

48 Esta sentencia se refiere al paradigmático y recordado caso Ruggeri, Rocha y Apitz. Otros: Corte Interamericana De Derechos Humanos Caso Granier Y Otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela Resumen Oficial Emitido Por La Corte Interamericana, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de junio de 2015, pp. 5 [citado el 23 de septiembre de 2020]: disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_293_esp.pdf.

En todo caso, debemos recordar que nuestra propia Constitución Nacional, en su artículo 29 expresamente indica que el Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades y que las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles; de donde se desprende que la falta de juzgamiento constituiría una violación constitucional que debería ser reparada por la participación de la CPI en cuanto a su competencia complementaria. Pero indica además este artículo, que tanto esas violaciones y como la comisión de los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios, quedando dichos delitos excluidos de los beneficios del indulto y la amnistía, todo ello en perfecta coincidencia con lo establecido en el Estatuto de Roma que en su art. 29 expresamente indica que “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán” y si bien, de manera expresa el ER no hace referencia a la prohibición de la amnistía, lo cierto es que dicha prohibición no sólo se deduce de sus objetivos, sino que como quiera que el derecho aplicable por la CPI, tiene como fuente también los tratados y convenios vinculados a los derechos humanos internacionalmente reconocidos, tal como lo establece el art.21 del ER, ello se deduce de manera incontrovertida⁴⁹.

Finalmente debemos destacar que nuestra Constitución establece en su artículo 31 que “Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos y que el Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo” lo que nos

49 Artículo 21 Derecho aplicable1. La Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

permite afirmar, que las víctimas, ante la ausencia de una respuesta adecuada por parte del Estado, en este caso, el inicio de una investigación y el juzgamiento creíble de los presuntos responsables de los crímenes, tienen derecho a exigir que la CPI ejerza su competencia para ello, toda vez que dentro de sus objetivos se encuentran no sólo acabar con la impunidad y prevenir la ocurrencia de nuevos crímenes, sino también la reparación integral de las víctimas.

Conclusiones

El establecimiento de una corte penal internacional de carácter permanente para el juzgamiento de las personas naturales que cometan los más abominables crímenes contra la humanidad constituye un logro fundamental en el desarrollo del Derecho. Quedan atrás de esta forma, las críticas vinculadas a las violaciones al principio del juez natural que de manera constante se presentaban en los tribunales *ad hoc* creados para el necesario juzgamiento de estos crímenes, ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, del cual Venezuela se constituye en Estado Parte. Ahora bien, resulta indiscutible que el desarrollo del derecho internacional penal se encuentra íntimamente vinculado a la propia evolución de los derechos humanos y del derecho humanitario lo cual ha conllevado a la necesaria flexibilización en la aplicación de algunos principios propios de derecho penal y procesal penal. Sin embargo, y a pesar de algunas consideraciones puntuales a las cuales se ha hecho referencia, el proceso previsto en el Estatuto de Roma y desarrollado ante la Corte Penal Internacional, satisface las exigencias necesarias para poder afirmar, que se está en presencia de un debido proceso garantista con igualdad de armas entre las partes y la consagración de manera inequívoca del derecho a la defensa y de los otros derechos que se desprenden de aquél.

Visto lo anterior, y al ser el Estatuto de Roma un tratado que protege los derechos humanos, su incorporación al ordenamiento jurídico venezolano se materializó al momento de haber sido ratificado, todo ello en virtud de lo establecido en el artículo 23 de la Constitución. De esta forma, nada obsta para que la Corte Penal Internacional tenga competencia para conocer y juzgar la ocurrencia de alguno de los crímenes sobre los cuales tenga competencia material y temporal, una vez se constate que en el país no se quiera o no se puedan instaurar procesos auténticos contra los presuntos responsables, todo ello en virtud de la competencia complementaria que la misma posee.

Referencias Bibliográficas

- AMBOS, Kai. La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática Traducción Ezequiel Malarino, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005.
- ARANGO HAUPT, Susana. El papel de la Corte Penal Internacional en la Protección de los Derechos Humanos. 2014. Disponible en: *Dialnet-ElPapelDeLaCortePenalInternacionalEnLaProteccionDe-7277384.pdf*
- AYALA CORAO, Carlos. Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional. Libro homenaje a Humberto J. La Roche Rincón, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico.
- Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2022.
- BECHAR ALTER, Tamara. La Corte Penal Internacional ¿Tutela judicial efectiva y eficaz? Abediciones Colección Letra Viva Ucab, Caracas, 2023.
- BINDER, Alberto. Derecho Procesal Penal. Tomo III. AdHoc, Buenos Aires, 2017.
- CASAL, Jesús María. Los derechos humanos y su protección, Caracas, UCAB, 2009.
- Centro de Derechos Humanos de la Universidad Metropolitana. La aplicabilidad del Estatuto de Roma en el ordenamiento jurídico venezolano. Caracas, 2020.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 11.245 informe 12/96 del 1-3-96.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 (Extraordinario), marzo 24, 2000.
- Convención Americana de Derechos Humanos. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 31.256, junio, 1977.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos
- Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Sentencia CoIDH 5 de agosto 2008 https://www.corteidh.or.cr/docs/seriec_182_esp
- Sentencia 22 de junio 2025 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_293_esp.pdf.
- Corte Constitucional de Colombia
- <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-578-02.htm>
- <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-290-12.htm>
- Corte Penal Internacional

- Documento de Procedimiento y Prueba
- Documento de Política General sobre Exámenes Preliminares, 2013
- Reglamento del Estatuto de Roma.
- <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP>
- <http://www.coalitionfortheicc.org/es/news/20180621/jeanpierre-bemba-gombo-absuelto-por-la-camara-de-apelaciones-de-la-cpi>
- Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre.
- Declaración de Kampala. Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.
- Declaration Miranda. United States Courts, <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.507 (Extraordinario), diciembre 13, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. 10 edición, Trotta, Madrid, 2011.
- JAUCHEN, Eduardo. Derechos del Imputado. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2005.
- LANDA ARROYO, César. El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú Tribunal Constitucional del Perú Corte Interamericana de Derechos Humanos. Colección Cuadernos de Análisis de la Jurisprudencia. Vol. I Academia de la Magistratura, Lima, 2012.
- Ley Orgánica 18/2003 de Cooperación con la Corte Penal Internacional (España). <https://www.boe.es/eli/es/lo/2003/12/10/18/con>
- Miranda Rights. United States Courts, <https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona>
- MODELL GONZÁLEZ, Juan Luis. Breves notas sobre la detención preventiva en el sistema interamericano de derechos humanos. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*- Tomo II. Montevideo, KAS, 2011. pp.475. (caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador).
- MOYA SÁNCHEZ, Thairi. Las modalidades de implementación del Estatuto de Roma y el establecimiento de las condenas a los superiores. La figura de la atribución de la responsabilidad establecida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Colección de Estudios Jurídicos N° 137, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Editorial Jurídica Venezolana, pp. 550-551, Caracas, 2019.

- NANZER, Alberto. *Disclosure* e integridad procesal en el caso Lubanga. El respeto de las reglas procesales y la fundamentación del derecho penal internacional. *Análisis de la Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional. El Caso Lubanga*. Bogotá, Editores Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Christian Steiner, Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- OLÁSOLO, Héctor Olásolo. Los fines del derecho internacional penal International. International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 93-146, 2016. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-29>. Fdip
- El principio de complementariedad y las estrategias de la CPI en la fase de examen preliminar. Revista electrónica de estudios internacionales Nro. 24. 2012.
- Ensayos de Derecho Penal y Procesal Penal Internacional. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2011.
- GALAIN PALERMO, Pablo. Los desafíos del derecho internacional penal. Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- PÉREZ ARIAS, Jacinto. El proceso ante la Corte Penal Internacional (Instancia, apelación y facultad revisora <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/27215/1/elprocesoantelacorte.pdf>
- RODRÍGUEZ MORALES Alejandro J. Crímenes Internacionales y responsabilidad ante la Corte Penal internacional Tribuna editorial jurídica, Caracas, 2018.
- ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general tomo I Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Editorial Civitas S.A. 1997
- SANTACRUZ SALAZAR, Andrea. El Estatuto de Roma como tratado en materia de derechos humanos, Caracas 2024.
- Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia 1505 dictada por la Sala de Casación Penal del TSJ en fecha 15 de noviembre del 2000 Buscar link.
- Sentencia 1942 del 15 de julio de 2003. Buscar
- TORRES CHEDRAUI, Ana María. *Derechos humanos y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Una propuesta de armonización. Granada, Comares, 2015.
- VIADA, Natacha G. Derecho penal y globalización. Madrid, Marcial Pons, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Hacia un realismo penal marginal. Monte Ávila Editores Latinoamericana, Caracas, 1993.

Comentarios sobre base legal de la Orden Ejecutiva de deportación masiva de migrantes venezolanos miembros de una banda criminal denominada *Tren de Aragua*, emitida mediante proclamación del Presidente de los Estados Unidos en marzo de 2025, en aplicación de la Ley de Enemigos Extranjeros de 1798. Significado y algunos efectos jurídicos y políticos

Allan R. Brewer-Carías¹

El viernes 14 de marzo de 2025, el Presidente de los Estados Unidos, invocando la aplicación de una Ley denominada *Alien Enemies Act* (Ley AEA) (Ley de Enemigos Extranjeros) de 1798, emitió una Proclamación (*Invocation of the Alien Enemies Act Regarding the Invasion of The United States by Tren de Aragua*), para declarar que una banda criminal que tuvo su origen en Venezuela denominada *Tren de Aragua*, la cual previamente había sido declarada por el Ejecutivo como “organización terrorista criminal extranjera”, estaba llevando a cabo una invasión de los Estados Unidos,² con la consecuencia inmediata de declarar a todos los miembros de la misma como “enemigos extranjeros”, ordenándose su aprehensión inmediata, su detención y su deportación del territorio de los Estados Unidos.

1 Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela. Individuo de Número, Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

2 La Proclamación fue publicada al día siguiente 14 de marzo de 2025. Véase el texto, que está disponible en <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/03/invocation-of-the-alien-enemies-act-regarding-the-invasion-of-the-united-states-by-tren-de-aragua/>

I. Antecedente inmediato: la designación del Tren de Aragua como organización terrorista extranjera por el Departamento de Estado

Esta Proclamación presidencial, como se indica en su texto, tuvo como supuesto de base la previa designación formal del *Tren de Aragua TdA* como Organización Terrorista Extranjera (*Foreign Terrorist Organizations (FTOs)* y Terroristas Globales Especialmente Designados (*Specially Designated Global Terrorists (SDGTs)*), lo que se había hecho el 20 de febrero de 2025 por el Departamento de Estado del Gobierno de los Estados Unidos, en consulta con la *Attorney General* y el Secretario del Tesoro (de conformidad con 8 U.S.C. 1189), con el objeto de proteger a la:

“nación, al pueblo estadounidense y a nuestro hemisferio poniendo fin a las campañas de violencia y terror cometidas por los cárteles internacionales y las organizaciones transnacionales.”

La designación abarcó a las siguientes ocho organizaciones “*Tren de Aragua (TdA)*, *Mara Salvatrucha (MS-13)*, *Cártel de Sinaloa*, *Cártel de Jalisco Nueva Generación (CJNG)*, *Cártel del Noreste (CDN)*, *La Nueva Familia Michoacana (LNFM)*, *Cártel de Golfo (CDG)*, and *Cárteles Unidos (CU)*.”

Luego de describir cada una de las organizaciones designadas, en cuanto al *Tren de Aragua*, en la Designación se indicó que:

“es una *organización transnacional* que se originó en *Venezuela* con células en *Colombia*, *Perú* y *Chile*, con reportes adicionales de presencia esporádica en *Ecuador*, *Bolivia* y *Brasil*. Este brutal grupo criminal ha llevado a cabo secuestros, ha extorsionado empresas, sobornado a funcionarios públicos, autorizado a sus miembros a *atacar y matar a las fuerzas del orden de Estados Unidos* y asesinado a una figura de la oposición venezolana.”³

- 3 Dicha organización criminal, en efecto, se originó en Venezuela, como se ha estudiado exhaustivamente, como una banda de delincuentes que además ganó el control de las cárceles más importantes del país, desde las cuales operó con el conocimiento del gobierno. Véase entre otros el libro de Ronna Rísquez, *El Tren de Aragua. La banda que revolucionó el crimen organizado en América Latina*, Editorial Dahbar, 2023. Para 2024 se informaba de la presencia del Tren de Aragua en los Estados Unidos. Véase, por ejemplo: Juan Forero, “Gang From Venezuela Gains Toehold in U.S.” en *The Wall Street Journal*, 13 septiembre 2024, pp. A1 y A5. Sin embargo, en febrero de 2025 se reportaba que las Agencias de Inteligencia de los Estados Unidos habían elaborado un Informe en el cual se indicaba que el Tren de Aragua no estaba controlado por el Gobierno en Venezuela, y que los miembros de la organización que estaban en los Estados Unidos no habían sido enviado por el mismo. Véase las referencias en Rebecca Hanson, David Smilde y Verónica Zubillaga, “This is Not the Right Way to Curb Migration,” en *The New York Times*, 5 abril 2025, p. A21

El objetivo de estas Designaciones de organizaciones terroristas, según el mismo texto de la Designación del 20 de febrero de 2025, era exponer y aislar a entidades e individuos, negándoles el “acceso al sistema financiero de los Estados Unidos y a los recursos que necesitan para llevar a cabo ataques”; ; agregando que:

“como resultado de las acciones tomadas hoy, todos los bienes e intereses en bienes de aquellos designados hoy que se encuentran en los Estados Unidos o que están en posesión o control de una persona estadounidense están bloqueados, y las personas estadounidenses generalmente tienen prohibido participar en transacciones con ellos. Además, las designaciones pueden ayudar a las acciones de aplicación de la ley de otras agencias y gobiernos de los EE. UU.”⁴

II. Fundamento legal de la proclamación: la Ley de Enemigos Extranjeros de 1798

Luego de esta Designación formal del *Tren de Aragua* como organización terrorista extranjera, el Presidente de los Estados Unidos, invocando la Ley de Enemigos Extranjeros de 1798 (C 50 U.S. Code § 21et seq. – *Restricción, regulación y expulsión*), emitió la mencionada Proclamación publicada el 15 de marzo de 2025 (*Invocación de la Ley de Enemigos Extranjeros en relación con la invasión de los Estados Unidos por el Tren de Aragua*).⁵

Dicha Ley de 1798 (50 U.S.C.)⁶, fue dictada hace más de doscientos veinticinco años, para prevenir en aquel momento alguna posible invasión de parte de ejércitos franceses, en los años siguientes a la Revolución Francesa. Durante toda su vigencia solo se había aplicado en tres ocasiones en toda la historia de los Estados Unidos, precisamente *siempre en una situación de guerra*: en tiempos de la Guerra contra el Reino Unido de 1812, en tiempos de la Primera Guerra Mundial en 1917 y en tiempos de la Segunda Guerra Mundial en 1941. En este último caso fue, por ejemplo, un instrumento importante para imponer restricciones y para detener y deportar personas de nacionalidad japonesa, alemana e italiana,

4 Véase el texto de este documento que está disponible en: <https://www.state.gov/designation-of-international-cartels/>

5 Véase el texto de la Proclamación que está disponible en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/03/invasion-of-the-alien-enemies-act-regarding-the-invasion-of-the-united-states-by-tren-de-aragua/>

6 Véase el comentario sobre la aplicación de la ley en el documento: “The Alien Enemy Act: History and Potential Use to Remove Members of International Criminal Cartels,” preparado por el *Congressional Research Service (CRS)*, en *Congress.gov*, disponible en: <https://www.congress.gov/crs-product/LSB11269#:~:text=The%20Alien%20Enemy%20Act%20of%201798%20is%20a%20wartime%20measure,restraining%20citizens%20or%20nationals%20of>

con cuyos países los Estados Unidos estaba en guerra, solo basándose en el hecho de que esas personas eran *nativas, ciudadanos, habitantes o súbditos de la nación o gobierno hostil*.

La Ley, a tales efectos, dispone lo siguiente:

“§ 21. *Restricción, regulación y remoción.* Siempre que haya una *guerra declarada* entre los Estados Unidos y cualquier *nación o gobierno extranjero*, o cualquier *invasión o incursión depredadora* sea perpetrada, intentada o amenazada contra el territorio de los Estados Unidos por cualquier *nación o gobierno extranjero*, y el Presidente proclame públicamente el evento, todos los *nativos, ciudadanos, habitantes o súbditos de la nación o gobierno hostil*, siendo mayores de catorce años de edad, que se encuentren dentro de los Estados Unidos y no estén efectivamente naturalizados, estarán sujetos a ser aprehendidos, restringidos, asegurados y removidos como enemigos extranjeros.

El Presidente está autorizado, en tal caso, por su Proclamación del mismo, u otro acto público, para dirigir la conducta que debe observarse por parte de los Estados Unidos hacia los extranjeros que se hagan responsables; la forma y el grado de la restricción a que estarán sujetos y en qué casos, y con qué seguridad se les permitirá residir, y disponer la expulsión de aquellos que, no estando autorizados a residir dentro de los Estados Unidos, se nieguen o se descuiden a salir del mismo; y establecer las demás normas que se consideren necesarias en los locales y para la seguridad pública.”⁸

Una lectura franca de este texto permite pensar que efectivamente se trata de una ley sancionada en y para *tiempos de guerra*, mediante la cual se autorizó al Presidente de los Estados Unidos para detener o deportar a *nativos, ciudadanos, habitantes o súbditos de la nación o gobierno hostil*, únicamente basada en el país de nacimiento, ciudadanía o residencia del extranjero o inmigrante, que debe ser la *nación hostil*. Para cuando la Ley se dictó, ya la Quinta Enmienda a la Cons-

7 Fue el caso, por ejemplo de la *Proclamation 2525-Alien Enemies*, Japanese de 7 de diciembre de 1941 del Presidente Franklin D. Roosevelt, emitida el mismo día del ataque de Japón a la Flota de Estados Unidos en Pearl Harbor, Hawai, en la cual, considerando que “una invasión ha sido perpetrada en territorio de los Estados Unidos por el Imperio del Japón,” declaró enemigos extranjeros a los *nativos, ciudadanos, habitantes o súbditos de Imperio de Japón, considerado como nación o gobierno hostil*. Disponible en: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/proclamation-2525-alien-enemies-japanese>.

8 Véase el texto de la Ley que está disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l/uscode/uscode1940-00305/uscode1940-003050003/uscode1940-003050003.pdf>; y en <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title50/chapter3&edition=prelim> Véase sobre la Ley, por ejemplo, los comentarios del Brennan Center. Disponible en: <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/alien-enemies-act-explained>

titución, que fue aprobada en 1791, estaba vigente, con la cual toda persona ya tenía garantizado el derecho a no ser “privado de su vida, de su libertad y de su propiedad sin el debido proceso legal.”.

Como resulta de su propio texto, la Ley se puede aplicar cuando ha habido una *declaración de guerra contra una nación o gobierno extranjero* (“*nación enemiga*” o “*nación hostil*”) lo cual solo puede hacerlo el Congreso; o cuando un *gobierno extranjero* amenace o emprenda una “*invasión*” o “*incursión depredadora*” contra el territorio de los Estados Unidos, y solo puede referirse a *nativos, ciudadanos, habitantes o súbditos de la nación o gobierno hostil*.

Debe observarse, por otra parte, que la Ley, además del párrafo 21, antes transcrito, tal como lo observó el Juez Federal Alvin K. Hellerstein del Distrito Sur de Nueva York el 6 de mayo de 2025, en una de las múltiples sentencias que se han dictado en casos derivados de la aplicación de la Ley⁹, es el único que “convenientemente” se ha citado, indicando que contiene otros dos párrafos establecidos entre otras cosas, para precisamente garantizar el debido proceso a los extranjeros que puedan estar afectados por la Ley.

El párrafo 22 de la Ley, en efecto, garantiza a los extranjeros que “no son imputables de hostilidad real u otro delito contra la seguridad pública”, un “tiempo razonable” para auto deportarse y “resolver sus asuntos”,¹⁰ en la forma siguiente:

“§ 22. *Tiempo permitido para arreglar asuntos y salir.* Cuando un extranjero que se torne en responsable como enemigo, en la forma prescrita en la sección 21 de este Título, no sea acusado de hostilidad real u otro delito contra la seguridad pública, se le permitirá, para la recuperación, disposición y retiro de sus bienes y efectos, y para su partida, todo el tiempo que esté o sea estipulado por cualquier tratado entonces en vigor entre los Estados Unidos y la nación hostil o gobierno del que es ciudadano, habitante o súbdito nativo; y donde no exista tal tratado o no esté en vigor, el Presidente podrá determinar y declarar el plazo razonable que sea compatible con la seguridad pública, y de acuerdo con los dictados de la humanidad y la hospitalidad nacional.”.

En cuanto al párrafo 23 de la Ley, también destacado por el Juez Hellerstein del Distrito Sur de Nueva York, dispone que es necesario que se formule “una “queja” (*complaint*) contra el extranjero a quien se considera enemigo, es decir, una notificación específica de los actos cometidos, y se permita el control

9 Véase el texto de la sentencia del Juez Hellerstein que está disponible en: <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.640153/gov.uscourts.nysd.640153.84.0.pdf>

10 Ídem.

judicial por parte de una Corte conforme al Artículo III [de la Constitución] para determinar si hay “causa suficiente que aparezca” antes de que un extranjero pueda ser expulsado”¹¹, en la forma siguiente:

“§ 23. *Jurisdicción de las Cortes y jueces de los Estados Unidos.* “Después de que se haya hecho tal Proclamación, los diversos tribunales de los Estados Unidos que tienen jurisdicción penal, y los diversos jueces y magistrados de los tribunales de los Estados Unidos, están autorizados y será su deber, ante una queja contra cualquier enemigo extranjero residente y en libertad dentro de dicha jurisdicción o distrito, con peligro para la paz o la seguridad públicas, y contraria al tenor o la intención de dicha Proclamación, u otras regulaciones que el Presidente pueda haber establecido, para hacer que dicho extranjero sea debidamente aprehendido y llevado ante dicho tribunal, juez o justicia; y después de un examen completo y audiencia sobre dicha queja, y de que aparezca una causa suficiente, para ordenar que dicho extranjero sea expulsado del territorio de los Estados Unidos, o que dé fianzas por su buena conducta, o que se le restrinja de otra manera, de conformidad con la Proclamación o los reglamentos establecidos como se ha mencionado anteriormente, y para encarcelar o asegurar de otra manera a dicho extranjero, hasta que se ejecute la orden que así se dicte.”

III. La proclamación presidencial del 14 de marzo de 2025 de “Invocación de la Ley de Enemigos Extranjeros en relación con la invasión de los Estados Unidos por el Tren de Aragua”

Fue con base en la antes referida Ley de Enemigos Extranjeros de 1798 que el Presidente de los Estados Unidos, el 14 de marzo de 2025, emitió la antes mencionada Proclamación de “*Invocación de la Ley de Enemigos Extranjeros en relación con la invasión de los Estados Unidos por el Tren de Aragua*”, la cual fue publicada al día siguiente, en horas de la tarde del 15 de marzo de 2025¹² en la cual expresó lo siguiente:

“*Encuentro y declaro que TdA está perpetrando, intentando y amenazando con una invasión o incursión depredadora contra el territorio de los Estados Unidos. TdA está llevando a cabo acciones hostiles y llevando a cabo una guerra irregular contra el territorio de los Estados Unidos, tanto directamente como bajo la dirección, clandestina o de otro tipo, del régimen de Maduro en Venezuela (Secc. 1).*

Como consecuencia de ello, “por la autoridad que me confieren la Con-

11 Idem

12 Véase el texto de la Proclamación que está disponible en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/03/invasion-of-the-alien-enemies-act-regarding-the-invasion-of-the-united-states-by-tren-de-aragua/>

stitución y las leyes de los Estados Unidos de América, incluyendo 50 U.S.C. 21”, y “usando toda la extensión de mi autoridad para conducir los asuntos exteriores de la Nación bajo la Constitución”, para “*proteger al pueblo estadounidense de los efectos devastadores de esta invasión*”, proclamó que: “todos los ciudadanos venezolanos de 14 años o más *que son miembros de TdA*, que están dentro de los Estados Unidos, y no son realmente naturalizados o residentes permanentes legales de los Estados Unidos”, por ser “*un peligro para la paz pública o la seguridad de los Estados Unidos*”, y ser “acusados de *hostilidad real contra los Estados Unidos*” “pueden ser detenidos, restringidos, asegurados y deportados como *enemigos extranjeros*” y, por tanto, como tales.”

“todos esos miembros de *TdA* son, en virtud de su pertenencia a esa organización, *acusados de hostilidad real contra los Estados Unidos* y, por lo tanto, *no son elegibles* para los beneficios de 50 U.S.C. 22. Además, considero y declaro que todos esos *miembros de TdA son un peligro para la paz pública o la seguridad de los Estados Unidos.*” (Secc. 1)

Se destaca de esta sección primera de la Proclamación, que el Presidente expresamente excluyó a los venezolanos declarados como enemigos extranjeros (miembros del *TdA*), de los beneficios regulados en el párrafo 22 de la Ley AEA que le otorga a los extranjeros que “no son imputables de hostilidad real u otro delito contra la seguridad pública” un “tiempo razonable” para auto deportarse y resolver sus asuntos.”.

En la Proclamación, además, el Presidente decidió que todos los extranjeros enemigos antes descritos, “están sujetos a aprehensión inmediata, detención y expulsión, y además, que no se les permita residir en los Estados Unidos (Secc. 3), pudiendo la *Attorney General* y el Secretario de Seguridad Interior (*Homeland Security*), de conformidad con la Ley de Enemigos Extranjeros y la ley aplicable, detener, restringir, asegurar y expulsar” a todos dichos los enemigos extranjeros” (Secc 4).

Se debe destacar que esta declaración tan terminante fue fundamentada en los siguientes motivos que, como declaraciones políticas, fueron expresados en el mismo texto de la Proclamación por el Presidente de los Estados Unidos, al indicar con bastante detalle, que dicha organización terrorista, *Tren de Aragua TdA*:

(i) “*opera en conjunto con el Cártel de los Soles, la empresa de narcoterrorismo patrocinada por el régimen de Nicolás Maduro con sede en Venezuela:*”

(ii) que “*está estrechamente alineada con, y de hecho se ha infiltrado, en el régimen de Maduro, incluido su aparato militar y de aplicación de la ley,*”

(iii) que “*comete delitos brutales*, incluidos asesinatos, secuestros, extorsiones y tráfico de personas, drogas y armas”,

(iv) que “*ha infiltrado ilegalmente en los Estados Unidos y están llevando a cabo una guerra irregular y emprendiendo acciones hostiles contra los Estados Unidos*”,

(v) que “*se ha involucrado y continúa participando en la migración ilegal masiva a los Estados Unidos*” y que ello se hace,

(vi) para “*promover sus objetivos de dañar a los ciudadanos de los Estados Unidos, socavar la seguridad pública*” y

(vii) para “*apoyar el objetivo del régimen de Maduro de desestabilizar las naciones democráticas en las Américas, incluidos los Estados Unidos.*”

IV. Significación política de la proclamación presidencial del 14 de marzo de 2025 respecto del estado venezolano, con la aplicación de la Ley de Enemigos Extranjeros a migrantes venezolanos miembros del “Tren de Aragua”

Con la Proclamación presidencial antes mencionada, si bien no se trata de una proclama formal de *guerra* de los Estados Unidos contra la Nación venezolana, de su texto queda claro cuál es la apreciación y posición política del gobierno de los Estados Unidos tanto respecto del Estado venezolano, como respecto del gobierno del Sr. Nicolás Maduro, del *Tren de Aragua TdA*, y del *Cartel de Los Soles*, como organizaciones terroristas extranjeras designadas, tal como por ejemplo lo apreció el Juez Federal Fernando Rodríguez T., del Circuito Sur de Texas, en sentencia dictada el 1 de mayo de 2025, mediante la cual emitió una *injunction* declarando ilegal la aplicación de la Ley de Enemigos extranjeros de 1798 a venezolanos migrantes detenidos en USA, prohibiendo al Gobierno hacer deportaciones de venezolanos con base en la misma, no sin antes constatar que:

“la Proclamación coloca al gobierno de Venezuela como la entidad controladora de las actividades de TdA en los Estados Unidos. De acuerdo con la Proclamación, TdA “emprende acciones hostiles y lleva a cabo una guerra irregular contra el territorio de los Estados Unidos, tanto directamente como *bajo la dirección . . . del régimen de Maduro en Venezuela*”. Proclamación, 90 Fed. Reg. 13033 (énfasis añadido). Según la Proclamación, Maduro, “quien dice actuar como Presidente de Venezuela... dirige la empresa Cártel de los Soles, patrocinada por el régimen, que se coordina con *TdA y depende de ella. para llevar a cabo su objetivo* de utilizar estupefacientes ilegales como arma[.]” *Ídem.* (sin subrayar en el original). Aunque la Proclamación se centra en las actividades de TdA en los Estados Unidos, co-

loca el control de esas actividades en Maduro, actuando en su supuesto papel de Presidente de Venezuela. En otras palabras, la Proclamación declara que el país de Venezuela, a través de Maduro, dirige y controla las actividades de TdA en los Estados Unidos. Los demandados caracterizan con precisión el mensaje de la Proclamación: “TdA se ha vuelto indistinguible de la Estado venezolano”. (Resp., Doc. 45, 27) Como resultado, la Corte concluye que la Proclamación atribuye la responsabilidad de las acciones de TdA en los Estados Unidos al gobierno venezolano, lo que satisface este aspecto de la AEA.”.

El Juez, incluso por lo que respecta a esta narrativa de la Proclamación, decidió que no podía resolver sobre “la veracidad de las declaraciones sobre hechos contenidas en la Proclamación, o sobre idoneidad de las medidas tomadas por el Presidente en cuanto a los extranjeros venezolanos y los miembros de TdA”, aduciendo que: “la doctrina de la cuestión política prohíbe a la Corte sopesar la verdad de esas declaraciones fácticas, incluso si Maduro dirige las acciones de TdA o el alcance de la actividad criminal a la que se hace referencia¹³.”

Las declaraciones políticas contenidas en la Proclamación y manifestaciones gubernamentales posteriores, en efecto, fueron las siguientes:

Primero, por lo que respecta al Estado venezolano, la Proclamación del Presidente de los Estados Unidos expresó que:

(i) “es un *Estado criminal híbrido*”

(ii) “*que está perpetrando una invasión e incursión depredadora en los Estados Unidos*”,

(iii) “y que *representa un peligro sustancial* para los Estados Unidos.”

13 Véase el texto de la sentencia en: https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.txsd.2000771/gov.uscourts.txsd.2000771.58.0_1.pdf. Véase comentarios sobre la decisión en: Nicholas Riccardi, AOP, “Judge bars deportations of Venezuelans from South Texas under 18th Century wartime law. The federal judge is the first to rule that the Alien Enemies Act can’t be used against immigrants that the Trump administration claims are gang members invading the U.S.,” en *The Texas Tribune*, 1 mayo 2025, disponible en: <https://www.texastribune.org/2025/05/01/south-texas-judge-blocks-deportations-venezuelans-trump-alien-enemies-/>; Kyle Cheney, “Trump’s use of Alien Enemies Act for swift deportations is illegal, Trump-appointed judge rules. The Alien Enemies Act applies only when the country is facing an armed, organized attack, the judge ruled,” *Politico*, 1 mayo 2025, disponible en: <https://www.politico.com/news/2025/05/01/trump-deportations-court-ruling-00321455?cid=apn>; Mariah Timms, “Judge Bars Trump’s Use of Warytime Law to Expel Venezuelans,” *The Wall Street Journal*, 2 mayo 2025, p. A3; Alan Feuer, Mattathias Schwartz y Charlie Savage, “Texas Judge Rules Use of Alien Enemies Acts For Deportees Is Illegal,” *The New York Times*, 2 mayo 2025, p. A12.

Segundo, por lo que respecta al régimen de Nicolás Maduro, la Proclamación, además de expresar que el Sr. Maduro “afirma actuar como presidente de Venezuela y afirma el control sobre las fuerzas de seguridad y otras autoridades en Venezuela”, y además de indicar que el Sr. Maduro en 2020, junto con “otros miembros del régimen fueron *acusados de narcoterrorismo y otros delitos en relación con este complot contra Estados Unidos*”,¹⁴ en el texto de la misma se afirmó, que:

- (i) “a lo largo de los años, autoridades nacionales y locales venezolanas han *cedido un control cada vez mayor sobre sus territorios a organizaciones criminales transnacionales, incluida TdA*”,
- (ii) que el régimen del Sr. Maduro “lidera la *empresa patrocinada por el régimen, Cártel de los Soles*, que se coordina y se basa en *TdA* y otras organizaciones para llevar a cabo su objetivo de *utilizar narcóticos ilegales como arma para “inundar los Estados Unidos”*”,
- (iv) que “mantiene estrechos *vínculos con los narcoterroristas patrocinados por el régimen*”, y
- (v) y que tiene como “objetivo” “*desestabilizar las naciones democráticas en las Américas, incluidos los Estados Unidos.*”

Debe mencionarse, que estas declaraciones en la Proclamación de marzo de 2025, por lo que respecta al régimen del Sr. Maduro, puede decirse que tiene su antecedentes remotos en el anuncio formulado en 2020 por el Attorney General de los Estados Unidos de entonces, Geoffrey S. Berman, sobre el inicio de “un proceso criminal contra Nicolás Maduro Moros, por dirigir durante los últimos 20 años, junto con sus principales lugartenientes, una asociación narcoterrorista con las FARC “, agregando que:

“El alcance y la magnitud del presunto narcotráfico fueron posibles solo porque Maduro y otros corrompieron las instituciones de Venezuela y brindaron protección política y militar a los crímenes de narcoterrorismo desenfrenados descritos en nuestros cargos. Como se alega, Maduro y los otros acusados tenían la intención expresa de inundar los Estados Unidos con cocaína para socavar la salud y el bienestar de nuestra nación. Maduro desplegó muy deliberadamente la cocaína como arma. Si bien Maduro y otros miembros del cartel tenían altos títulos en el liderazgo político y militar de Venezuela, la conducta descrita en la acusación no era un arte de gobernar o un servicio al pueblo venezolano. Como se alega,

14 Véase por ejemplo, las órdenes de captura y recompensa publicadas por el Departamento de Estado de los Estados Unidos contra altos funcionarios del Estado. Disponible en: <https://www.state.gov/nicolas-maduro-moros/>; y <https://www.state.gov/diosdado-cabello-rondon/>; <https://www.state.gov/vladimir-padrino-lopez/>

los acusados traicionaron al pueblo venezolano y corrompieron a las instituciones venezolanas para llenarse los bolsillos con dinero de la droga.”¹⁵.

Los cargos en 2020¹⁶, como lo expresó Uttam Dhillon, director encargado de la DEA”, expusieron:

“la devastadora corrupción sistémica en los niveles más altos del régimen de Nicolás Maduro.”. «Estos funcionarios traicionaron repetida y conscientemente al pueblo de Venezuela, conspirando, para beneficio personal, con narcotraficantes y organizaciones terroristas extranjeras designadas como las FARC. Las acciones de hoy envían un mensaje claro a los funcionarios corruptos de todo el mundo de que nadie está por encima de la ley o fuera del alcance de las fuerzas del orden de los Estados Unidos. El Departamento de Justicia y la Administración para el Control de Drogas continuarán protegiendo al pueblo estadounidense de los despiadados narcotraficantes, sin importar quiénes sean o dónde vivan.”¹⁷

Por lo anterior, incluso, en septiembre de 2024, el hoy Secretario de Estado Marco Rubio, entonces Senador de los Estados Unidos, junto con el Senador Rick Scott introdujeron un proyecto de Ley para aumentar la recompensa hasta cien millones de dólares por información tendiente al arresto y convicción de Nicolás Maduro, a quien calificó como “uno de los conspiradores más corruptos del régimen Venezolano y ya es hora de que rinda cuentas por sus crímenes.”¹⁸.

Sobre la acusación contra el Sr. Maduro, además, el día 29 de julio de 2025, el Departamento de Estado, en la cuenta X @usembassyve, expresó”:

15 Véase el texto en el portal oficial del Departamento de Justicia, que está disponible en: <https://www.justice.gov/archives/opa/pr/nicol-s-maduro-moros-and-14-current-and-former-venezuelan-officials-charged-narco-terrorism>

16 Véase el texto de las diversas demandas ante los diferentes Cortes: <https://www.justice.gov/archives/opa/documents-related-march-26-2020-press-conference>

17 Véase el texto en el portal oficial del Departamento de Justicia, que está disponible en: <https://www.justice.gov/archives/opa/pr/nicol-s-maduro-moros-and-14-current-and-former-venezuelan-officials-charged-narco-terrorism> Véase igualmente: Archives. Department of Justice. Press Release. Nicolás Maduro Moros and 14 Current and Former Venezuelan Officials Charged with Narco-Terrorism, Corruption, Drug Trafficking and Other Criminal Charges,” Thursday, March 26, 2020, disponible en: <https://www.justice.gov/archives/opa/pr/nicol-s-maduro-moros-and-14-current-and-former-venezuelan-officials-charged-narco-terrorism>

18 Véase la información en: “Sen. Rick Scott Introduces Bill to Set \$100 Million Reward for Arrest and Conviction of Nicolás Maduro,” en el sitio web oficial del Senador Rick Scott, Florida, 19 septiembre 2024, disponible en: <https://www.rickscott.senate.gov/2024/9/sen-rick-scott-introduces-bill-to-set-100-million-reward-for-arrest-and-conviction-of-nicol-s-maduro>

“Maduro, quien ni siquiera es el presidente de Venezuela – es un líder del narcotráfico-, está acusado como traficante de drogas por el Distrito Sur de Nueva York en los Estados Unidos, y desesperadamente quiere que reiremos esa acusación en su contra. Eso es lo que quiere. No lo va a conseguir, y no lo consiguió.”¹⁹

A todas estas declaraciones políticas del gobierno norteamericano contra el régimen de Maduro, se debe mencionar lo expuesto por la representante de los Estados Unidos ante la OEA, Hillary Renner en la sesión del Consejo Permanente sobre “Gobernanza democrática y seguridad regional en el hemisferio” del día 6 de agosto de 2025, al denunciar que en Venezuela:

“Los centros de detención del país están llenos de presos políticos, la economía está colapsada y millones de venezolanos se han visto obligados a huir. El Secretario Marco Rubio ha sido enfático, *el régimen de Maduro es un enemigo de la humanidad*. Durante más de una década, el régimen ha seguido una estrategia de represión, fraude electoral y consolidación autoritaria.”²⁰

Y unos días después, el 12 de agosto de 2025, el mismo Sr. Rubio, Secretario de Estado en entrevista con Sid Rosenberg, en WABC Radio, expresó:

“En algún momento tenemos que decir que vamos a enfrentarnos a esta gente, y tenemos que hacerlo con algo más que recompensas.” [...] “hay que tratarlos como lo que son, que no es un gobierno, ni una dictadura en sí misma, sino un cartel de la droga. Es un régimen narcoterrorista que se ha apoderado del territo-

19 Véase en @usembassyus disponible en: https://x.com/usembassyve/status/1950260039844782380?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembe%7Ctwterm%5E1950260039844782380%7Ctwgr%5E06ee80bb2d2e37c745a29cba6c5264494a123c72%7Ctwtcon%5Es1_&ref_url=https%3A%2F%2Felpitazo.net%2Finternacional%2Fmarco-rubio-asegura-que-maduro-no-evadira-cargos-por-narcotrafico%2F; y en: “Marco Rubio asegura que Maduro no evadirá cargos por narcotráfico. El secretario de Estado fue categórico al asegurar que, aunque Nicolás Maduro quiere que se retire esa acusación en su contra, no se logrará. “Eso es lo que quiere. No lo va a conseguir, y no lo consiguió”, sentenció Rubio,” en *El Pitazo*, 29 julio 2027 disponible en: <https://elpitazo.net/internacional/marco-rubio-asegura-que-maduro-no-evadira-cargos-por-narcotrafico/>. Véase además: “Rubio vuelve a puntualizar que Maduro no es el presidente de Venezuela: “es un líder del narcotráfico... y quiere que retiremos esa acusación,” en Morfema Press, 29 julio 2025, disponible en: <https://morfema.press/destacada/rubio-vuelve-a-puntualizar-que-maduro-no-es-el-presidente-de-venezuela-es-un-lider-del-narcotrafico-y-quiere-que-retiremos-esa-acusacion/>

20 Véase la información en: Sergio García Hernández, “Estados Unidos afirma que el régimen de Maduro es “un enemigo de la humanidad” en reciente sesión en la OEA,” en NTN24, 6 agosto 2025, disponible en <https://www.ntn24.com/noticias-actualidad/estados-unidos-afirma-que-el-regimen-de-maduro-es-un-enemigo-de-la-humanidad-en-reciente-sesion-en-la-oea-572769> Véase igualmente en: https://www.youtube.com/watch?v=TTyDYP_7Zx8

rio venezolano”, [afirmó que Maduro] “lo que es, es el jefe de una organización logística dedicada al tráfico de drogas, un cartel, el Cartel de los Soles, que básicamente está dirigido por el Ejército. Básicamente permiten a los narcotraficantes no solo transportar drogas a través de Venezuela, sino hacerlo utilizando, por ejemplo, instalaciones militares.” [...] “es como si un cartel de la droga hubiera tomado el control del territorio nacional.”²¹

Por su parte, Pamela Bondi, Secretaria del Departamento de Justicia, el mismo día 12 de agosto de 2025, en entrevista de televisión con la periodista Rachel Campell Stuffey, en *Fox & Friends*, expresó entre otras cosas, sobre el régimen de Maduro, que: “Esto es crimen organizado, no diferente a la mafia.”²².

Luego, en rueda de prensa dada el 14 de agosto de 2025 en Washington, Marco Rubio reiteró su criterio de que:

“El régimen de Maduro no es un gobierno. No es un gobierno legítimo. Nunca los hemos reconocido como tal. Son una organización criminal que básicamente ha tomado el control de un territorio nacional, de un país, y que, por cierto, también amenaza a las compañías petroleras estadounidenses que operan legalmente en Guyana.”²³

Tercero, en relación con el Tren de Aragua TdA,²⁴ la Proclamación del Presidente de los Estados Unidos, formuló una declaración política de que dicha organización, “tanto *directamente* como *bajo la dirección, clandestina o de otro tipo, del régimen de Maduro en Venezuela*” con el cual “*está estrechamente alineado*”, y además, “en conjunto con una *empresa de narcoterrorismo patrocinada por el régimen de Nicolás Maduro* con sede en Venezuela” denominada “*Cartel de los Soles*”, que ha desarrollado las siguientes acciones:

21 Véase el texto en: “EEUU advirtió que al “régimen narcoterrorista” de Maduro hay que enfrentarlo “con algo más que recompensas,” *Morfema Press*, 12 agosto 2025, disponible en: <https://morfema.press/actualidad/eeuu-advirtio-que-al-regimen-narcoterrorista-de-maduro-hay-que-enfrentarlo-con-algo-mas-que-recompensas/>

22 Video de la entrevista disponible en: <https://www.instagram.com/reel/DNTIBWQC7cD/?igsh=MTd0aTdNNTM4a-GJuYg==>; y en <https://x.com/PanAmPost/status/1955643228599754866?t=bFywKiMBUAQJ--4FWod1Q&s=08>

23 Véase “Marco Rubio confirma despliegue de tropas de EE.UU. en el sur del Caribe. El Cartel de los Soles fue declarado el pasado julio como grupo terrorista por parte del Gobierno de Trump,” en *El Comercio*, 14 agosto 2025, disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/mundo/marco-rubio-confirma-despliegue-tropas-ee-uu-sur-caribe/>

24 Véase sobre ello, Miguel Ángel Martín. “El verdadero poder detrás del Tren de Aragua: La Guardia Pretoriana de Maduro,” en *Diario Las Américas*, 30 de marzo de 2025, Disponible en: <https://www.diariolasamericas.com/opinion/el-verdadero-poder-detras-del-tren-aragua-la-guardia-pretoriana-maduro-n5373588>

(i) “ha *invadido los Estados Unidos y continúa invadiendo, intentando invadir y amenazando con invadir* el país”;

(ii) ha “perpetró una *guerra irregular dentro del país*; y utilizó el *tráfico de drogas como arma contra nuestros ciudadanos*”

(iii) es una “amenaza significativa para los Estados Unidos, ya que se *infiltra en los flujos migratorios* de Venezuela”

(iv) “está perpetrando, intentando y amenazando con *una invasión o incursión depredadora contra el territorio de los Estados Unidos*”, y

(v) “está llevando a cabo acciones hostiles y llevando a cabo *una guerra irregular contra el territorio de los Estados Unidos*” (Secc. 1).

Ciertamente, no se trata de una declaración formal y abierta de guerra de los Estados Unidos contra la Nación venezolana, a la cual no se la ha declarado como “nación enemiga”, o contra el gobierno de Venezuela, guerra que solo el Congreso podría decretar; ni se trata de una declaración considerando en general a los *nativos, ciudadanos, habitantes o súbditos de Venezuela* como enemigos extranjeros.

De lo que se trata, aparte de la afirmación y declaración política formal del gobierno de los Estados Unidos sobre en “Estado Venezolano” y el “régimen del Sr. Maduro”, es de la afirmación del Presidente de los Estados Unidos de que *una organización terrorista, Tren de Aragua TdA, bajo la dirección del régimen de Maduro*, es la que está llevando a cabo una *guerra irregular* contra el territorio de los Estados Unidos²⁵, perpetrando, intentando y amenazando con *una invasión o incursión depredadora* contra dicho territorio de los Estados Unidos, utilizando narcóticos ilegales como arma para “inundar” los Estados Unidos.

Debe mencionarse, adicionalmente, que también como secuela de estas afirmaciones contenidas en la Proclamación presidencial, la organización el Tren de Aragua, posteriormente, el día 11 de julio de 2025, fue sancionada por la *Office of Foreign Assets Control* (OFAC) del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, “calificándola como organización Terrorista Global Especialmente Designada” “con sede en Venezuela que se está expandiendo por todo el hemisferio occidental y participando en diversas actividades delictivas, como el contrabando y la trata de personas, la violencia de género, el lavado de dinero y el tráfico ilícito de drogas.”.

Se lo explicó el subsecretario de Terrorismo e Inteligencia Financiera, Brian Nelson, “La designación de hoy del Tren de Aragua como una importante orga-

25 Véase por ejemplo Mary Anastasia O’Grady, “How Venezuela’s Maduro is Testing Trump,” *The Wall Street Journal*, 17-marzo 2025, p. A17)

nización criminal transnacional subraya la creciente amenaza que representa para las comunidades estadounidenses”, agregando que:

“Como parte de los esfuerzos de la Administración Biden-Harris para atacar a las organizaciones criminales transnacionales, desplegaremos todas las herramientas y autoridades contra organizaciones como el Tren de Aragua que se aprovechan de las poblaciones vulnerables para generar ingresos, participar en una variedad de actividades delictivas a través de las fronteras y abusar del sistema financiero de los Estados Unidos”.²⁶

Posteriormente, además, el 25 de julio de 2025, según informó el Secretario del Tesoro de los Estados Unidos, Scott Bessent, el Tren de Aragua fue designado como *Specially Designated Global Terrorist* (Organización Terrorista Global Designada), e incorporada además en la *Specially Designated Nationals List* (“Lista de Nacionales Especialmente Designados”); explicándose que se trata de:

“una Organización Terrorista Extranjera (OTF) originaria de Venezuela que está involucrada en el tráfico ilícito de drogas, el contrabando y tráfico de personas, la extorsión, la explotación sexual de mujeres y niños y el lavado de dinero, entre otras actividades delictivas.”²⁷

Cuarto, por lo que respecta al Cartel de los Soles²⁸, en la Proclamación del Presidente Trump del 14 de marzo de 2025, como antes se destacó, se afirmó que se trata de una “*empresa liderada por el Sr. Maduro, y patrocinada por el régimen del Sr. Maduro*”, “que se coordina y se basa en TdA y otras organizaciones para llevar a cabo su objetivo de *utilizar narcóticos ilegales como arma para “inundar” los Estados Unidos*”, pudiendo considerarse la Proclamación como uno de los antecedentes para que dicha organización haya sido posterior y formalmente designada,

26 Véase U.S. Department of the Treasury, “Press Releases. Treasury Sanctions Tren de Aragua as a Transnational Criminal Organization,” 11 julio 2025, disponible en: <https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy2459>

27 Véase el texto en: U.S. Department of the Treasury, : “Press Releases. Treasury Sanctions Venezuelan Cartel Headed by Maduro,” 25 julio 2025, que está disponible en: <https://home.treasury.gov/news/press-releases/sb0207>. Véase la información también en: “Estados Unidos designó como entidad terrorista al Cártel de los Soles, el grupo narco vinculado al chavismo. El Departamento del Tesoro de EEUU sumó a la organización criminal venezolana a su lista de Nacionales Especialmente Designados, señalándola como una amenaza transnacional. Washington acusa al régimen de Maduro de lucrar con el narcotráfico y desestabilizar el hemisferio” en Infobae, 25 julio 2025, disponible en: <https://www.infobae.com/estados-unidos/2025/07/26/estados-unidos-diseño-como-entidad-terrorista-al-cartel-de-los-soles-el-grupo-narco-vinculada-al-chavismo/>

28 Véase sobre ello: Antonio de la Cruz, “El Cártel de los Soles como Estado,” en *El Nacional*, 20 agosto 2025, disponible en: <https://www.elnacional.com/2025/08/el-cartel-de-los-soles-como-estado/>

el 25 de julio de 2025, como *Specially Designated Global Terrorist* (Organización Terrorista Global Designada), e incorporada, además, en la *Specially Designated Nationals List* (“Lista de Nacionales Especialmente Designados), a efectos de “*Counter Terrorism Designation*.”²⁹.

Según lo que informó el Secretario del Tesoro de los Estados Unidos, Scott Bessent, sobre dicha Designación del Cartel de los Soles, su nombre “deriva de las insignias del sol que a menudo se representan en los uniformes de los oficiales militares venezolanos”, expone; “aún más la facilitación del narcoterrorismo por parte del régimen ilegítimo de Maduro a través de grupos terroristas como el Cartel de los Soles”, la cual definió como:

“un grupo criminal con sede en Venezuela encabezado por Nicolás Maduro Moros y otras personas venezolanas de alto rango en el régimen de Maduro que corrompieron las instituciones del gobierno en Venezuela, incluidas partes del ejército, el aparato de inteligencia, la legislatura y el poder judicial, para ayudar a los esfuerzos del cartel de traficar narcóticos a los Estados Unidos”;[y]“que brinda apoyo material a organizaciones terroristas extranjeras que amenazan la paz y la seguridad de los Estados Unidos, como son el Tren de Aragua y el Cartel de Sinaloa”; y

Se afirmó, además, en la noticia oficial de la información del Secretario del Tesoro, que específicamente “el Cartel de los Soles apoya al Tren de Aragua en el cumplimiento de su objetivo de utilizar la avalancha de narcóticos ilegales

29 Véase el texto en el portal oficial de la OFAC, que está disponible en: <https://ofac.treasury.gov/recent-actions/2025072525> julio 2025, disponible en: <https://www.infobae.com/estados-unidos/2025/07/26/estados-unidos-designo-como-entidad-terrorista-al-cartel-de-los-soles-el-grupo-narco-vinculada-al-chavismo/>. Véanse los comentarios sobre esta Declaración en: Omar González Moreno, “Cartel de los Soles liquida a Maduro,” @omargonzalez6, 26 julio 2025. Sobre la designación del Cartel de Los Soles como organización terrorista, Antonio de la Cruz ha explicado que: “La decisión de etiquetar a los carteles como entidades equiparables al terrorismo no es un tecnicismo diplomático, sino una declaración de intenciones: no hay ya un terreno común de negociación, sino una línea de exclusión. Al hacerlo, el presidente delimita un “otro” radical, al que no se le aplican las normas del delincuente común, sino las del enemigo en sentido pleno. El jefe del Cartel de los Soles no es presentado como un infractor de la ley, sino como el comandante de una maquinaria hostil que debe ser dismantelada sin condiciones. Este giro tiene implicaciones profundas. Ya no se busca aplicar justicia, sino asegurar el orden. Y cuando la estabilidad se convierte en el objetivo supremo, el monopolio del uso legítimo de la fuerza no se canaliza únicamente a través de tribunales o acuerdos multilaterales, sino también por medio del ejército, los drones, los comandos especiales. El campo de acción ya no es la corte, sino la selva, el mar, el aire.” Véase, Antonio de la Cruz, “Trump redefine la guerra: carteles como enemigos absolutos,” en *Morfema Press*, 8 agosto 2025, disponible en: <https://morfema.press/opinion/trump-redefine-la-guerra-carteles-como-enemigos-absolutos-por-antonio-de-la-cruz/>

como arma contra Estados Unidos”;³⁰ todo lo cual debe haber motivado que el mismo día 25 de julio de 2025, se haya anunciado también que dicho Cartel de los Soles se incorporó en la Lista de Nacionales Especialmente Designados, a efectos de “*Counter Terrorism Designation*”,³¹ lista que según información oficial, se “enumera individuos, grupos y entidades, como terroristas y narcotraficantes designados bajo programas que no son específicos de cada país. En conjunto, estas personas y empresas se denominan “Nacionales Especialmente Designados” o “SDN”. Sus activos están bloqueados y, por lo general, se prohíbe a las personas estadounidenses tratar con ellos”³².

- 30 Véase el texto en: U.S. Department of the Treasury: “Press Releases. Treasury Sanctions Venezuelan Cartel Headed by Maduro,” 25 julio 2025, que está disponible en: <https://home.treasury.gov/news/press-releases/sb0207>. Véase la información también en: “Estados Unidos designó como entidad terrorista al Cártel de los Soles, el grupo narco vinculado al chavismo. El Departamento del Tesoro de EEUU sumó a la organización criminal venezolana a su lista de Nacionales Especialmente Designados, señalándola como una amenaza transnacional. Washington acusa al régimen de Maduro de lucrar con el narcotráfico y desestabilizar el hemisferio,” en Infobae, 25 julio 2025, disponible en: <https://www.infobae.com/estados-unidos/2025/07/26/estados-unidos-diseño-como-entidad-terrorista-al-cartel-de-los-soles-el-grupo-narco-vinculada-al-chavismo/>
- 31 Véase el texto en el portal oficial de la OFAC, que está disponible en: <https://ofac.treasury.gov/recent-actions/2025072525> julio 2025, disponible en: <https://www.infobae.com/estados-unidos/2025/07/26/estados-unidos-diseño-como-entidad-terrorista-al-cartel-de-los-soles-el-grupo-narco-vinculada-al-chavismo/>. Véanse los comentarios sobre esta Declaración en: Omar González Moreno, “Cartel de los Soles liquida a Maduro,” @omargonzalez6, 26 julio 2025.
- 32 Véase la definición que está disponible en el portal oficial de la OFAC: <https://sanctionslist.ofac.treas.gov/Home/SdnList>. Debe destacarse que simultáneamente con esta Designación apareció publicado un “Informe de Inteligencia que revela red criminal entre Hezbolá, Irán, el régimen de Maduro y el ELN en la frontera colombo-venezolana.” Véase Gabriel Salazar López, “Exclusivo: un informe de inteligencia advierte las conexiones de Hezbolá, Irán, el régimen de Nicolás Maduro y el ELN en Arauca y el Catatumbo. *Semana* revela en exclusiva un informe de inteligencia internacional que deja al descubierto un entramado criminal en la frontera entre Colombia y Venezuela.” Revista *Semana*, 26 de julio de 2025, disponible en: <https://www.semana.com/nacion/barranquilla/articulo/exclusivo-un-informe-de-inteligencia-advierde-las-conexiones-de-hezbollah-iran-el-regimen-de-nicolas-maduro-y-el-eln-en-arauca-y-el-catatumbo/202518/>. Simultáneamente, también, se anunció la firma el 17 de julio de 2025, de un “Memorando de entendimiento entre el presidente Gustavo Petro y el régimen de Nicolás Maduro, bajo el nombre de “Zona Binacional de Paz, Unión y Desarrollo”, que abarca los Estados venezolanos Táchira y Zulia, y los departamentos colombianos de Norte de Santander, Cesar y La Guajira”, para establecer la primera zona económica binacional en la frontera. Véase la información en “¿Qué establece el memorando de entendimiento firmado por Petro y Maduro sobre la zona económica fronteriza?”, El Naciola, 17 de julio de 2-025, disponible en: <https://www.elnacional.com/2025/07/que-establece-el-memorando-de-entendimiento-firmado-por-petro-y-maduro-sobre-la-zona-economica-fronteriza/> Véase sobre ello, Miguel Ángel Martín,

V. La escalada subsiguiente en las declaraciones políticas del gobierno de los Estados Unidos respecto de Venezuela

No es de extrañar, entonces, que como consecuencia de todas estas Proclamaciones y Designaciones el Secretario de Estado norteamericano, el 27 de julio de 2025, haya emitido la siguiente declaración política sobre el régimen de Venezuela:

“Maduro NO es el presidente de Venezuela y su régimen NO es el gobierno legítimo. Maduro es el líder del *Cártel de Los Soles*, una organización narcoterrorista que se ha apoderado de un país. Y está acusado de introducir drogas en Estados Unidos.”³³

Y que el propio Presidente Trump desde Escocia, el mismo día 27 de julio haya declarado en entrevista a la estación CNBCTV18, que:

“Venezuela sigue enviando gente que rechazamos en nuestras fronteras y sigue enviando drogas a nuestro país. Han sido muy sucios. Y no podemos dejar que esto pase.”³⁴

“La Franja del Crimen creada por Petro y Maduro. Esta franja que intenta consolidar Petro y Maduro es un santuario criminal transnacional donde impera el silencio, el miedo y la impunidad,” *Diario Las Américas*, 26 de julio de 2025, disponible en: [h https://www.diariolasamericas.com/opinion/la-franja-del-crimen-creada-petro-y-maduro-n5379733](https://www.diariolasamericas.com/opinion/la-franja-del-crimen-creada-petro-y-maduro-n5379733). Véase sobre el tema, también, lo declarado por el mismo Presidente Gustavo Petro en: “Petro insiste en denuncia sobre guerrillas en Venezuela y habla de eventual salida de Maduro,” en *El Nacional*, 20 agosto 2025, disponible en: <https://www.elnacional.com/2025/08/petro-insiste-en-denuncia-sobre-guerrillas-en-venezuela/>

33 Véase Secretary Marco Rubio, X, @SecRubio, 27 julio 2025, disponible en: https://x.com/SecRubio/status/1949424526401692094?t=gSPivU6_Wb2HjQV2Ozy0fw&cs=08. El mismo día 27 de julio la portavoz del Departamento de Estado Tammy Bruce declaró: “El régimen de Maduro continúa reprimiendo la voz de los venezolanos. Estados Unidos colaborará con sus socios en las Américas para apoyar el retorno de Venezuela a la democracia y contrarrestar a Maduro y su narcotráfico y narcoterrorista Cártel de Los Soles,” disponible en: <https://www.instagram.com/p/DMnmtoFNU43/?igsh=MWFtbDluMXl5cmV0bg==> Véanse los comentarios sobre el significado de la declaración de MARCO Rubio en “Gobierna la mafia,” y Omar González Moreno, “Las mafias también caen,” en *La Razón. Diario independiente*, No. 1573, Caracas, 27 julio al 2 de agosto de 2025, p. 1.

34 Véase el video de la entrevista en: <https://www.instagram.com/reel/DMn1OeMRrsX/?igsh=MW11cm1yanIzNWJ4Mw==>; y en el reportaje: “Trump: Venezuela sigue enviando drogas a nuestro país. No podemos dejar que esto pase,” en *Morfema press*, 27 julio 2025, disponible en: <https://morfema.press/actualidad/trump-venezuela-sigue-enviando-drogas-a-nuestro-pais-no-podemos-dejar-que-eso-pase/>

Una semana después, el 7 de agosto de 2025, la *Attorney General* de los Estados Unidos, Pamela Bondi formuló una declaración mediante la incorporación de un Video en su cuenta X, con el siguiente texto:

“Hoy, el Departamento de Justicia y el Departamento de Estado anuncian una recompensa histórica de 50 millones de dólares por información que conduzca al arresto de Nicolás Maduro”.

“Maduro utiliza organizaciones terroristas extranjeras como TdA, Sinaloa y el Cartel de Los Soles para traer drogas mortales y violencia a nuestro país.

Hasta la fecha, la DEA ha incautado 30 toneladas de cocaína vinculadas a Maduro y sus asociados, con casi siete toneladas vinculadas al propio Maduro, lo que representa una pérdida primaria de ingresos para el mortal Cartel con sede en Venezuela y México.

La cocaína a menudo se mezcla con fentanilo, lo que resulta en la pérdida y destrucción de innumerables vidas estadounidenses.

El Departamento de Justicia ha incautado más de 700 millones de dólares en activos vinculados a Maduro, incluidos dos jets privados, nueve vehículos y más.

El reinado de terror de Maduro continúa. Es uno de los narcotraficantes más grandes del mundo y una amenaza para nuestra seguridad nacional.

Por lo tanto, duplicamos su recompensa a 50 millones de dólares. Bajo el liderazgo del presidente Trump, Maduro no escapará de la justicia y rendirá cuentas por sus despreciables crímenes”.³⁵

35 Véase “Today, [@TheJusticeDept](#) and [@StateDept](#) are announcing a \$50 MILLION REWARD for information leading to the arrest of Nicolás Maduro.” en la cuenta X Attorney General Pamela Bondi, [@AGPamBondi](#), 7 agosto 2025, disponible en: <https://x.com/AG-PamBondi/status/1953583017353466306?s=08>. Sobre ello, en la cuenta X de Embajada de los EE.UU., Venezuela [@usembassyve](#) y [@DeputySecState](#), 8 agosto, 2025, el Subsecretario de Estado Christopher Landau dijo “Normalmente, cuando hay diferencias entre países, los representantes de ambos gobiernos pueden reunirse para tratar de resolverlas; en eso consiste la diplomacia. Pero eso supone que ambos países tienen realmente gobiernos. Desgraciadamente, ese no es el caso de Venezuela, que ha sido secuestrada por una banda criminal. En consecuencia, nuestras relaciones con Venezuela son fundamentalmente un asunto de aplicación de la ley, no un asunto diplomático. Hoy, el Fiscal General anunció una recompensa de hasta \$50 MILLONES por información que conduzca al arresto de [@NicolasMaduro](#), líder del cartel que ahora controla ese país. Esa es la recompensa más grande en nuestra historia, y el DOBLE de la cantidad ofrecida por Osama bin Laden. Espero la pronta restauración del gobierno constitucional en Venezuela, que rechazó abrumadoramente a Maduro y votó por [@EdmundoGU](#) y [@MariaCorinaYA](#) el año pasado.” Disponible en: <https://x.com/usembassyve/status/1953652555633791161?t=thPljnSXk8TLiUCF5v7Z8A&s=08>

Por su parte, el mismo día 7 de agosto de 2025, en la página oficial del Departamento de Estado se publicó una Nota de Prensa: “*Marco Rubio. Reward Offer Increase of Up to \$50 Million for Information Leading to Arrest and/or Conviction of Nicolás Maduro*”, con el siguiente texto:

“El Departamento de Estado y el Departamento de Justicia anuncian un aumento de la oferta de recompensa de hasta \$50 millones bajo el Programa de Recompensas de Narcóticos (NRP) por información que conduzca al arresto y/o condena de Nicolás Maduro por violar las leyes de narcóticos de Estados Unidos.

Durante más de una década, Maduro ha sido líder del Cartel de los Soles, responsable del tráfico de drogas a Estados Unidos. El 25 de julio de 2025, el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos designó al Cartel de Los Soles como Terrorista Global Especialmente Designado (SDGT).

Desde 2020, Maduro ha estrangulado la democracia y se ha aferrado al poder en Venezuela. Maduro afirmó haber ganado las elecciones presidenciales de Venezuela del 28 de julio de 2024, pero no presentó ninguna evidencia de que hubiera prevalecido. Estados Unidos se ha negado a reconocer a Maduro como ganador de las elecciones de 2024 y no lo reconoce como presidente de Venezuela.

La oferta de recompensa de hoy está autorizada por el Secretario bajo el NRP, que apoya los esfuerzos de las fuerzas del orden para interrumpir el crimen transnacional a nivel mundial y llevar a los fugitivos ante la justicia como un pilar clave de las prioridades de “Estados Unidos primero” del presidente Trump.”³⁶.

La respuesta oficial del Gobierno de Venezuela ante todos estos anuncios y declaraciones oficiales que apuntan a considerar a Venezuela, como lo apreció Carlos Sánchez Berzaín, como “un país secuestrado y ocupado por una banda criminal”,³⁷ fue un mensaje puesto por el Ministro de Relaciones Exteriores Yván Gil en su cuenta X en el cual se limitó a decir:

“La patética “recompensa” de Pamela Bondi es la cortina de humo más ridícula que hemos visto. Mientras nosotros desmontamos las tramas terroristas que se

36 Véase Department of State. Press Statement, “Reward Offer Increase of Up to \$50 Million for Information Leading to Arrest and/or Conviction of Nicolás Maduro,” *Marco Rubio, Secretary of State*, August 7, 2025, disponible en : <https://www.state.gov/reward-offer-increase-of-up-to-50-million-for-information-leading-to-arrest-and-or-conviction-of-nicolas-maduro>

37 Véase Carlos Sánchez Berzaín, “Venezuela, un país secuestrado y ocupado por una banda criminal,” *Diario Las Americas*, 11 agosto 2025, disponible en <https://www.diariolalasamericas.com/opinion/venezuela-un-pais-secuestrado-y-ocupado-una-banda-criminal-n5380544>

orquestan desde su país, esta señora sale con un circo mediático para complacer a la ultraderecha derrotada de Venezuela.

No nos sorprende, viniendo de quien viene. La misma que prometió una inexistente “lista secreta” de Epstein y que se revuelca en escándalos de favores políticos.

Su *show* es un chiste, una desesperada distracción de sus propias miserias. La dignidad de nuestra patria no está en venta. Repudiamos esta burda operación de propaganda política.”³⁸

Sin embargo, parecería más bien, para cualquier lector interesado en noticias internacionales, que la escalada de manifestaciones políticas del gobierno norteamericano respecto de Venezuela, era más que algo “ridículo” o que un “circo”. Basta mencionar lo que dijo el mismo Secretario de Estado Marco Rubio en una entrevista en el programa *The World Over* con Raymond Arroyo, transmitido por EWTN el mismo día 7 de agosto de 2025, conforme a la cual, según lo titula *El Nacional*, la “Designación del Cártel de los Soles como grupo terrorista permite acciones militares contra Maduro.”³⁹. En la entrevista, ante la pregunta de qué seguía después de la designación de carteles como organizaciones terroristas, Marco Rubio expresó:

“El Presidente tomó la decisión bajo nuestra recomendación. No podemos continuar tratando a estos tipos como pandillas callejeras locales; tienen armamento terrorista, controlan territorios en muchos casos.

Los cárteles se extienden desde el régimen de Maduro en Venezuela, que no es un gobierno legítimo; no lo reconocemos como gobierno legítimo. Es una corporación criminal, de la misma manera que operan la variedad de carteles mexicanos de la misma manera que los encuentran en Ecuador y Guatemala.

Tienes el Tren de Aragua que califica como una pandilla local pero que operan como una corporación criminal y bien organizada, así que lo que esto cambia es que nos da autoridad legal de tenerlos en la mira, de manera que no podías de otra manera si solo fuera u grupo de criminal.

38 Véase “Venezuela | El canciller Yván Gil tilda de «ridícula» la oferta de recompensa de EE.UU. dirigida contra Maduro,” en Nodal, 8 agosto 2025, disponible en: <https://www.nodal.am/2025/08/venezuela-el-canciller-yvan-gil-tilda-de-ridicula-la-oferta-de-recompensa-de-ee-uu-dirigida-contra-maduro/>

39 Véase “Marco Rubio: Designación del Cártel de los Soles como grupo terrorista permite acciones militares contra Maduro,” *El Nacional*, 8 agosto 2025, disponible en: <https://www.elnacional.com/2025/08/marco-rubio-ee-uu-podria-tomar-acciones-contra-maduro/>

Ya no es un tema de aplicación de la ley, se convierte en un asunto de seguridad nacional. No si han cambiado todavía, pero su conducta va a tener que cambiar de una manera u de otra. Pero nos permite a nosotros tenerlos como objetivo e introducir otros elementos de poder estadounidense, agencias de inteligencia, el Departamento de Defensa para tener como objetivos a estos si tenemos la oportunidad de hacerlo. Tenemos que empezar a tratarlos como terroristas armados no solo como narcotraficantes; el narcotráfico es una forma de terrorismo de ellos que practican, pero también están en el tráfico humano, cooperación entre organizaciones terroristas internacionales, y es un peligro en marcha para los Estados Unidos.”⁴⁰

Luego de todas las declaraciones políticas anteriormente citadas, no puede dejar de hacerse referencia al reportaje de los periodistas Helene Cooper, Maggie Haberman, Charlie Savage y Eric Schmitt, “*Trump Direct Military to Target Foreign Drug Cartels*”, publicado en *The New York Times*, del día 9 de agosto de 2025, en el cual se lee:

“El presidente Trump firmó en secreto una directiva al Pentágono para comenzar a usar la fuerza militar contra ciertos cárteles de droga latinoamericanos que su administración ha considerado organizaciones terroristas, según personas familiarizadas con el asunto.

La decisión de incorporar a las fuerzas armadas estadounidenses a la lucha es la medida más agresiva hasta la fecha en la creciente campaña del gobierno contra los cárteles. Demuestra la continua disposición del Sr. Trump a emplear las fuerzas militares para llevar a cabo lo que se ha considerado principalmente una responsabilidad de las fuerzas del orden: frenar el flujo de fentanilo y otras drogas ilegales.

La orden proporciona una base oficial para la posibilidad de realizar operaciones militares directas en el mar y en suelo extranjero contra los cárteles.

Los funcionarios militares estadounidenses han comenzado a elaborar opciones sobre cómo los militares podrían perseguir a los grupos, dijeron las personas familiarizadas con las conversaciones, que hablaron bajo condición de anonimato para discutir las sensibles deliberaciones internas.

Pero ordenar a los militares que tomen medidas enérgicas contra el tráfico ilícito también plantea cuestiones legales, entre ellas si se consideraría

40 Véase el video de la entrevista en: <https://www.youtube.com/watch?v=TXvpcKjiRmk&pp=0gcJcF8Ao7VqN5tD>; y en Carlangola, “Maduro pasa a ser un objetivo militar de EEUU,” 7 agosto 2025, disponible en: <https://www.instagram.com/reel/DNE6nnpOTDp/?igsh=a3B1d3BjcHV6eXE3>

«asesinato» si las fuerzas estadounidenses, actuando fuera de un conflicto armado autorizado por el Congreso, mataran a civiles, incluso sospechosos de delitos, que no representan una amenaza inminente. [...]

El Sr. Trump ha atacado especialmente a organizaciones venezolanas y mexicanas. En febrero, el Departamento de Estado designó al Tren de Aragua, la Mara Salvatrucha (conocida como MS-13) y a varias otras organizaciones como organizaciones terroristas extranjeras, afirmando que constituían «una amenaza para la seguridad nacional que va más allá de la que representa el crimen organizado tradicional».

Hace dos semanas, la administración Trump agregó al Cártel de los Soles venezolano a una lista de grupos terroristas globales especialmente designados, afirmando que está encabezado por el presidente Nicolás Maduro de Venezuela y otros funcionarios de alto rango de su administración.

El jueves, los Departamentos de Justicia y de Estado anunciaron que el gobierno de Estados Unidos duplicará la recompensa —a 50 millones de dólares— por información que conduzca al arresto del Sr. Maduro, acusado de narcotráfico. El gobierno lo describió nuevamente como cabecilla de un cártel, y la fiscal general Pam Bondi afirmó que «no escapará a la justicia y rendirá cuentas por sus abyectos crímenes».

Cuando se le preguntó sobre la autorización del Sr. Trump para el uso de la fuerza militar contra los cárteles, Anna Kelly, portavoz de la Casa Blanca, dijo en un correo electrónico que «la principal prioridad del presidente Trump es proteger la patria, por lo que tomó la audaz medida de designar a varios cárteles y pandillas como organizaciones terroristas extranjeras». [...]

Los ataques militares unilaterales contra los cárteles constituirían una marcada escalada en el largo camino para frenar el narcotráfico, colocando a las fuerzas estadounidenses en un papel protagónico en primera línea contra organizaciones a menudo bien armadas y bien financiadas. Una campaña sostenida también probablemente plantearía nuevos problemas relacionados con el intento de Trump de usar las fuerzas armadas de forma más agresiva para respaldar diversas políticas, a menudo a pesar de restricciones legales y constitucionales. [...]

Pero la nueva directiva de Trump parece prever un enfoque diferente, centrado en que las fuerzas estadounidenses capturen o maten directamente a personas involucradas en el tráfico de drogas.

Etiquetar a los cárteles como grupos terroristas permite a Estados Unidos «utilizar otros elementos del poder estadounidense, agencias de inteligencia, el Departamento de Defensa, etc., para atacar a estos grupos si tenemos la oportunidad»,

declaró el jueves Marco Rubio, secretario de Estado y asesor de seguridad nacional, en una entrevista con el medio católico EWTN . “Tenemos que empezar a tratarlos como organizaciones terroristas armadas, no simplemente como organizaciones de narcotráfico”. [...]

Al anunciar hace dos semanas que impondría sanciones al grupo venezolano Cártel de los Soles, el Departamento del Tesoro acusó al cártel de brindar apoyo material al Tren de Aragua y al Cártel de Sinaloa en México, los cuales, según dijo, a su vez estaban “amenazando la paz y la seguridad de los Estados Unidos.”⁴¹

Dos días después, el Sr. Rubio emitió un comunicado acusando al Sr. Maduro “de robar elecciones” y diciendo que él “no era el presidente de Venezuela” y que su “régimen no es el gobierno legítimo”:

“Maduro es el líder de la organización narcoterrorista Cártel de los Soles, designada como tal, y es responsable del tráfico de drogas hacia Estados Unidos y Europa”, declaró el Sr. Rubio. “Maduro, actualmente acusado por nuestra nación, ha corrompido las instituciones venezolanas para facilitar el esquema criminal de narcotráfico del cártel hacia Estados Unidos.”⁴²

Un resumen de la esta escalada de declaraciones políticas en relación con el régimen de Maduro las formuló, la portavoz oficial de la Casa Blanca, Karoline Leavitt, al expresar en rueda de prensa del día 9 de agosto de 2025, que:

“El presidente Trump ha sido muy claro y consistente. Él está preparado para usar todos los elementos del poder estadounidense para detener el flujo de drogas en nuestro país, y llevar esos responsables ante la justicia. El régimen de Maduro no es el gobierno legítimo de Venezuela. Es un cártel narcoterrorista. Y Maduro, según la opinión de esta Administración, no es un presidente legítimo. Es un jefe

41 Véase Helene Cooper, Maggie Haberman, Charlie Savage y Eric Schmitt, “Trump Direct Military to Target Foreign Drug Cartels,” n *The New York Times*, 9 de agosto de 2025, pp. A1 y A5.

42 Véase en: Helene Cooper, Maggie Haberman, Charlie Savage y Eric Schmitt, “Trump Direct Military to Combat Drug Cartels Based in Latin America,” *The New York Times*, 9 agosto 2025, pp A1- y A5; también disponible en <https://www.nytimes.com/2025/08/08/us/trump-military-drug-cartels.html?smid=nytcare-ios-share&referringSource=articleShare>. Sobre el despliegue efectivo de fuerzas militares norteamericanas en el Caribe para la lucha contra el narcotráfico, véase Natasha Bertrand, “EE.UU. despliega más de 4.000 militares adicionales en aguas cercanas a Latinoamérica para su lucha contra los cárteles,” en *CNN EE.UU.*, 15 agosto 2025, disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/2025/08/15/eeuu/despliegan-4000-militares-aguas-latinoamerica-carteles-trax>

fugitivo de un cártel que ha sido acusado en Estados Unidos de traficar drogas al país.⁷⁴³

Quizás por la efectiva escalada de declaraciones políticas contra Venezuela, por parte del Gobierno de los Estados Unidos, la reacción de la Asamblea Nacional según se leyó en el *Comunicado* que había emitido el 9 de agosto de 2025, fue de un tono algo distinto al mensaje del Ministro de Relaciones Exteriores, afirmativo sobre lo que considera la Asamblea que es la situación de Venezuela, rechazando:

“las absurdas y desesperadas acciones anunciadas por la Fiscalía de EE.UU, a todas luces ilegales y sin ningún tipo de asidero real más allá del intento de agresión delirante contra el presidente constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, [...]”

Venezuela es hoy por hoy el país más seguro y con la economía que más ha crecido en el continente [...]

Es precisamente presidente Nicolas Maduro el garante de esa paz, protector de la sólida democracia que nos ampara, y líder que conduce con mano firme el Estado de derecho y de justicia en los términos que establece nuestra Constitución Nacional. [...]

Destacó, además, el *Comunicado* que las “amenazas insensatas” lo que buscarían es “torcer el noble rumbo que el pueblo venezolano se otorgó en libérrimos comicios el 28 de julio de 2024, en que eligió presidente de la República a Nicolás Maduro; el 25 de Mayo de 2025, en que se eligieron gobernadores de estado y Parlamento nacional; y el 27 de julio de 2025, en que escogimos de forma libre y transparente a alcaldes, alcaldesas y concejales en los municipios.”⁷⁴⁴

- 43 Véase la reseña y el video en: “Estados Unidos advierte que usará “todo su poder” para frenar el narcotráfico en Venezuela,” LATINUS, 19 agosto 2025, disponible en: <https://latinus.us/eu/2025/8/19/estados-unidos-advierte-que-usara-todo-su-poder-para-frenar-el-narcotrafico-en-venezuela-149834.html> . Véase el video de la rueda de prensa en: <https://www.bing.com/videos/riverview/relatedvideo?q=maduro.+leacitt+portavos.+cartel&mid=156BF12E373A37B05223156BF12E373A37B05223&mmscn=stvo&FORM=VIRE> . Véase igualmente: “EEUU dice estar preparado para usar “todo su poder” y frenar flujo de drogas desde Venezuela,” en *EFE, Morfema Press* 19 agosto 2025, disponible en: <https://morfema.press/actualidad/eeuu-dice-estar-preparado-para-usar-todo-su-poder-y-frenar-flujo-de-drogas-desde-venezuela/>
- 44 Véase el texto en el reportaje: “Jorge Rodríguez reacciona de manera comedida al aumento de recompensa por Nicolás Maduro: ¿un gesto hacia un posible canal de diálogo con la administración Trump?,” en *Morfema Press*, 9 agosto 2025, disponible en: <https://morfema.press/actualidad/jorge-rodriguez-reacciona-de-manera-comedida-al-aumento->

Todo ello, sin embargo, contrasta con la realidad, la cual, por ejemplo, viene de ser resumida en el primer párrafo con el cual comienza la “Introducción” del libro editado por los profesores John Polga-Hecimovich y Raul Sanchez-Urribarri, titulado *Authoritarian Consolidation In Times of Crisis. Venezuela under Nicolás Maduro*, en la cual expresan:

“En la última década, Venezuela ha sufrido una de las crisis políticas y económicas más dramáticas del mundo. Desde que llegó al poder en 2013, el presidente Nicolás Maduro ha usurpado sistemáticamente la autoridad legislativa del país, politizado los tribunales y la administración pública, y aumentado la represión de la sociedad civil, encarcelando a críticos y supervisando graves violaciones de derechos humanos contra ellos. Además, entre 2013 y 2020, el producto interno bruto de Venezuela se redujo en un enorme 67%, la mayor depresión económica documentada en la historia de América Latina y una de las diez más grandes en la historia mundial. Durante este tiempo, la hiperinflación diezmo el poder adquisitivo, las tasas de pobreza se triplicaron y los servicios gubernamentales colapsaron. Como respuesta, más de 7,7 millones de personas, o casi una cuarta parte de la población, han emigrado. Sin embargo, Maduro se ha mantenido en el poder a través de una combinación de manipulación electoral, represión y otras tácticas.”⁴⁵.

VI. La consecuencia de la Proclamación Presidencial del 14 de marzo de 2025: la orden de deportación masiva de migrantes venezolanos miembros del “Tren de Aragua”

En virtud de que dicha organización criminal *Tren de Aragua* solo tiene miembros, y las naciones son las que tienen nativos, ciudadanos, habitantes o súbditos, la Proclamación, conforme a la letra de la Ley de 1798, como se dijo, no se dictó contra los *nativos, ciudadanos, habitantes o súbditos de Venezuela*, pues no se declaró a Venezuela como *nación enemiga*, sino que, apartándose en cierta

de-recompensa-por-nicolas-maduro-un-gesto-hacia-un-posible-canal-de-dialogo-con-la-administracion-trump/ El Tribunal Supremo de Justicia, “en nombre del Poder Judicial” también se pronunció públicamente mediante un Comunicado en el cual “rechaza y repudia categóricamente la infame agresión por parte del gobierno de los Estados Unidos en contra del Presidente Constitucional de la República de Venezuela, Nicolás Maduro Moros,” ratificando “su respaldo” al mismo. Véase “Comunicado: Rechazamos la agresión imperial: el Poder Judicial de la República Bolivariana de Venezuela se suma a la defensa de su presidente constitucional y de su pueblo,” 11 agosto 2025, disponible en: <https://avn.info.ve/tsj-rechaza-agresion-de-eeuu-contr-a-el-presidente-maduro-y-el-pueblo-venezolano/>

45 Véase en John Polga-Hecimovich and Raul Sanchez-Urribarri, (Editors), *Authoritarian Consolidation in Times of Crisis. Venezuela under Nicolás Maduro*, Routledge, New York, London, 2025, Introduction, p.1.

forma de la letra de la Ley, la proclamación se dictó contra un grupo muy reducido de venezolanos, los que son *miembros de una organización terrorista designada* como es el *Tren de Aragua*.

Ello implicó que solo a esas personas es que podría aplicarse la Ley, lo que indispensablemente exige un proceso previo de comprobación del hecho de membresía de la organización, lo que debe probarse en relación con cada “extranjero enemigo” para poder ser apresado y deportado. Ello, como se ha dicho, implica el necesario respeto al debido proceso, que como se indicó, ya ara cuando la Ley se sancionó (1798) estaba garantizado en la Constitución (1791).

La Proclamación, como antes se indicó, fue firmada el 14 de marzo de 2025, sin la publicidad que se había dado a otras Ordenes Ejecutivas del Presidente Donald J. Trump al comienzo de su mandato a inicios de 2025. Más bien, se emitió en medio del mayor sigilo y, según se ha informado, luego de una preparación de dos días durante los cuales migrantes venezolanos que estaban detenidos en situación ilegal como inmigrantes indocumentados en diversas partes del territorio de los Estados Unidos, fueron progresivamente trasladados y concentrados en una prisión en Texas⁴⁶.

Para la implementación de la Proclamación, en su texto se autorizó a la *Attorney General* de los Estados Unidos para emitir la “orientación necesaria para llevar a cabo la pronta aprehensión, detención y expulsión de los extranjeros enemigos”, a cuyo efecto, el mismo día 14 de marzo de 2025 y, por tanto, antes de la publicación de la Proclamación, la *Attorney General* emitió un *Memorándum* dirigido a los agentes de seguridad estableciendo la “*Orientación para la implementación de la Ley de Enemigos Extranjeros*”⁴⁷, detallando con todo cuidado y extensión, todos los pasos que los agentes de seguridad debían dar para lograr su objetivo de detener y deportar, indicándose, entre otros aspectos, en el Paso 5, sobre “La notificación y orden de detención” que debía formular el oficial de seguridad al extranjero enemigo, en la cual se le debía indicar que:

“a) El oficial ha sido autorizado para *aprehender, restringir* y deportar a los Enemigos Extranjeros; b) Se ha determinado que el extranjero *es un enemigo extranjero*;

46 Véase la investigación periodística “Trump’s 48-hours scramble to fly migreants to Salvadoran prison. The administration rounded un some of the Venezuelan two days before the flights took off, pressing forward even as Venezuela agreed to accept deportees,” en *The Washington Post*, 5 de mayo 2025, disponible en: <https://www.washingtonpost.com/immigration/2025/05/04/trump-el-salvador-alien-enemies-act-venezuelans/>

47 Véase el texto de la *Guidancy for Implementing the Alien Enemy Act*, que está disponible en: <https://www.documentcloud.org/documents/25915967-doj-march-14-memo-alien-enemies-act/>

c) Se ha determinado que el extranjero tiene por lo menos *catorce años de edad*; d) Se ha determinado que el extranjero *no es ciudadano o residente permanente legal* de los Estados Unidos; e) Se ha determinado que el extranjero es *ciudadano de Venezuela*; f) Se ha determinado que el extranjero es *miembro del Tren de Aragua*; g) El extranjero *no tiene derecho a una audiencia, apelación o revisión judicial de la orden de aprehensión y expulsión*; h) El Enemigo Extranjero *será detenido en espera de ser deportado* de los Estados Unidos; y i) Después de ser deportado de los Estados Unidos, el Enemigo Extranjero *no puede ingresar ni intentar ingresar a los Estados Unidos* sin el permiso del Secretario de Seguridad Nacional.⁴⁸

Con base en todo esto, apenas pocas horas después de publicada la Proclamación el 15 de marzo de 2025, sin que se les garantizara la posibilidad de ejercicio alguno de su derecho a probar o demostrar *que no eran miembros de la organización TdA*, se inició un proceso de su deportación masiva de venezolanos considerados como enemigos extranjeros calificados como miembros de la organización terrorista extranjera designada *Tren de Aragua* (TdA), quienes fueron enviados a un país distinto al suyo de origen.

VII. El traslado forzoso de los calificados como enemigos extranjeros deportados a una cárcel en El Salvador

Es decir, sin fórmula de juicio, no fue que los migrantes venezolanos detenidos en los Estados Unidos fueron deportados hacia su país de origen, Venezuela, sino que fueron enviados a El Salvador para ser encerrados en una prisión en ese país; país donde no eran residentes, ni donde habrían cometido crimen alguno, y donde no habían sido acusados, procesados o condenados judicialmente de delito alguno,⁴⁹ sin que se tuviera información alguna oficial sobre ellos, razón por la cual se calificó la situación incluso, como propia de casos de desapariciones forzosas⁵⁰.

48 *Idem. Step 5.*

49 Véase sobre esto lo expuesto en los artículos de Zolan Kanno-Youngs, Hamed Aleaziz, Alan Feier, Devlin Barret, Julie Tukewitz, Jonathan Swan, Maggie Haberman y Annie Correal, “How U.S. Cut Deal to Oust Venezuelans. Leader of El Salvador Had to Be Won Over,” en *The New York Times*, 2 Mayo 2025, pp. A1 y A-18-19; y de Fernando Mieres, “El Tren de Aragua y el Tren de Trump,” 3 marzo 2025, en *Polis*, disponible en <https://polisfmires.blogspot.com/2025/03/fernando-mieres-el-tren-de-aragua-y-el.html>

50 Véase por ejemplo, Miriam Jordan, “An Immigrant Held in U.S. Custody ‘Simply Dissappeared.’ The Venezuelan man did not appear on a list of people sent to a prison in El Salvador, and his family and friends had no idea of his whereabouts,” disponible en: <https://www.nytimes.com/2025/04/22/us/venezuela-immigrant-disappear-deport-ice.html>; Mahanvi Sighn, “The desperate search for a father disappeared by Trump to El Sal-

Ello, incluso, motivó que la *Robert F. Kennedy Human Rights Foundation*, la *Global Strategic Litigation*, el *Council Boston University School of Law International Human Rights Clinic*, y el *Center for Gender & Refugee Studies (CGRS)*, como organizaciones de defensa de derechos humanos, en representación de dieciocho de los migrantes venezolanos que fueron deportados hacia El Salvador, intentaran el 9 de mayo de 2025 una demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denunciando, como lo dijo Isabel C. Roby abogada senior de la *Robert F. Kennedy Human Rights Foundation*, que los mismos “fueron deportados sin debido proceso, excluidos de toda protección legal y están en una situación de desaparición forzada”; y como lo explicó Bella Mosselmans, Directora de *Global Strategic Litigation Council* (GSLC), que:

“Estados Unidos y El Salvador se han confabulado para despojar de sus derechos y libertades a cientos de personas, incluidas muchas personas con solicitudes de asilo pendientes en Estados Unidos. Estas personas han sido arrancadas de sus familias, desaparecieron sin dejar rastro y fueron abandonadas en una prisión ampliamente condenada por la comunidad internacional. Se trata de una desaparición forzada sancionada por el Estado y debe terminar ya.”⁵¹

Sobre ello, incluso, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Volker Turk, como se detalla en la Nota de prensa oficial que se publicó el 13 de mayo de 2025, llamó la atención sobre las deportaciones en el sentido de que:

“muchos de los detenidos no fueron informados de la intención del Gobierno de Estados Unidos de deportarlos para ser detenidos en un tercer país, que muchos no tuvieron acceso a un abogado y que no pudieron recurrir la legalidad de su deportación antes de ser expulsados de Estados Unidos. [...]”

Esta situación es altamente preocupante en cuanto a una amplia gama de derechos que son fundamentales tanto en virtud del derecho estadounidense como

vador: “We don’t know anything,” en *The Guardian*, 8 mayo 2025, disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2025/may/08/cecot-detained-family-impact>

- 51 Véase la información en la Nota de Prensa de la Fundación: “New LawsUIT Seeks to Restore Human Rights for Those Disappeared to Indefinite Incommunicado Detention in El Salvador,” 9 mayo 2025, disponible en: <https://rfkhumanrights.org/press/new-law-suit-seeks-to-restore-human-rights-for-those-disappeared-to-indefinite-incommunicado-detention-in-el-salvador/>. Véase además. Emiliano Rodríguez Mega, “Detainees’ Families Sue Salvadorean Government,” en *The New York Times*, 12 mayo 2015, p. A4; Marcos Alemán, “Grupos de derechos demandan liberar a venezolanos deportados de EEUU y retenidos en El Salvador,” Los Angeles Times, 9 mayo 2025, disponible en: <https://www.latimes.com/espanol/internacional/articulo/2025-05-09/grupos-de-derechos-demandan-liberar-a-venezolanos-deportados-de-eeuu-y-retenidos-en-el-salvador>.

del derecho internacional: los derechos a las garantías procesales, a la protección frente a la detención arbitraria, a la igualdad ante la ley, a la protección contra la tortura u otro daño irreparable en otros Estados, y a un recurso efectivo. [...]

La forma en la cual algunos fueron detenidos y deportados, incluso encadenados, así como la retórica degradante contra las personas migrantes, también ha sido extremadamente preocupante.

Saludo el papel esencial que el poder judicial, la comunidad jurídica y la sociedad civil de Estados Unidos están desempeñando para garantizar la protección de los derechos humanos en este contexto.”

De todo lo cual, el Alto Comisionado concluyó instando:

“al Gobierno de Estados Unidos a que adopte las medidas necesarias para garantizar el debido proceso, dar efecto rápido y pleno a las decisiones de sus tribunales, salvaguardar los derechos de los niños y poner fin a la expulsión de cualquier persona a cualquier país en el que exista un riesgo real de tortura u otro daño irreparable.”⁵²

En todo caso, el vínculo que podría haber existido entre los dos gobiernos para el proceso de detención de los deportados, pareció confirmarse con la visita oficial muy publicitada que hizo la Secretaria de Seguridad Interior (*Homeland Security*) del gobierno norteamericano, Kristi Noem, a la cárcel denominada Centro de Confinamiento del Terrorismo (CECOT) en El Salvador⁵³, habiéndose en todo caso informado en la prensa, por funcionarios del gobierno, que los Estados Unidos pagarían a El Salvador por retener a los deportados⁵⁴.

52 Véase “Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU expresa preocupaciones de derechos humanos por las deportaciones desde Estados Unidos, Naciones Unidas. Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, México, 13 mayo 2025, disponible en: <https://hchr.org.mx/comunicados/alto-comisionado-para-los-derechos-humanos-de-la-onu-expresa-preocupaciones-de-derechos-humanos-por-las-deportaciones-desde-estados-unidos/> Véase los comentarios en Morgan Polen, “UN Rights chief express concern over US deportations,” en *Jurist News*, 14 mayo 2025, disponible en: <https://www.jurist.org/news/2025/05/un-rights-chief-expresses-concern-over-us-deportations/>

53 Véase por ejemplo, la reseña de Associated Press, “Homeland Security Secretary Kristi Noem visits El Salvador prison where deported Venezuelans are held,” en CNN World, 16 marzo 2025, disponible en: <https://www.cnn.com/2025/03/26/americas/kristi-noem-salvador-prison-visit-intl-latam>

54 Véase Devlin Barret, Annie Correat y William E. Rashbaum, “Trump Sends Hundreds of Venezuelan to El Salvador, Seemingly Violating Judge’s Order,” *The New York Times*, 17 marzo 2025, p. A10. La lista de las personas deportadas y detenidas en El Salvador se publicó luego en medios internacionales. Véase por ejemplo: “Revisa si tu familiar está detenido en El Salvador: esta es la lista completa. Los 238 nombres de los venezolanos llevados al CECOT de El Salvador ya son públicos. Aquí puedes consultar la lista completa y verificar

Semanas después, incluso, se informó en la prensa que los Estados Unidos habían pagado a El Salvador, cinco millones de dólares, por recibir a los deportados venezolanos⁵⁵, a lo que se agregaron otros beneficios enmarcados en las relaciones internacionales entre ambos países⁵⁶,

Ante esta situación, por ejemplo, la organización *Human Rights Watch*, exigió en un extenso Informe la derogatoria de la Ley de Enemigos Extranjeros de 1798, indicando que la misma “es descaradamente incongruente” con las obligaciones internacionales de los Estados Unidos en materia de derechos humanos, indicando que:

“La ley de 1798, aprobada como parte de las Leyes de Extranjería y Sedición más amplias, autoriza al presidente a detener, restringir, proteger y expulsar a las personas que eran ciudadanos o súbditos de una nación hostil durante una guerra declarada o cuando se amenazaba con una invasión o un ataque depredador contra los Estados Unidos. La administración Trump es la primera administración en la historia de Estados Unidos en invocar la ley fuera de una época de guerra declarada.

En marzo de 2025, la administración Trump utilizó la Ley para deportar al menos a 200 ciudadanos venezolanos a una prisión de máxima seguridad en El Salvador. Trump invocó la Ley de 227 años de antigüedad “para apuntar y dismantelar todas las redes criminales de migrantes que operan en suelo estadounidense”, en particular los miembros de la organización criminal transnacional *Tren de Aragua*. La mayoría de los enviados a la mega cárcel salvadoreña no tienen antecedentes penales ni cargos penales. La ONU expresó anteriormente su preocupación por la posibilidad de que estas personas pudieran ser objeto de violaciones de derechos humanos en El Salvador.”⁵⁷

si un familiar o amigo fue incluido,” en *El Estímulo*, 20 marzo 2025, disponible en: <https://elestimulo.com/migracion/2025-03-20/lista-nombres-venezolanos-el-salvador-eeuu/>

- 55 Véase Edward Wong, Zolan Kunno-Younges, Hamed Aleaziz y Minho Kim, “Global deals, Cash and Pressure Help Trump Offload Deportees,” en *The New York Times*, 26 junio 2025, pp. A1 y A12.
- 56 Véase Annie Correal y Pranav Baskar, “El Salvador Reaps Rewards For Aiding Trump’s Agenda. Administration Favors Bukele for Jailing Over 200 Deportees,” *The New York Times*, 11 julio 2025, p. A7
- 57 Véase Morgan Polen, “Human Rights Watch urges US to repeal the Alien Enemies Act,” en *Jurist News*, 3 mayo 2025, disponible en: <https://www.jurist.org/news/2025/05/human-rights-watch-urges-us-to-repeal-the-alien-enemies-act/>; Akshaya Kumar, “Alien Enemies Act Doesn’t Belong on the Books in 2025,” en *Jurist News* 6 mayo 2025, disponible en: <https://www.jurist.org/commentary/2025/05/alien-enemies-act-doesnt-belong-on-the-books-in-2025/>;

Por ello, Vilma Petrash, conocida internacionalista venezolana ha encontrado en la Proclamación del Presidente Trump aplicando la Ley de Enemigos Extranjeros de 1798, un “verdadero salto cualitativo en la erosión del Estado de derecho en EE.UU”, pues al amparo de las mismas se:

“ha venido ordenando la detención y deportación sumaria de cientos de venezolanos, gran parte de ellos sin antecedentes penales, por ejemplo al CECOT en El Salvador. Aquí, la arbitrariedad se convierte en norma: se suspenden de facto garantías constitucionales como el debido proceso y el habeas corpus, pilares fundamentales de la tradición jurídica estadounidense. Esta práctica, que históricamente solo se había utilizado en contextos de guerra declarada, hoy se normaliza y se expande bajo la lógica de la seguridad nacional, abriendo la puerta a la institucionalización de la excepción como regla.”⁵⁸

Y adicionalmente, como ha sido comentado por Isabela Dias, con motivo de una decisión de un Juez de Inmigración dando por terminado el caso de un migrante venezolano quien se encontraba en el proceso de solicitud de asilo y tenía programada una cita ante el mismo, a la cual no pudo asistir por haber sido deportado hacia El Salvador, ahora:

“Los tribunales de inmigración de todo Estados Unidos están abandonando nuevamente a los hombres incomunicados en CECOT. El viernes pasado, el juez Jason L. Stern en Houston puso fin al caso de Jesús Cornejo Pulgar, expulsándolo efectivamente del sistema legal de Estados Unidos. “Si el caso sigue vivo”, dijo su abogado Joseph Giardina, “puedes decir: ‘Oh, su caso sigue pendiente en el tribunal; Todavía está allí, devuélvalo y deje que recoja su caso justo donde está’”.

Cornejo, quien no tiene antecedentes penales en Estados Unidos ni en Venezuela y no tenía una orden final de deportación, no solo ha sido desaparecido en un gulag extranjero de donde quizás nunca sea liberado, sino que también ha sido borrado por los tribunales de inmigración de Estados Unidos. Es uno de los 230 venezolanos que el gobierno de Trump desapareció, sin el debido proceso, en el Centro de Confinamiento por Terrorismo del país centroamericano (CECOT).”⁵⁹

58 Véase Vilma Petrash, “La Política Antiinmigración hacia los Venezolanos: Evidencia de la Democracia en Estados Unidos,” junio 2025.

59 Véase el reportaje de Isabela Dias, “Trump Disappeared Them to El Salvador. Now, They’re Being Erased by Immigration Courts. At least 14 cases of Venezuelans sent to a Salvadoran megaprison have been dismissed by US immigration judges,” en Mother Jones, 2 junio 2025, disponible en: <https://www.motherjones.com/politics/2025/06/el-salvador-cecot-venezulean-frizgeraldh-cornejo-immigration-courts-erasing-cases-trump/>

En todo caso, en un país como los Estados Unidos donde el control judicial de las acciones del Poder Ejecutivo a cargo de las Cortes Federales está tan arraigado y desarrollado, la Proclamación de marzo de 2025 y su aplicación a los migrantes venezolanos fue objeto de múltiples impugnaciones ante las Cortes Federales, con la asistencia de importantes ONGs como la *American Civil Liberty Union*, con el propósito no solo de obtener la declaración de ilegalidad de dicha Proclamación y su aplicación a los venezolanos migrantes, sino de asegurar la protección a los derechos fundamentales de los afectados, entre ellos, el derecho al debido proceso.

VIII. La liberación y envío a Venezuela, por El Salvador, de los venezolanos que habían sido deportados por los Estados Unidos y encarcelados en ese país, a cambio de la liberación de ciudadanos norteamericanos y de ciudadanos venezolanos encarcelados por motivos políticos en Venezuela

Ahora bien, cuatro meses después de emitida la Proclamación del Presidente Trump ordenando las deportaciones masivas en marzo de 2025, se concretó un acuerdo internacional conforme al cual el gobierno de El Salvador liberó a todos los venezolanos deportados conforme a la Ley AEA y que estaban confinados y detenidos en la Cárcel CECOT, donde dijera haber sido sometidos a torturas⁶⁰, quienes fueron enviados a Venezuela, país que por su parte liberó a un conjunto de ciudadanos norteamericanos que fueron enviados a los Estados Unidos, así como de ciudadanos venezolanos que estaban encarcelados por motivos políticos en Venezuela.

Este proceso de liberación de los venezolanos deportados de los Estados Unidos y que estaban confinados a una cárcel en El Salvador, sin la menor duda tuvo sus repercusiones en los procesos judiciales que estaban el curso en los Estados Unidos.

Dicha negociación para de liberación de dichos venezolanos deportados por los Estados Unidos y detenidos en El Salvador puede decirse que comenzó en abril de 2025, con base en una propuesta que formuló el Presidente Nayibe Bukele al Presidente Nicolás Maduro, anunciada en *PostX* del 20 de abril de 2025, como una misiva enviada a este último:

60 Véase por ejemplo la información: “Venezuela: Detainees tell of torture in El Salvador,” en *The Week*, volumen 25, Issue 1247, 8 agosto 2025, p. 15.

“Señor @NicolasMaduro: Usted ha dicho en numerosas ocasiones que quiere a los venezolanos de regreso y en libertad.

A diferencia de usted, que tiene presos políticos, nosotros no tenemos presos políticos. Todos los venezolanos que tenemos bajo custodia fueron detenidos en el marco de una operación contra pandillas como el Tren de Aragua en Estados Unidos.

A diferencia de nuestros detenidos, muchos de los cuales han asesinado, otros han cometido violaciones, y algunos incluso habían sido arrestados en múltiples ocasiones antes de ser deportados, sus presos políticos no han cometido ningún delito. La única razón por la que están encarcelados es por haberse opuesto a usted y a sus fraudes electorales.

Sin embargo, quiero proponerle un acuerdo humanitario que contemple la repatriación del 100 % de los 252 venezolanos que fueron deportados, a cambio de la liberación y entrega de un número idéntico (252) de los miles de presos políticos que usted mantiene.

Entre ellos, Rafael Tudares, yerno de Edmundo González; el periodista Roland Carreño; la abogada y activista Rocío San Miguel; la señora Corina Parisca de Machado, madre de María Corina Machado, a quien amedrentan a diario y le sabotean el acceso a servicios básicos como la luz y el agua; así como los cuatro dirigentes políticos asilados en la embajada de Argentina y otros venezolanos presos políticos. También se incluirían los casi 50 ciudadanos detenidos de otras nacionalidades: estadounidense, alemana, dominicana, argentina, boliviana, israelí, chilena, colombiana, ecuatoriana, española, francesa, guayanesa, neerlandesa, iraní, italiana, libanesa, mexicana, peruana, puertorriqueña, ucraniana, uruguaya, portuguesa y checa.

Nuestra Cancillería enviará la correspondencia formal. Dios bendiga al pueblo de Venezuela.”⁶¹

Se trataba, como lo reportó la prensa, de una propuesta de cambio de prisioneros que se refería a 252 venezolanos migrantes que habían sido deportados por los Estados Unidos hacia El Salvador, por el mismo número de “prisioneros políticos” encarcelados por el régimen de Maduro⁶².

61 Vease XPost, @Nayibbukele, 20 abril 2025, disponible en: <https://x.com/nayibbukele/status/1914070199659098258>

62 Véase Zach LaChance, “Bukele proposes swap to Maduro that includes Venezuelan migrants deported from US,” Washington Examiner, 20 abril 2025, disponible en <https://www.washingtonexaminer.com/news/world/3385698/bukele-proposes-swap-maduro-includes-venezuelan-migrants-deported-us/>

Sin embargo, como resultado de las negociaciones que se efectuaron entre los gobiernos de Estados Unidos, El Salvador y Venezuela, el día 18 de julio de 2025, se conoció el anuncio que hizo el mismo Presidente Nayib Bukele en los siguientes términos:

“El día de hoy hemos entregado a todos los ciudadanos venezolanos detenidos en nuestro país, acusados de formar parte de la organización criminal Tren de Aragua (TDA). Muchos de ellos se enfrentan a múltiples cargos de asesinato, robo, violación y otros delitos graves.

Tal como se le ofreció al régimen venezolano en abril, llevamos a cabo este intercambio a cambio de un número considerable de presos políticos venezolanos, personas que el régimen había mantenido en sus cárceles durante años, así como a todos los ciudadanos estadounidenses que tenía como rehenes.

Estas personas se encuentran ahora en camino a El Salvador, donde harán una breve parada antes de continuar su viaje de regreso.

Esta operación es el resultado de meses de negociaciones con un régimen tiránico que durante mucho tiempo se había negado a liberar una de sus monedas de cambio más valiosas: sus rehenes.

Sin embargo, gracias a los incansables esfuerzos de muchos funcionarios tanto de Estados Unidos como de El Salvador, y sobre todo, gracias a Dios Todopoderoso, se logró”⁶³

El mismo día 18 de julio, el Secretario de Estado de los Estados Unidos, Marco Rubio, expresó en su cuenta X⁶⁴ y en declaraciones de prensa, sobre la operación efectuada en la siguiente forma:

“Hoy, gracias al liderazgo y al compromiso del presidente Trump con el pueblo estadounidense, Estados Unidos da la bienvenida a su país a diez ciudadanos estadounidenses que estaban detenidos en Venezuela. Hasta hoy, Venezuela era el país del mundo con más ciudadanos estadounidenses detenidos injustamente. Es inaceptable que representantes del régimen venezolano hayan arrestado y encarcelado a ciudadanos estadounidenses en circunstancias muy cuestionables y sin el

63 Vease XPost, @Nayibbukele, disponible en: <https://x.com/nayibbukele/status/1946296384035918284>

64 Marco Rubio expresó: “Gracias al liderazgo de @POTUS, diez estadounidenses que fueron detenidos en Venezuela están en camino a la libertad. Quiero agradecer a mi equipo en el @StateDept y especialmente al presidente @nayibbukele por ayudar a asegurar un acuerdo para la liberación de todos nuestros detenidos estadounidenses, además de la liberación de los presos políticos venezolanos.” Véase XPost, @SecRubio, 18 julio 2025, disponible en: <https://x.com/SecRubio/status/1946299325803352323>

debido proceso. Todos los estadounidenses detenidos injustamente en Venezuela ya están libres y de vuelta en nuestra patria.

Quiero agradecer a mi equipo en el Departamento de Estado, así como a nuestros socios interinstitucionales y, en especial, al presidente de El Salvador, Nayib Bukele, por su labor para lograr estas liberaciones tan esperadas y por sus esfuerzos para garantizar la seguridad de los ciudadanos estadounidenses tanto en el país como en el extranjero. Nuestro compromiso con el pueblo estadounidense es claro: salvaguardaremos el bienestar de los ciudadanos estadounidenses tanto en el país como en el extranjero y no descansaremos hasta que todos los estadounidenses que se encuentran secuestrados o detenidos injustamente en lugares del mundo sean traídos de vuelta a su hogar.”⁶⁵

Y es que, en efecto, junto con los 10 ciudadanos norteamericanos liberados en Venezuela⁶⁶, el régimen de Maduro, como parte del acuerdo de intercambio de detenidos, también liberó inicialmente a 28 presos políticos detenidos sin debido proceso en diversas cárceles del país⁶⁷.

Sobre esta negociación, a pesar de que el Presidente Bukele anunció que se trataba de una operación que fue “el resultado de meses de negociaciones con un régimen tiránico que durante mucho tiempo se había negado a liberar a una de sus más valiosas piezas de negociación: sus rehenes”⁶⁸, el Presidente de la Asamblea

65 Véase la reseña en David Esteban Pinzón, “La administración Trump sigue apoyando la restauración de la democracia en Venezuela”: Marco Rubio celebró liberación de ciudadanos estadounidenses por parte del régimen,” en *NTN24*, 18 julio 2025, disponible en: <https://www.ntn24.com/noticias-actualidad/la-administracion-trump-sigue-apoyando-la-restauracion-de-la-democracia-en-venezuela-marco-rubio-celebro-liberacion-de-ciudadanos-estadoun>

66 Es de anotar que entre los norteamericanos liberados estaba una persona que estaba cumpliendo una pena de prisión por asesinato cometido en España. Véase la información en: Julie Turkewitz, José Bautista y Frances Robles, “American Convicted in 3 Killings Is Among Prisoners Reump Feed From Venezuela,” en *The New York Times*, 24 julio 2025, p.A1 y A19; y Julie Turkewitz, “Convicted Murderer Released by Trump From Venezuelan Prison Is Free in U.S.,” *the New York Times*, 26 julio 2025, p. A16.

67 Véase por ejemplo la información en “Lista de los 28 presos políticos liberados el 18 de julio por acuerdo con EE.UU.,” en *El Estímulo*, 18 de julio de 2025, disponible en: <https://elestimulo.com/politica/2025-07-19/lista-28-presos-politicos-liberados/> ; ; “Quiénes son los presos liberados en el canje entre EE.UU. y Venezuela,” en *BBCNewsMundo*, 18 julio 2025, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/articulos/c17w17z575qo>; “Foro Penal compartió las identidades de los presos políticos excarcelados: solo ha verificado 35,” *Morfema Press*, 19 julio 2025, disponible en: <https://morfema.press/actualidad/foro-penal-compartio-las-identidades-de-los-presos-politicos-excarcelados-solo-ha-verificado-35/>

68 Véase en “Bukele expulsa a todos los venezolanos deportados por EE. UU. y hace un canje con el régimen de Maduro,” *Semana, Morfema Press*, 18 julio 2025, disponible en:

Nacional de Venezuela precisó enfáticamente, que el acuerdo se había logrado entre los Estados Unidos y Venezuela exclusivamente, y que en ninguna forma ni manera el gobierno de Venezuela había negociado nada con el Presidente Bukele de El Salvador⁶⁹.

El acuerdo político internacional⁷⁰. si se realizó en esa forma, puede decirse que habría puesto en evidencia el control que, en última instancia, tenía los Estados Unidos sobre la suerte de los venezolanos deportados y detenidos en El Salvador.

Sobre el acuerdo, en todo caso, el principal movimiento político de oposición en Venezuela, la Plataforma Unitaria, señaló que “aunque cada liberación nos alegra – porque ninguna persona debería estar tras las rejas por razones políticas -, no podemos ignorar ni guardar silencio cuando estas se convierten en piezas de negociación opaca o en fichas de cambio. Usar la libertad de seres humanos como moneda de trueque es inaceptable, sea cual sea su origen”;⁷¹; agregando el principal partido de oposición que “a pesar del alivio de familias que se reencuentran con sus seres queridos tras meses o años de encierro, aún quedan cerca de 1000 personas secuestradas por razones políticas”, considerando que las excarcelacio-

<https://morfema.press/actualidad/bukele-expulsa-a-todos-los-venezolanos-deportados-por-ee-uu-y-hace-un-canje-con-el-regimen-de-maduro/>

69 Véase en “Jorge Rodríguez dice que “jamás” negociaron con Bukele: “Fueron con los EE UU”. Según Rodríguez, ni hablaron ni estuvieron de acuerdo “en tener ningún tipo de negociación” con Bukele, a quien, además, describió como un “mandadero” del gobierno estadounidense, *El Nacional*, 20 julio 2025, disponible en: <https://www.elnacional.com/2025/07/jorge-rodriguez-dice-que-jamas-negociaron-con-bukele/A> En todo caso así se interpretó en los comentarios de prensa, por ejemplo en: Julie Turkewitz, “Member of Navy SEALs Among Prisoners Freed in U.S.-Venezuela Swap,” *The New York Times*, 21 julio 2025, p. A6. Por otra parte, también se ha comentado que como parte de la “negociación” estaría la renovación de una licencia para que una empresa petrolera norteamericana reanudara trabajos en Venezuela. Véase Mary Anastasia O’Grady, “Trump Turns His Back on Venezuela,” *The Wall Street Journal*, 4 agosto 2025, p. A13.

70 Véase las referencias en [Joey Garrison](#), “Prisoner swap: Americans freed from Venezuela in trade for jailed migrants in El Salvador Ten Americans detained in Venezuela have been freed, exchanged for Venezuelans detained in El Salvador,” en *USA TODAY*, 18 julio 2025, disponible en: <https://www.usatoday.com/story/news/world/2025/07/18/venezuela-frees-americans-in-trade-for-jailed-migrants-in-el-salvador/85282119007/>

71 Véase el texto del Comunicado en “La Plataforma Unitaria denunció al chavismo por el uso de los presos político en Venezuela, *Emisora Costa del Sol*, 19 julio 2025, disponible en: <https://www.costadelsof.com/2025/07/19/la-plataforma-unitaria-denuncio-al-chavismo-por-el-uso-de-los-presos-politico-en-venezuela/>

nes de las últimas horas representan “la confirmación del uso del secuestro como medio para ejercer el terrorismo de Estado.”⁷².

Posteriormente, dada la opacidad de la negociación que llevó a la liberación de los detenidos en El Salvador, tal como lo reportó la prensa al referirse a lo declarado por la vocera del Departamento de Estado de la administración de Donald Trump, Natalia Molano:

“Lo que pasó el 18 de julio ocurrió realmente bajo la intervención de los Estados Unidos basado en los detenidos estadounidenses. Esa era la prioridad número uno de los Estados Unidos. [...]”

Explicó que Estados Unidos vio una oportunidad en la propuesta hecha por el presidente de El Salvador, Nayib Bukele, a Nicolás Maduro para un intercambio de prisioneros. Aunque no se concretó en un primer momento, por el rechazo del chavismo, el gobierno estadounidense intermedió para lograr el acuerdo.”⁷³.

En otra reseña de la entrevista, se lee:

“La funcionaria de la administración estadounidense dijo que el presidente de El Salvador Nayib Bukele sí intervino en las conversaciones que produjeron la liberación de 252 venezolanos detenidos en el Cecot y que el principal aliciente fue el retorno de 10 ciudadanos americanos a su país. [...]”

En el programa semanal, que estuvo moderado por Ronna Rísquez, directora de ARI; Luis Blanco, director de *Runrunes* y César Batiz, director de *El Pitazo*, la vocera en español del Departamento de Estado, Natalia Molano, aseguró que la administración estadounidense del presidente Donald Trump no tuvo conversaciones directas con el gobierno de Nicolás Maduro para alcanzar el acuerdo.

“Nuestro principal interés siempre fue la liberación de los 10 ciudadanos de Estados Unidos que estaban en Venezuela, pero en ningún momento hubo una negociación con el régimen venezolano”, dijo Molano.

72 Véase en “Excarcelaciones confirman “terrorismo de Estado” en Venezuela, alertó Comando Por Venezuela,” en *La Patilla.com*, 20 julio 2025, disponible en: <https://lapatilla.com/2025/07/20/excarcelaciones-confirman-terrorismo-de-estado-en-venezuela-alerto-el-comando-convzla/>

73 Véase: “EE UU no negoció las licencias de Chevron en el canje de prisioneros, según funcionaria de Trump,” *El Nacional*, 24 julio 2025, disponible en: <https://www.elnacional.com/2025/07/ee-uu-no-negocio-las-licencias-de-chevron-en-el-canje-de-prisioneros-segun-funcionaria-de-trump/>; Antonio María Delgado, “Trump quietly renews Chevron’s license in Venezuela, marking shift in U.S. policy,” disponible en: <https://www.miamiherald.com/news/nation-world/world/americas/venezuela/article311289025.html#storylink=cpy>

Contrariando el discurso oficialista, la funcionaria estadounidense sostuvo que el presidente de El Salvador, Nayib Bukele, sí participó en la negociación que permitió el retorno de venezolanos que se encontraban en la cárcel de máxima seguridad centroamericana.”

“No estamos negociando nada, no reconocemos a Maduro como representante legítimo del pueblo venezolano, lo que nos interesa es el retorno a la democracia y abogamos por la liberación de todos los presos políticos.”⁷⁴.

Debe mencionarse, que casi simultáneamente al anuncio de la negociación para la liberación de detenidos, se produjo el anuncio de que el gobierno norteamericano había autorizado de nuevo operaciones a la empresa Chevron en Venezuela,⁷⁵ aclarando la vocera antes mencionada del Departamento de Estado que:

“El tema de la licencia de Chevron o cualquier otra cosa de los recursos financieros o empresas estadounidenses no fue parte de ninguna conversación de lo que tomó lugar la semana pasada.”⁷⁶

En todo caso, en cuanto a los múltiples juicios que se siguieron en los Estados Unidos desde marzo de 2025, uno de los abogados de la *American Civil Liberties Union*, Lee Gelernt, consideró la negociación para la liberación de los venezolanos detenidos en El Salvador, como una “maniobra para evadir el control judicial” en curso contra las acciones del Gobierno norteamericano, indicando que:

“La administración envió a estos individuos a languidecer durante meses incommunicados en una de las cárceles más notorias del mundo sin ningún debido proceso y ahora parece con esta última maniobra estar tratando de evitar toda responsabilidad judicial.”⁷⁷

74 Véase el reportaje en “La Conversa ARI | Molano, vocera del Departamento de Estado: “No hubo negociación directa,” en *TalCual*, 24 julio 2025, disponible en: <https://talcualdigital.com/la-conversa-ari-molano-vocera-del-departamento-de-estado-no-hubo-negociacion-directa/>

75 Véase por ejemplo: Alex Leary, Vera Bergengruen y Kejal Vyas, Ü.S. to Let Chevron Restart in Venezuela,” *The Wall Street Journal*, 24 julio 2025, p.A3.

76 Véase: “EE UU no negoció las licencias de Chevron en el canje de prisioneros, según funcionaria de Trump,” *El Nacional*, 24 julio 2025, disponible en: <https://www.elnacional.com/2025/07/ee-uu-no-negocio-las-licencias-de-chevron-en-el-canje-de-prisioneros-segun-funcionaria-de-trump/> Véase sobre ello las apreciaciones de Pedro Mario Burelli, “U.S. Oil Licenses And Foreign Terrorists,” en X, X, @pburelli, disponible en: <https://x.com/pburelli/status/1949071393733091527?s=46>

77 Véase en Vera Bergengruen y Kejal Vyas, “Ten Americans Released From Venezuela,” *The Wall Street Journal*, 20 julio 2025, p. A8

IX. El control judicial sobre la proclamación presidencial y las deportaciones masivas, y algo sobre la reacción contra las decisiones judiciales

La liberación de los venezolanos migrantes deportados masivamente por los Estados Unidos, y detenidos por su cuenta en la cárcel CECOT de El Salvador, en cuya representación y en protección de sus derechos se iniciaron los múltiples procesos judiciales desde marzo de 2025 ante varias Cortes Federales de Distrito norteamericanas, que son los que se estudian en las páginas que siguen tuvo, sin duda, efectos en los mismos, habiendo considerado incluso uno de los abogados de la *American Civil Liberties Union*, Lee Gelernt, a la negociación para la liberación de los venezolanos detenidos en El Salvador, como una “*maniobra para evadir el control judicial*” en curso contra las acciones del Gobierno norteamericano, indicando que:

“La administración envió a estos individuos a languidecer durante meses incommunicados en una de las cárceles más notorias del mundo sin ningún debido proceso y ahora parece con esta última maniobra estar tratando de evitar toda responsabilidad judicial.”⁷⁸

Y en efecto, por ejemplo, de inmediato, en julio de 2025, uno de los abogados del Gobierno solicitó ante la Corte Federal del Distrito de Columbia a cargo del Juez Boasberg, que se declarara terminado el proceso de impugnación de la aplicación de la Ley AEA a los venezolanos deportados, que ya habían sido liberados de la cárcel de El Salvador, por supuestamente carecer de objeto⁷⁹; habiéndose comenzado a plantear, además, nuevas vías de reclamo judicial, mediante acciones por daños que los afectados por las deportaciones masivas podrían formular contra los Estados Unidos.

Así, ya el 24 de julio se anunciaba que uno de los venezolanos que había sido detenido, deportado hacia El Salvador, encarcelado en el CECOT, liberado y enviado a Venezuela, anunciaba que intentaría una acción de daños contra los Estados Unidos⁸⁰. En otro caso, otro venezolano solicitante de asilo (*Cristian*) y

78 Véase en Vera Bergengruen y Kejal Vyas, “Ten Americans Released from Venezuela,” *The Wall Street Journal*, 20 julio 2025, p. A8.

79 Véase por ejemplo el alegato formulado por representantes del gobierno en uno de los casos judiciales ante la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, que está disponible en: <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.cadc.42133/gov.uscourts.cadc.42133.01208760407.0.pdf>

80 Véase el reportaje de Jazmine Ulloa, “Venezuelan Takes Step Toward Suing U.S. for Wrongful Detention and Removal,” *The New York Times*, 26 julio 2025, p. A17; y el reportaje: “‘I want to Clear My Name’: Deported Migrant Taken First Step to Sue the US. Nei-

regido por un acuerdo de conciliación judicial en los Estados Unidos, igualmente deportado a El Salvador, encarcelado y liberado hacia Venezuela, de donde había salido por temor a persecución, también anunciaba con intentar una acción de daños⁸¹.

Dichos procesos judiciales se iniciaron el mismo día que se publicó la Proclamación presidencial, siendo el primer caso, la demanda en protección de derechos colectivos (*class action*), intentada por un grupo de venezolanos detenidos para ser deportados, que originó la primera decisión de protección dictada por el Juez de la Corte Federal de Distrito del Distrito de Columbia, James Boasberg, consistente en una medida cautelar (*Temporary Restraining Order TRO*) buscando suspender la aplicación de la Proclamación apenas esta se dictó el mismo día 15 de marzo de 2015, pero que no pudo tener efecto porque para cuando se conoció ya los venezolanos deportados habían sido puestos en aviones que habían despegado hacia El Salvador⁸².

Una decisión de ese tipo, que tocó la ejecución de una política particularmente sensible para el Poder Ejecutivo originó inusitadas reacciones contra los jueces comenzaron a manifestarse de inmediato, llevando al propio Presidente de los Estados Unidos a expresar que “Solo hago lo que los votantes querían que hiciera. Este juez, como muchos de los jueces corruptos ante los que me veo obligado a comparecer, debería ser destituido”⁸³, advirtiendo además respecto del propio Juez Boasberg que se trataba de un “Lunático radical de izquierda, alborotador y agitador.”⁸⁴.

yverver Adrián loon Rengel , who was held in a prison in El Salvador, filed a claim Thursday against Homeland Security, accusing it of wrongful detention,” *The New York Times*, 24 julio 2025, disponible en: <https://www.nytimes.com/2025/07/24/us/venezuelan-migrant-us-wrongful-detention.html>

81 Véase el reportaje de Devan Cole , ‘ Attorneys for wrongly deported Venezuelan asylum seeker will seek criminal contempt proceedings after prisoner swap,’ en *CNNPolitics*, 24 julio 2025, disponible en: <https://www.cnn.com/2025/07/22/politics/venezuela-asylum-seeker-trump>

82 Véase la referencia a la orden judicial TRO en la página web del caso, disponible en: <https://www.courtlistener.com/docket/69741724/jgg-v-trump/#minute-entry-419399699>. Una crítica a la orden judicial, argumentando que el Juez para dictarla debió haber requerido la presentación de una garantía (*bond*), puede leerse en: Daniel Huff, “Why Boasberg’s Order Is Legally Invalid,” en *The Wall Street Journal*, 1 April 2025, p. A17.

83 Véase “Alan Fever, Zolan Kanno-Youngs y Adam Lipptak, ”Onslaught by G.O.P. on Judge Who Issue Deportation Order,” *The New York Times*, 19 marzo, 2025 p. A1

84 Véase las referencias en Mattathias Schwrtz y Abbie Vansickle, “On the bench, High Profile Cases Come With Threats and Intimidation,” *The New York Times*, 20 marzo 2025, p. A16; James Taranto, “The Constitutionalists: Roberts and Trump,” *The Wall Street Journal*, 22/23 marzo, p. A11; Erica L. Green, Zolan Kanna-Young y Maggie Haber-

Por su parte, el Vicepresidente de los Estados Unidos, Sr. Vance afirmó que “los jueces no están autorizados a controlar el poder legítimo del Ejecutivo”;⁸⁵; la Secretaria de prensa de la Casa Blanca dijo que “Un solo juez en una sola ciudad no puede dirigir los movimientos de un avión llevando terroristas extranjeros que fueron físicamente expulsados del territorio de los Estados Unidos”;⁸⁶ y uno de los asesores del Presidente (Sr. Musk), indicó que: “Si cualquier Juez en cualquier lugar puede bloquear cualquier orden presidencial en todas partes, no tenemos democracia, tenemos tiranía del poder judicial”;⁸⁷ agregando el mismo que “la única forma de restaurar el poder del pueblo en Estados Unidos es destituir a los jueces.”⁸⁸.

Frente todo ello, el *Chief Justice* de la Suprema Corte, John Roberts, tuvo que responder de inmediato, indicando. que:

“Durante más de dos siglos, se ha establecido que la destitución (*impeachment*) no es una respuesta adecuada al desacuerdo sobre una decisión judicial. El proceso normal de revisión de apelaciones existe para ese propósito.”⁸⁹

mann, “Trump Sprints to Consolidate Control of Levers of Power,” *The New York Times*, 23 marzo 2025, p. 23.

85 Véase Brandon Drenon & Anthony Zurcher, “Vance questions authority of US judges to challenge Trump,” *BBC*, 10 febrero 2025, disponible en: <https://www.bbc.com/news/articles/c4gx3j5k63xo>; Erwin Chemerinsky, “If Trump Defies the Courts, Then What?,” *The New York Times*, 10 marzo 2025, p. A16,

86 Véase Jess Bravin, “President Pushes Limits of Executive Authority” *The Wall Street Journal*, 18 marzo 2025, p. A1. Igualmente véase el Editorial de esa misma fecha, *The Wall Street Journal* p. A14; Adam Lipak, “Defiance of Judge’s Order Stokes Fears of Constitutional Crisis, or Worse,” *The New York Times*, 20 march 2025, p. A16l

87 Véase Harold Pease, “We have Tyranny of the Judiciary,” *Elon Musk* Libertyunderfire.org, 6 marzo 2025, disponible en: <https://libertyunderfire.org/2025/03/we-have-tyranny-of-the-judiciary-elon-musk/>. Igualmente, en *The New York Times*, 13 marzo 2025, p. A18

88 Véase la Información en *The New York Times*, 2 marzo 2025, p. 21; *The Wall Street Journal*, 17 marzo 2015, p. A4;

89 Véase Josh Gerstein, Kyle Cheney y Meredith Lee Hill, “John Roberts, in rare statement, hits back after Trump calls for impeaching judges. It’s the most intense public conflict between Trump and Roberts since 2018,” en *Politico*, 18 marzo 2025, disponible en: <https://www.politico.com/news/2025/03/18/john-roberts-donald-trump-impeach-federal-judges-00235742>; Devin Dwyer, “Chief justice’s rebuke of Trump shows deep concern about attacks on courts: ANALYSIS,” en *abcNews*, 18 marzo 2025, disponible en: <https://abcnews.go.com/Politics/roberts-rebuke-trump-shows-seriousness-concern-white-house/story?id=119921304>; y Jess Bravin y Jan Wolfe, “Roberts Steps in to Defend Court System,” *The Wall Street Journal*, 19-marzo 2025, p. A3. Senanas después Roberts ratificó su apreciación en un discurso en un evento judicial, en el cual se refirió al rol del Poder Judicial y a la independencia judicial como base de la Constitución.. Véase el reportaje en: Soo Rin Kim, “Chief Justice John Roberts makes rare public appearance, defends judicial

Unas semanas después, el mismo Chief Justice Roberts se refirió en otra conferencia a los ataques personales contra los Jueces, en general, expresando que:

“Es obvio que el tribunal ha cometido errores a lo largo de su historia, y esos deben ser criticados, siempre y cuando sea en términos de la decisión, realmente, y no *ad hominem* contra los jueces. Simplemente creo que eso no hace ningún bien.”⁹⁰

Antes, en el mismo sentido, la Jueza Ketanji Brown Jackson de la Corte Suprema, igualmente señaló en una conferencia que:

“En todo el país, los jueces enfrentan mayores amenazas no solo de violencia física, sino también de represalias profesionales solo por hacer nuestro trabajo. Y los ataques no son aleatorios. Parecen diseñados para intimidar a aquellos de nosotros que servimos en esta capacidad crítica. [...]”

“Una sociedad en la que los jueces temen rutinariamente por su propia seguridad o su propio sustento debido a sus decisiones, es una sociedad que se ha apartado sustancialmente de las normas de comportamiento que gobiernan un sistema democrático. Los ataques a la independencia judicial es la forma en que operan los países que no son libres, no son justos y no están orientados al estado de derecho.

“Tener un poder judicial independiente, definido como jueces que son indiferentes a la presión indebida y determinan y deciden cada caso de acuerdo con el estado de derecho, es uno de los ingredientes clave” que hace que una sociedad libre y justa funcione. [...]

“Las amenazas y el acoso son ataques a nuestra democracia, a nuestro sistema de gobierno. Y, en última instancia, corren el riesgo de socavar nuestra Constitución y el Estado de derecho.”⁹¹

independence,” en *abcNEWS*, 7 mayo 2025, disponible en: <https://abcnews.go.com/amp/Politics/chief-justice-john-roberts-makes-rare-public-appearance/story?id=121574672>

90 Véase el texto en Josh Gerstein, “Rule of law is ‘endangered,’ chief justice says. Speaking at Georgetown Law, Chief Justice John Roberts denounced “ad hominem” criticism of the justices,” en *Politico*, 12 mayo 2025, disponible en: <https://www.politico.com/news/2025/05/12/chief-justice-roberts-speech-georgetown-00343406>

91 Véase el texto en Josh Gerstein, “Ketanji Brown Jackson sharply condemns Trump’s attacks on judges. The Supreme Court justice said it was time to address “the elephant in the room”: the “threats and harassment” that judges have received from Trump and his allies,” en *Politico*, 1 mayo 2025, disponible en: <https://www.politico.com/news/2025/05/01/ketanji-brown-jackson-sharply-condemns-trumps-attacks-on-judges-00323010>; y Marthe McHardy, “Donald Trump Rails Against Judges Despite Justice Jackson’s New Warning,” *Newsweek*, 3 mayo 2025, disponible en: <https://www.newsweek.com/donald-trump-judges-attack-justice-jackson-2067624>

Debe mencionarse, por otra parte, que ante las demandas judiciales intentadas en materia de inmigración, el Presidente de los Estados Unidos envió el 22 de marzo de 2025, un *Memorandum* a la Attorney General y a la Secretaria de Seguridad Interior titulado: “*Preventing Abuses of the Legal System and the Federal Court*”, en el cual expresó que “Los abogados y bufetes de abogados que participan en acciones que violen las leyes de los Estados Unidos o las reglas que rigen la conducta de los abogados deben rendir cuentas de manera eficiente y efectiva”, haciendo referencia expresa a que “El sistema de inmigración, en el que el fraude desenfrenado y las reclamaciones infundadas han suplantado las bases constitucionales y legales sobre las que el Presidente ejerce poderes fundamentales en virtud del Artículo II de la Constitución de los Estados Unidos, también está repleto de ejemplos de comportamiento sin escrúpulos por parte de abogados y bufetes de abogados”, ordenando en definitiva que la *Attorney General* “busque sanciones contra abogados y bufetes de abogados que participen en litigios frívolos, irrazonables y vejatorios contra los Estados Unidos o en asuntos ante departamentos y agencias ejecutivas de los Estados Unidos.”⁹².

Por otra parte, no solo fue el Poder Ejecutivo el que reaccionó contra el Juez Federal Boasberg, sino que de inmediato, tres días después de que dictó su primera medida cautela, el 18 de marzo de 2025, un miembro de la Cámara de representantes, Brandon Gill, llegó a presentar ante la misma un Proyecto de resolución para la destitución, mediante juicio político, del Juez James Boasberg, *Chief Justice United States District Court for the District of Columbia*, por delitos graves y delitos menores, entre otros, por haber “impedido que el Presidente Trump expulse de los Estados Unidos a extranjeros asociados con el Tren de Aragua, una Organización Terrorista Extranjera designada”, y por haber requerido “que el Presidente Trump diera la vuelta a los aviones en pleno vuelo que tenían extranjeros asociados con el Tren de Aragua, una Organización Territorial Extranjera designada”, acusando al Juez de haber usado “los poderes de su cargo, el Juez Principal Boasberg ha intentado arrebatar el poder al Poder Ejecutivo e interferir con la voluntad del pueblo estadounidense.”⁹³. Todo ello originó, incluso, que en el juicio que se sigue en la Corte de Distrito del Distrito de Columbia, se hayan

92 Véase el texto de este documento que está disponible en: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/03/preventing-abuses-of-the-legal-system-and-the-federal-court/> Véase Joshua Villanueva, “Trump administration targets law firms over ‘frivolous’ immigration cases and ‘partisan’ lawsuits,” *Jurist News*, March 23, 2025, disponible en: <https://www.jurist.org/news/2025/03/trump-administration-targets-law-firms-over-frivolous-immigration-cases-and-political-lawsuits/>

93 Véase el texto de este documento que está disponible en: <https://x.com/RepBrandonGill/status/1902036717068050864>; y en <https://www.congress.gov/bill/119th-congress/house-resolution/229/text>

presentado *amicus curiae* en defensa de la función de los jueces y del propio Juez Boasberg, ante los ataques de otras ramas de gobierno, e incluso en defensa⁹⁴.

Ante toda esta situación, y ante las amenazas proferidas contra los jueces, se entienden las palabras de la Jueza Elena Kagan de la Corte Suprema, cuando recordó que los jueces:

“solo necesitan hacer lo que están obligados a hacer, que es hacer la ley de la mejor manera que saben hacerlo, dictar sentencias independientes y razonadas, basadas en precedentes, basados en otras leyes, para no ser inhibidos por ninguna de estas amenazas.”⁹⁵

Ahora bien, sea cual fuere el resultado final de los procesos judiciales que se desarrollaron en las Cortes federales desde marzo de 2025, y que están pendientes de conclusión, algunos temas generales deben destacarse como resultados de los mismos:

Primero, la importancia que tienen en el sistema judicial norteamericano, los poderes de los Jueces Federales de Distrito, de dictar medidas cautelares, cuando se trata de acciones contra actos del Gobierno, en particular las *Temporary Restraining Orders* y las *Preliminary Injunctions*, que imponen la suspensión de efectos de los mismos, con la prohibición a los funcionarios de ejecutarlos. Ello se puede apreciar del proceso desarrollado precisamente ante la Corte Federal del Distrito de Columbia a cargo del Juez Boasberg.

Segundo, la importancia que tienen, en el procedimiento judicial norteamericano, los poderes de las Cortes Federales de ejecutar sus propias decisiones de *injunctions*, mediante los poderes que se le asignan de enjuiciar criminalmente a los funcionarios que desacaten sus propias órdenes judiciales (*comptent proceedings*). Un ejemplo de ello fue precisamente el que desarrolló por el mismo Juez Boasberg de la Corte Federal del Distrito de Columbia, ante el desacato de su orden TRO del día 15 de marzo de 2025, ordenaba que no despegaran aviones con deportados hacia El Salvador y que, si ya habían despegado, fueran devueltos a los Estados Unidos ⁹⁶.

94 Véase por ejemplo los documentos de *amicus curiae* presentados en el juicio el 11 de mayo de 2025, disponibles en: <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.dcd.278436/gov.uscourts.dcd.278436.121.0.pdf>; y <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.dcd.278436/gov.uscourts.dcd.278436.122.0.pdf>

95 Véase en [Khaleda Rahman](#), “Supreme Court’s Peacemaker Speaks Out—’Scary Stuff” en Newsweek, 21 julio 2025, disponible en: <https://www.newsweek.com/supreme-court-elena-kagan-threats-2103906>

96 Véase la referencia a la orden judicial TRO en la página web del caso, disponible en: <https://www.courtlistener.com/docket/69741724/jgg-v-trump/#minute-entry-419399699>. Una

Tercero, la importancia en el sistema constitucional y legal norteamericano de la garantía judicial del debido proceso consagrada en la Constitución, primero, en la Enmienda V (1791) respecto de las autoridades federales, indicando que “será privada de su vida, su libertad o sus bienes *sin el debido procedimiento legal*”, que comprende, como mínimo, el derecho en ciertos casos a ser juzgado por un gran jurado; y en todo caso, las garantías de *nulla pena sine legge, non bis in idem*, y no declarar contra sí mismo; y segundo en la Enmienda XIV.1 (1868) respecto de las autoridades de los Estados, indicando que “ningún estado privará a persona alguna de su vida, su libertad o su propiedad sin el *debido procedimiento legal*.”.

Este derecho al debido proceso, debatido en casi todos los juicios desarrollados ante las Cortes Federales, sin duda, puede considerarse que fue violado en el caso de las deportaciones masivas de venezolanos calificados como miembros del Tren de Aragua en aplicación de la Proclamación Presidencial del 14 de marzo de 2025, efectuada sin que se les informara de qué se trataba su traslado en aviones hacia el exterior, y sin posibilidad de argumentar o demostrar que no eran miembros del *Tren de Aragua*.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, en una de las varias decisiones que adoptó, aún sin declarar expresamente que la orden presidencial de deportación masiva contenida en la Proclamación del 14 de marzo de 2025 había violado el debido proceso legal, sin embargo, lo hizo tácitamente al ordenar en la sentencia dictada el día 7 de abril de 2025 que a partir de esa fecha cualquier deportación en aplicación de la Proclamación y de la Ley AEA debía hacerse garantizándole a los afectados su derecho a ser informados y a procurar por su defensa con tiempo suficiente antes de que se pudieran ser deportados. La Corte Suprema decidió que:

“los detenidos de AEA *deben ser notificados después de la fecha de esta orden* de que están sujetos a la deportación en virtud de la Ley. La notificación debe ser entregada dentro de un *plazo razonable* y de tal manera que les permita *solicitar realmente el recurso de hábeas corpus* en el lugar adecuado antes de que ocurra dicha expulsión.”⁹⁷.

Más clara exigencia sobre el necesario respeto al debido proceso es difícil encontrar judicialmente, a pesar, incluso, de que la Corte Suprema no hubie-

crítica a la orden judicial, argumentando que el Juez para dictarla debió haber requerido la presentación de una garantía (*bond*), puede leerse en: Daniel Huff, “Why Boasberg’s Order Is Legally Invalid,” en *The Wall Street Journal*, 1 April 2025, p. A17.

97 Véase el texto de la sentencia que está disponible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/24pdf/24a931_2c83.pdf Véase sobre la sentencia, las noticias de prensa, como, por ejemplo: Jess Bravin, “Justices Lift Order Blocking Deportations,” *The Wall Street Journal*, 8 abril 2025, p. A2;

ra declarado en forma expresa que las deportaciones masivas que ya se habían efectuado el 15 de marzo de 2025, habían violado la garantía constitucional del debido proceso, que en cambio se protegía a partir de la sentencia.

Otros temas que fueron considerados en los casos ante las Cortes Federales, y que quedaron pendientes de una resolución definitiva, la cual quizás solo muy difícilmente ocurrirá después de la liberación de los deportados, fueron los siguientes:

Primero, sobre la ilegalidad de la Proclamación, al aplicar la Ley de Enemigos Extranjeros de 1798, para ordenar la deportación masiva de ciudadanos venezolanos que fueran miembros del *Tren de Aragua*, en una situación en la cual los Estados Unidos no estaban en guerra contra Venezuela ni contra ningún otro país, que pudiera considerarse en sus términos como “país hostil”; tema que quedó pendiente de resolución definitiva.

Sobre ello, solo un Juez Federal de Distrito, el Juez Fernando Rodríguez T., del Distrito Sur de Texas *Brownsville Division*, decidió sobre el tema mediante una *injunction* de 1 de mayo de 2025, declarando la ilegalidad de la aplicación de la Ley de Enemigos extranjeros a dichos venezolanos migrantes detenidos en USA, prohibiendo se aplicación en dicho Distrito. En el caso, el Juez de Distrito concluyó que en los términos de la Ley AEA, con base en las declaraciones contenidas en la Proclamación, las actividades del *TdA* dirigida por venezolanos en los Estados Unidos, no caían “dentro del significado simple y corriente de los términos “invasión” o “incursión depredadora” a los efectos de la Ley AEA.”⁹⁸.

En cambio, la Juez, Stephanie Haines de la Corte Federal del Distrito Oeste de Pennsylvania, en sentencia de 13 de mayo de 2025, denegó una moción por una *preliminary injunction*, considerando que la Proclamación cumplía con la

98 Véase el texto de la sentencia en: https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.txsd.2000771/gov.uscourts.txsd.2000771.58.0_1.pdf. Véase comentarios sobre la decisión en: Nicholas Riccardi, AOP, “Judge bars deportations of Venezuelans from South Texas under 18th Century wartime law. The federal judge is the first to rule that the Alien Enemies Act can’t be used against immigrants that the Trump administration claims are gang members invading the U.S.,” en *The Texas Tribune*, 1 mayo 2025, disponible en: <https://www.texastribune.org/2025/05/01/south-texas-judge-blocks-deportations-venezuelans-trump-alien-enemies-/>; Kyle Cheney, “Trump’s use of Alien Enemies Act for swift deportations is illegal, Trump-appointed judge rules. The Alien Enemies Act applies only when the country is facing an armed, organized attack, the judge ruled,” *Politico*, 1 mayo 2025, disponible en: <https://www.politico.com/news/2025/05/01/trump-deportations-court-ruling-00321455?cid=apn>; Mariah Timms, “Judge Bars Trump’s Use of Warytime Law to Expel Venezuelans,” *The Wall Street Journal*, 2 mayo 2025, p. A3; Alan Feuer, Mattathias Schwartz y Charlie Savage, “Texas Judge Rules Use of Alien Enemies Acts For Deportees Is Illegal,” *The New York Times*, 2 mayo 2025, p. A12.

definición de “incursión predatoria” en virtud de la Ley AEA, pues el *Tren de Aragua* como Organización Terrorista Extranjera “es un grupo cohesivo de individuos unidos por un objetivo común de causar una interrupción significativa a la seguridad común del público, al igual que los destacamentos militares o los piratas en la época en que el Congreso promulgó la AEA”, dando así por válida la conclusión del presidente Trump, en la Proclamación, de que TdA está actuando “bajo la dirección, clandestina o de otro tipo, del régimen de Maduro en Venezuela.”⁹⁹.

Segundo, el otro tema que también quedó pendiente de resolución definitiva fue el de la consideración de las declaraciones contenidas en la Proclamación presidencial de 14 de marzo de 2025, sobre el Estado venezolano, el régimen de Maduro, el Tren de Aragua y el Cartel de Los Soles, y sus actuaciones respecto de los Estados Unidos, como “cuestiones políticas” en los términos procesales, que excluyen por ello, todo control de constitucionalidad por parte de los jueces en los Estados Unidos,

Sobre ello, el mismo Juez Rodríguez, de la Corte federal del Distrito Sur de Texas se refirió en su sentencia, al afirmar su “autoridad para interpretar los términos de la AEA y determinar si la base anunciada para la Proclamación invoca correctamente el estatuto”, en particular, para “determinar cuál conducta constituye una “invasión” o una “incursión depredadora”, lo que consideró que era “distinto a determinar si tales hechos han ocurrido de hecho o están siendo amenazados de ocurrir”, que en su criterio caerían dentro de la categoría de “cuestiones políticas”. Dijo el Juez en su sentencia:

“la doctrina de la cuestión política prohíbe a la Corte sopesar la verdad de esas declaraciones fácticas, incluso si Maduro dirige las acciones de TdA o el alcance de la actividad criminal a la que se hace referencia. En cambio, el Tribunal determina si las declaraciones de hecho en la Proclamación, tomadas como verdaderas, describen una “invasión” o una “incursión depredadora” a los efectos de la AEA.”¹⁰⁰

99 Véase el texto de la sentencia que está disponible en: https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.pawd.318716/gov.uscourts.pawd.318716.72.0_4.pdf . Véanse comentarios a la sentencia de Mattathias Schwartz y Alan Feuer, “Trump Can Use Wartime Act For Deportations, Judge Says,” en *The New York Times*, 15 mayo 2025, p. A17.wx; y Drew Meetze, “ US federal judge allows Trump to use Alien Enemies Act to deport accused gang members,” en Jurist News, 14 mayo 2025, disponible en: <https://www.jurist.org/news/2025/05/us-federal-judge-allows-trump-to-use-alien-enemies-act-to-deport-accused-gang-members/>

100 Véase el texto de la sentencia en: https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.txsd.2000771/gov.uscourts.txsd.2000771.58.0_1.pdf.

Sobre el tema, en las múltiples sentencias en los casos analizados, se destacan las consideraciones del Juez Roger Gregory en su voto concurrente a la sentencia de la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito del 18 de mayo de 2025, manteniendo intacta la orden dictada la Juez Stephanie A. Gallagher mediante sentencia del 23 de abril de 2025 de la Corte Federal de Distrito de Maryland que había requerido al gobierno que “facilitara” el retorno de un venezolano (Cristian) quien fue deportado a El Salvador el 15 de marzo de 2025, en violación de un Acuerdo judicial de conciliación, en la cual observó que:

“No necesitamos adentrarnos en la maraña de cuestiones políticas que rodean si el régimen de Maduro realmente dirige las actividades de TdA, relevantes para si la supuesta invasión es atribuible a una “nación o gobierno extranjero”. Ello se debe a que, como han concluido casi todos los tribunales que se han pronunciado sobre la cuestión, las acciones de TdA no pueden constituir una invasión o una incursión depredadora en el sentido corriente del texto de la AEA.”¹⁰¹

En otro trabajo en curso, analizaremos los diversos procesos judiciales que fueron entablados en los Estados Unidos a partir de marzo de 2025 a los efectos de controlar judicialmente la aplicación de la orden de deportación masiva de venezolanos con base en la mencionada Ley de 1798 sobre Extranjeros Enemigos, que se desarrollaron ante diversas Cortes Federales.

Nueva York, 21 de agosto de 2025.

101 Véase el texto de la sentencia que está disponible en: <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.ca4.178657/gov.uscourts.ca4.178657.34.0.pdf>. Véase los comentarios a la sentencia en Katie Mettler, “Appeals court allows order to return deported Venezuelan man to go forward,” en *The Washington Post*, 20 mayo 2025, disponible en: <https://www.washingtonpost.com/immigration/2025/05/20/alien-enemies-act-deportation-return/>;

DERECHO PRIVADO

Tratamiento de la discapacidad a tenor de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad: una visión actual de la legislación venezolana y española con la sombra omnipresente del Derecho romano

Rafael Bernad Mainar¹

1. Introducción

El Derecho romano, lejos de definir la incapacidad en términos generales, en consonancia con su carácter pragmático y casuístico², señaló supuestos concretos en los que algunos sujetos no podían realizar ciertos actos o negocios jurídicos³, ya por motivo de su edad, de su género o sexo, o bien por deficiencias físicas o intelectuales⁴, con exención en tales supuestos de responsabilidad en la comisión de delitos⁵. A partir de la etapa republicana de la historia de Roma se deslinda⁶

1 Profesor Titular de Derecho Civil y Derecho Romano, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Profesor Titular de Derecho Civil acreditado por la Agencia Nacional Española de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), Universidad San Jorge (USJ, España). Director del Grado en Derecho, Universidad San Jorge. Investigador Principal del Grupo de Investigación ECONOMIUS-J, Universidad San Jorge. Académico de Número de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación (AAJL).

2 Fritz Schulz, *Principios de Derecho Romano*, Ariel, Barcelona, 2002, p.176. Una referencia específica al pragmatismo del Derecho Romano, en Rafael Bernad Mainar, “Ius romanum pragmaticum versus aequitas romana: una versión anticipada del binomio eficiencia / equidad, emblema del análisis económico del Derecho (AED)”, *RIDROM* [on line], 22-2019, ISSN 1989-1970, pp. 68 y ss.

3 D. 1, 16, 9, 5; 3, 1, 1, 3 y 5; 5, 1, 12, 2; 8, 2, 5; 6, 1, 60; 40, 5, 36 pr.; 41, 2, 1, 3; 50, 17, 40; *Institutiones Gai* 3, 109.

4 Peter Toohey, “Madness in the Digest”, *Mental Disorders in the Classical World*, W.V. Harris, Leiden-Boston, 2013, pp. 448-449.

5 D. 9, 2, 5, 2; 1, 18, 14; 48, 8, 12; 48, 9, 9, 2.

6 D. 26, 2, 14.

con nitidez la tutela, reservada para la protección de impúberes y mujeres, de la curatela, aplicable, en un principio, a los pródigos y enfermos mentales para ser extensible posteriormente a otros casos concretos (*cura minorum, cura debilium*).

En efecto, por lo que a la tutela respecta, en Roma existió la tutela de los impúberes (tutela *impuberum*) y la de las mujeres (tutela *mulierum*)⁷, respectivamente, ya por razón de la edad de los varones que no alcanzaban la pubertad y, por ende, no estaban sujetos a la patria potestas del paterfamilias (14 años), o bien por razón del sexo, aplicable a las mujeres no sujetas a la patria potestas del paterfamilias o a la *manus* de su esposo, caso este último de contraer matrimonio sine manu.

La curatela, en cambio, desde sus inicios resulta desprendida de la sucesión hereditaria, al tratarse de un encargo destinado a gestionar el patrimonio de un incapaz. Aun así, desde sus orígenes constituyó, de la misma manera que la tutela, una institución no solo al servicio de los intereses de la persona protegida –*furiosus*–, sino también del *curator*, al preservar con ello el patrimonio y los intereses familiares, toda vez que el *curator* era llamado a la sucesión del incapaz⁹ en caso de morir este intestado.

Habrà que esperar a la *Lex Atilia*, a finales de la época republicana, en la que se impone la obligación de designar un tutor a los impúberes, tuvieran patrimonio o no, para que tanto tutela como curatela adquirieran la entidad propia de un deber jurídico –*munus publicum*–¹⁰ dirigido, respectivamente, bien al cuidado del pupilo y la gestión de su patrimonio, bien a la asistencia en determinados actos y negocios jurídicos. Con ello se marcaba distancia con la versión más primitiva de ambas instituciones¹¹, en la que los guardadores –tutores y curadores– se arrogaban la potestas propia del paterfamilias a quien sustituían.

Incluso, cabe señalar que la expresión *cura* constituye una voz que excede el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, ya que comprende también la labor de administrar y cuidar las cosas públicas, razón por la cual el término *curator* rebasa las funciones otorgadas al tutor, al no proteger solamente intereses privados,

7 *Institutiones Gai* 1, 144.

8 D. 26, 1, 1 (Servio Sulpicio): “*Vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem <vel sexum> sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permessa*”.

9 Tabla V, 7ª (XII Tablas); D. 27, 10, 13; 26, 1, 3 pr.; *Institutiones Gai* 2, 64; *Codex* 5, 70, 5; *Institutiones* 1, 23, 3.

10 D. 50, 4, 1, 4.

11 María del Carmen Cazorla González-Serrano, “La protección jurídico-patrimonial del menor y del incapacitado y su antecedente histórico en Derecho romano”, *Revista de Derecho UNED* nº7, Madrid. 2010, p. 137.

sino también intereses públicos. Por ello y, al igual que la tutela, la curatela presenta visos de constituir una carga u oficio público con gran relevancia social¹², en la medida que sus titulares están sujetos a un minucioso control tendente a impedir potenciales abusos y engaños perjudiciales, hasta el punto de que tutor y curador eran responsables de la representación y gestión desempeñadas.

Efectivamente, a partir de un precepto inserto en las XII Tablas¹³, la curatela aparece como un encargo conferido al *curator*, en virtud del cual el *furiosus* y el *prodigus* quedaban sujetos a la potestas del agnado más próximo, con la finalidad de poder velar este por la persona del *furiosus* y del *prodigus* mediante la gestión de sus patrimonios.

La curatela se aplicó no solo al supuesto de prodigalidad (*cura prodigi*) y de enfermedad mental (*cura furiosi*), sino que también se extendió a los casos de minoría de veinticinco años (*cura minorum*), discapacidad física (*cura debilium*)¹⁴, ausencia (*cura absentis*), patrimonio de una herencia yacente (*cura hereditatis iacentis*), impubertad (*cura impuberis*), pupilage (*cura pupilli*), nasciturus (*cura ventris*), o patrimonio de un deudor concursado (*cura bonorum*).

Así pues y, a modo de colofón, constatamos que el ámbito de actuación entre tutela y curatela fue diferente para el Derecho romano: mientras que la tutela se aplicó a personas que nunca habían ejercido su capacidad en el tráfico jurídico, la curatela operó más bien sobre personas que contaron en principio con tal aptitud pero que, de manera sobrevenida, la perdieron¹⁵, de tal suerte que para contar con la validez de ciertos actos jurídicos celebrados por estas personas se requería el auxilio del *curator*.

En otras palabras, hubo una diferencia esencial entre la tutela, motivada por la edad o el sexo, y la curatela, institución múltiple aplicable a variadas situaciones que se fueron incrementando a lo largo de la historia del Derecho romano.

Por influencia indirecta del Derecho romano y, sobre todo, merced a la labor de glosadores y posglosadores, así como del impulso ejercido por el movimiento de la pandectística, el Derecho civil establece la distinción tradicional entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, según la cual el ser humano es titular de derechos desde el mismo momento de nacer -capacidad jurídica-, si bien esta

12 Gloria Viarengo, *Studi sulla tutela dei minori*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 12 y 13.

13 Tabla V, 7a y c (XII Tablas).

14 Santiago Castán Pérez-Gómez, *Discapacidad y Derecho romano. Condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua*, Reus, Madrid, 2019, pp. 164 y 165.

15 Armando Torrent Ruiz, *Manual de Derecho privado romano*, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 564, 565.

titularidad no implica directa ni automáticamente la plena aptitud para ejercerlos -capacidad de obrar-, pues circunstancias tales como la edad, el sexo durante mucho tiempo, la enfermedad o la prodigalidad constituían situaciones jurídicas limitadas en cuanto al ejercicio de los derechos, requiriéndose en tales supuestos acudir al auxilio de la tutela o curatela, según el caso, de tal suerte que ambas instituciones jurídicas se erigen en referentes respecto a la limitación de la capacidad de obrar.

Sobre el particular, no podemos pasar por alto el hito que representa la Convención internacional de Nueva York sobre derechos de las personas discapacitadas (CIDPD, 2006), un tratado internacional que abandera el cambio de paradigma en torno a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en la medida que supera el sesgo estigmatizador de la minusvalía que padecen estas personas y su consiguiente recorte de derechos, para instaurar el principio de la igualdad de derechos y libertades con relación a las demás personas, incluido el derecho a la dignidad, sin perjuicio de la necesidad de contar a su favor y, a tal efecto, con las medidas pertinentes que permitan asegurar el ejercicio de su capacidad jurídica, en aras de salvaguardar y preservar sus derechos e intereses.

En su virtud y, como regla general, son las personas con discapacidad quienes toman sus propias decisiones, según el principio del respeto a su voluntad y sus preferencias, de tal suerte que se sustituye el sistema jurídico anterior asentado en la omisión de la voluntad del discapacitado en la toma de decisiones sobre los asuntos en los que se hallara involucrado¹⁶. De ahí que podamos señalar que esta Convención de 2006 representa un punto de inflexión más que considerable en el progresivo y paulatino proceso de humanización del Derecho¹⁷.

Así es, ya desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948) se observa una tendencia irreversible en lo que a la atenuación patrimonialista del Derecho civil se refiere¹⁸, un fenómeno paralelo y cónsono con el desarrollo y puesta en práctica de los derechos humanos, lo que

16 Con relación al artículo 12 de la CIDPD, María Eugenia Torres Costa, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Privado, Madrid, 2020, 497 pp.

17 Inmaculada Vivas Tesón, “La reciente humanización del Derecho Civil español: necesidades y retos en materia de discapacidad”, *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia* [online], vol.5, nº14, Universidad de Guadalajara, México, 2020, pp.191-198.

18 José Luis Merino Hernández, “La reforma pendiente del código civil en materia de discapacidad”, *Una visión caleidoscópica de la justicia social en los albores del siglo XXI* (coord. Rafael Bernad Mainar; Miguel Ángel Tenas Alós), Colección Koiné nº 3, Ediciones Universidad San Jorge, Villanueva de Gállego, 2020, p. 33.

permite aligerar y modular el componente eminentemente economicista del Derecho civil en sus distintas ramas, incluidas las relativas a los bienes, las sucesiones, las obligaciones y los contratos, con una incidencia más que palmaria en sede del Derecho de familia, así como en la denominada Parte general.

A través del cambio de paradigma señalado que enarbola esta Convención, tal como desarrollaremos en el apartado siguiente del presente estudio, procede realizar un balance del estado de la cuestión en dos legislaciones actuales, como son la venezolana y la española, en una suerte de análisis comparativo con el fin último de lograr una pretendida síntesis superadora.

A tal efecto, tras una breve exposición sobre los aspectos más relevantes de la CIDPD, se llevará a cabo un análisis constitucional del tratamiento jurídico de la discapacidad, tanto en Venezuela como en España, para que, a partir de ahí, con el hilo conductor que representa el hito histórico imbuido por la CIDPD, conozcamos en tiempo real y actualizado el desarrollo legislativo que sobre la materia se ha efectuado respectivamente en los dos países, dado que ambos Estados han suscrito y ratificado el mencionado Tratado internacional. Todo ello aderezado con una conexión histórica y comparativa a través del Derecho romano que no hace sino reforzar, en palabras de Theodor Mommsen, la consideración del ordenamiento jurídico romano como “un preciado punto de apoyo a la hora de desarrollar un Derecho que se acomode a ciudadanos libres”.

2. La Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad: espíritu y novedades

Tal como hemos adelantado, la Convención Internacional de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD) supone el cambio de paradigma en torno a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: se instaaura el principio de la igualdad de derechos y libertades respecto de las demás personas, sin perjuicio de la necesidad de proporcionar a su favor las medidas de apoyo para salvaguardar y preservar sus derechos e intereses.

La necesidad de hacer visible el colectivo de los discapacitados sería la razón más poderosa para impulsar la adopción de una Convención específica sobre los derechos de las personas con discapacidad en el marco del sistema tuitivo de los derechos humanos de Naciones Unidas, puesto que, a diferencia de otros colectivos, carecían de instrumentos de naturaleza obligatoria, así como de organismos ad hoc especializados sobre la materia. Y es que ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, ni los tratados constitutivos del organigrama protector de derechos humanos de Naciones Unidas lo contemplan, con la salvedad

que representa la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en su artículo 23 cuando se refiere, concretamente, al niño impedido.

En este sentido, y tal como reza su primer artículo, el objetivo vertebral de la CIDPD radica en “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

Respecto a su estructura, comienza con un Preámbulo desarrollado a lo largo de 26 párrafos y le sigue a continuación su articulado (1-50):

Los ocho primeros artículos presentan unas disposiciones generales que aluden, sucesivamente, a los siguientes aspectos: propósito de la Convención y concepto de persona con discapacidad (artículo 1); definición de ciertos vocablos determinantes en el ámbito de la discapacidad, tales como comunicación, lenguaje, discriminación por motivo de discapacidad, ajustes razonables y diseño universal (artículo 2); principios generales que inspiran el texto de la Convención y que deben ser considerados para su aplicación e interpretación (artículo 3); obligaciones asumidas por los Estados parte de la Convención (artículo 4); principio de igualdad y no discriminación (artículo 5); mujeres con discapacidad (artículo 6); niños con discapacidad (artículo 7); y, para concluir este apartado, el compromiso de los Estados de adoptar medidas de sensibilización y educación dirigidas a la sociedad en relación con los derechos de las personas con discapacidad, así como también el compromiso de luchar contra los estereotipos imperantes en la sociedad actual (artículo 8).

De seguidas, los artículos 9-30 regulan los derechos sustantivos que, de conformidad a lo anticipado en el Preámbulo, constituyen un núcleo normativo interrelacionado e interdependiente y que podrían distribuirse en cinco grandes bloques temáticos¹⁹:

a) Igualdad: derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículo 5); derecho a la accesibilidad (artículo 9); derecho a la capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida (artículo 12); y derecho a un igualitario acceso a la justicia (artículo 13).

b) Protección: derecho a la protección de la vida (artículo 10); derecho a la protección en situaciones de riesgo (artículo 11); derecho de protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 15); derecho de protección contra la explotación, la violencia y el abuso (artículo 16); derecho a la protección de la integridad personal, física y mental (artículo 17) ;

19 Agustina Palacios; Francisco Bariffi, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección Telefónica Accesible, Ediciones Cinca, Madrid, 2007, pp. 101 y ss.

derecho a la protección de la privacidad (artículo 22); y derecho a la protección del hogar y la familia (artículo 23).

c) Libertad y autonomía personal: derecho a la libertad y seguridad de la persona (artículo 14); derecho a la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad (artículo 18); derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19); y derecho a la movilidad personal con la mayor independencia posible (artículo 20).

d) Participación: derecho a la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información (artículo 21); derecho a participar en la vida política y pública (artículo 29); y derecho a participar en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (artículo 30).

e) Derechos sociales básicos: derecho a una educación inclusiva en todos los niveles, así como a la enseñanza a lo largo de la vida (artículo 24); derecho al más alto nivel posible de salud (artículo 25); derecho a la habilitación y rehabilitación para lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional (artículo 26); derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida con un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y entorno laborales abiertos, inclusivos y accesibles para las personas con discapacidad (artículo 27); y derecho a un nivel de vida adecuado y a la protección social (artículo 28).

El artículo 31 impone a los Estados la obligación de recopilar datos estadísticos y de investigación, en tanto que el artículo 32 reconoce la importancia de la cooperación internacional en la promoción del cumplimiento de la Convención. Por su parte, los artículos 33 a 40 abordan las cuestiones relacionadas con la aplicación y supervisión de la Convención tanto en un ámbito nacional, como internacional.

Cierran la Convención los artículos 41 a 50, contentivos de disposiciones finales referidas a aspectos varios como la condición de depositario de la misma; el consentimiento en obligarse; las organizaciones regionales de integración; su entrada en vigor; las reservas, enmiendas y denuncia de la Convención; su formato accesible; y el carácter auténtico de sus textos.

Por lo que respecta a la concepción de la discapacidad, el Preámbulo de la Convención reconoce su carácter mutante y omnicompreensivo, puesto que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” y, tal como señala el artículo 1 “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir

su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Por su través, pues, se colige que, en virtud de la Convención, la discapacidad constituye el resultado de la interacción de dos componentes inseparables: el terapéutico y el social, de tal manera que las deficiencias están estrechamente relacionadas con los diversos obstáculos que deben enfrentar las personas con discapacidad²⁰, hasta el punto de dificultar en gran medida su participación en la sociedad en igualdad de condiciones que el resto de las personas.

Como podemos comprobar, pues, el objetivo prioritario de la Convención no se centra en el reconocimiento de nuevos derechos específicos en exclusiva para las personas con discapacidad, sino más bien en ampliar y con ello estandarizar en la práctica el ejercicio y disfrute de los derechos universalmente reconocidos teóricamente a las personas con discapacidad, con la finalidad de corregir una situación continuada de discriminación y exclusión.

Precisamente por ello, la Convención toma partido y regula abiertamente los derechos sustantivos preexistentes, si bien con una clara identificación de las necesidades complementarias que deben garantizarse para adaptarlos al ámbito específico de la discapacidad. En su virtud, el principio de no discriminación engarza con los derechos sustantivos que la Convención regula en aras de asegurar su reconocimiento, ejercicio y disfrute en igualdad de oportunidades por las personas con discapacidad.

En suma, el texto de la Convención, tanto en su conjunto como en cada uno de sus contenidos acoge el espíritu propio del modelo social de la discapacidad²¹. En efecto, ya el Preámbulo incide en la conexión existente entre las barreras sociales y las situaciones de vulneración o insatisfacción de los derechos que sufren las personas con discapacidad, a la vez que aspectos tan cruciales y determinantes como, por ejemplo²², la propia noción de la discapacidad, sus principios directores, la estrategia pergeñada, el papel protagonista de la accesibilidad de los derechos y los ajustes razonables, incluida la misma concepción de una noción tan fundamental en el Derecho como la capacidad jurídica.

20 Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008, pp. 340 y ss.

21 Agustina Palacios, *ob. cit.*, 2008, pp. 204 y ss.

22 Rafael De Asís Roig; María del Carmen Barranco Avilés; Patricia Cuenca Gómez; Agustina Palacios, “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el derecho español”, Cuenca Gómez, Patricia (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 21 y ss.

A modo de recapitulación, pues, las personas con discapacidad toman sus propias decisiones con base en el respeto a su voluntad y sus preferencias y la Convención de 2006 otorga carta de naturaleza a este nuevo postulado. Con ello se evidencia la significativa atenuación patrimonial que viene experimentando el Derecho civil en todas sus ramas, con una incidencia más que notoria en sede del derecho de familia y de su parte general. Y es que una de las tendencias del Derecho civil actual consiste en su creciente estatalización, como expresión de un fenómeno más amplio de socialización del Derecho, que limita el ámbito de la libertad individual y, además, reduce su contenido, de manera que algunas de sus materias pasan a integrar el Derecho público.

3. Tratamiento constitucional de la discapacidad en el ordenamiento jurídico venezolano y español

En lo que respecta al ordenamiento jurídico venezolano, la Constitución venezolana vigente de 1999 representa una ampliación de derechos en torno a la discapacidad en relación con la Constitución precedente de 1961, principalmente en lo que a los derechos sociales se refiere. Así se consagra en el artículo 81 del texto constitucional²³. Prueba de la sintonía con la nueva concepción sobre la materia el precepto ya utilizó el término omnicomprendivo “discapacidad”, incluyendo tanto de la discapacidad propiamente dicha, como de la deficiencia o minusvalía conforme a los lineamientos propios del momento para la Organización Mundial de la Salud (OMS). El reconocimiento expreso y categórico del derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades para toda persona con discapacidad o necesidades especiales supone una adscripción al modelo médico o rehabilitador²⁴ en aras de la integración familiar y comunitaria, superando con ello el tradicional modelo estigmatizador de la prescindencia²⁵.

23 Artículo 81 CRBV. “*Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, les garantiza el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias, y promueve su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones, de conformidad con la ley. Se le reconoce el derecho a las personas sordas o mudas a expresarse y comunicarse a través de la lengua de señas venezolana*”.

24 Edison Varela Cáceres, *La capacidad de ejercicio en las personas con discapacidad en el Derecho venezolano*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C.A., Caracas, 2024, pp. 69 y ss.

25 Edison Varela Cáceres, *ob. cit.*, 2024, pp. 53 y ss.

Posteriormente a la Convención de 2006, si bien con anterioridad a su ratificación por el Estado venezolano (2009)²⁶, debemos destacar la Ley para Personas con Discapacidad (2007)²⁷, una normativa que, aun asumiendo la terminología y estructura acorde con el modelo social²⁸ de la discapacidad que preconiza la Convención, sin embargo, no logra encajar plenamente con el espíritu de la CIDPD. En todo caso, por su través se garantiza el desarrollo integral de las personas con discapacidad con el apoyo de todos los sectores de la sociedad (familia, organismos públicos nacionales, estatales y municipales y entes privados).

En tal sentido, el artículo 5 de esta Ley señala que “se entiende por discapacidad la condición compleja del ser humano constituida por factores biopsicosociales, que evidencia una disminución o supresión temporal o permanente, de alguna de sus capacidades sensoriales, motrices o intelectuales”, una situación que “puede manifestarse en ausencias, anomalías, defectos, pérdidas o dificultades para percibir, desplazarse sin apoyo, ver u oír, comunicarse con otros, o integrarse a las actividades de educación o trabajo, en la familia con la comunidad, que limitan el ejercicio de derechos, la participación social y el disfrute de una buena calidad de vida, o impiden la participación activa de las personas en las actividades de la vida familiar y social, sin que ello implique necesariamente incapacidad o inhabilidad para insertarse socialmente”, incluyendo en el artículo 6 como discapacitado a “todas aquellas personas que por causas congénitas o adquiridas presenten alguna disfunción o ausencia de sus capacidades de orden físico, mental, intelectual, sensorial o combinaciones de ellas; de carácter temporal, permanente o intermitente, que al interactuar con diversas barreras le impliquen desventajas que dificultan o impidan su participación, inclusión e integración a la vida familiar y social, así como el ejercicio pleno de sus derechos humanos en igualdad de condiciones con los demás”, con extensión a “las sordas, las ciegas, las sordociegas, las que tienen disfunciones visuales, auditivas, intelectuales, motoras de cualquier tipo, alteraciones de la integración y la capacidad cognoscitiva, las de baja talla, las autistas y con cualesquiera combinaciones de algunas de las disfunciones o ausencias mencionadas, y quienes padezcan alguna enfermedad o trastorno discapacitante, científica, técnica y profesionalmente calificadas, de acuerdo con la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud de la Organización Mundial de la Salud”.

26 Ley aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial N° 39.236, de fecha 6 de agosto de 2009.

27 Gaceta Oficial N° 38.598, 5 de enero de 2007.

28 Edison Varela Cáceres, *ob. cit.*, 2024, pp. 106 y ss.

La Ley de 2007 resulta derogada por la reciente Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad (LOIIDIPD)²⁹, que absorbiendo el espíritu y terminología propios de la Convención de 2006 representa un avance considerable en el ordenamiento jurídico venezolano en lo que a la garantía de los derechos de las personas con discapacidad se refiere. A tal efecto, se pone de relieve la dignidad, el reconocimiento como sujetos plenos de derecho y la inclusión social de las personas con discapacidad, a través del protagonismo significativo del Estado, las familias y la sociedad en su atención integral.

Entre las novedades que la nueva Ley incluye podemos destacar las que siguen: el reconocimiento de un amplio espectro de derechos (civiles, políticos, sociales y de las familias, culturales, educativos, deportivos y recreativos, laborales y económicos); la confirmación de la diversidad de las discapacidades y el establecimiento de mecanismos para garantizar la atención integral a cada persona, en función de sus necesidades específicas; la creación de un sistema nacional coordinador de las políticas públicas y los servicios destinados a las personas con discapacidad, en aras de una atención más eficiente y equitativa; la regulación de diversas políticas públicas (atención domiciliaria, capacidad jurídica, clasificación y certificación de la discapacidad, acceso al transporte y adaptación de espacios públicos); y, finalmente, se establecen sanciones para los infractores de la ley.

En todo caso, sin restar importancia al hito que representa una legislación de esta naturaleza acorde con la Convención de 2006, la Ley en sí misma no resultará satisfactoria, de no implementarse políticas efectivas que coadyuven a su puesta en práctica a los fines de lograr una sociedad más justa y equitativa capaz de transformar el entorno mediante un compromiso colectivo que contribuya a la inclusión social de las personas con discapacidad como premisa de una sociedad basada en el principio de igualdad. A ello habría que añadir, a mayor abundamiento, las objeciones y recomendaciones que efectuamos en el apartado 5 (Encaje del ordenamiento jurídico venezolano a la luz de la Convención de Nueva York: situación actual y perspectivas de futuro), más concretamente el subapartado 5.3. (Necesaria adecuación del Derecho venezolano al espíritu y tenor del Convención de Nueva York sobre la discapacidad), al que nos remitimos.

En todo caso, traemos a colación la sentencia n° 203 de la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia venezolano, de 19 de marzo de 2024, que declaró conforme al artículo 203 de la CRBV la constitucionalidad del carácter

29 Ley sancionada en em mes de marzo de 2024 y promulgada en Gaceta Oficial N° 6.817 Extraordinario, de 24 junio de 2024: 112 artículos distribuidos en cinco capítulos (disposiciones generales; derechos, garantías y deberes; políticas públicas; sistema nacional para la participación, dignificación y atención integral; sanciones).

orgánico atribuido a la mencionada LOIIDIPD de 2024. En tal sentido, la Sala expuso que, a tenor del artículo 203 de la Constitución, “puede inferirse que la mencionada Ley Orgánica desarrolla los mecanismos necesarios para garantizar la eficacia de diferentes derechos constitucionales de las personas con discapacidad, tales como: el respeto a su dignidad humana, a la inclusión e igualdad a través de la equiparación de oportunidades y condiciones laborales satisfactorias y al desarrollo integral a través de formación, capacitación y acceso al empleo, consagrados en el artículo 81 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, dado que se colige que la Ley pretende garantizar derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana como la igualdad, la inclusión, la salud, la educación y la protección familiar, así como diferentes derechos civiles y políticos, en aras del desarrollo y crecimiento personal del ser humano, se trate o no de una persona con discapacidad como parte integrante de la misma sociedad.

Por lo que respecta al ordenamiento jurídico español, la Constitución española de 1978 dedicó el artículo 49 al tratamiento de la discapacidad³⁰, todavía con una terminología y espíritu propia de los tiempos, como una situación de minusvalía que requería del papel protector de los poderes públicos respecto del colectivo de disminuidos y, por ende, asignando al Estado la encomienda de proporcionar la atención especializada requerida y asegurar el disfrute de los derechos otorgados a todos los ciudadanos. Vemos, pues, que la redacción original del texto constitucional sobre la materia, a pesar de su pretensión tuitiva e igualitaria, todavía conservaba, con buenos propósitos, el sesgo de una situación psicofísica y jurídica de inferioridad, que paradójicamente, lejos de igualar, ahondaba más si cabe una desigualdad con visos estigmatizantes. Adopta, pues, una visión de la discapacidad que se adscribe al modelo médico o rehabilitador, superando el tradicional modelo estigmatizador de la prescindencia.

El referido precepto carece de precedentes directos en el Derecho constitucional histórico español (1812, 1837, 1845, 1869, 1876, 1931). De un repaso por el Derecho comparado, podemos extraer las siguientes conexiones: el artículo 38 de la Constitución italiana, el Preámbulo de la Constitución francesa de la IV República y el artículo 71 de la Constitución portuguesa. En el ámbito del Derecho internacional público, podemos destacar algunos textos insignia de organismos internacionales vigentes al tiempo de la aprobación de la Constitución de 1978, tales como la Declaración de la ONU de Derechos del Deficiente Mental (1971); la de los Derechos de los Minusválidos (1975); la Carta Social Europea de 18 de

30 “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

octubre de 1961; y el Convenio n° 128, de 29 de junio de 1967, de la Organización Internacional del Trabajo relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes.

El artículo 42 del Anteproyecto constitucional quedó prácticamente definido en el texto propuesto por la Ponencia del Congreso y consagró la protección específica de las personas con discapacidad como objeto directo de tutela sin apenas debate en el proceso constituyente, dada la sensibilidad generalizada que suscitó el reconocimiento constitucional de este colectivo específico poblacional, así como la ubicación del precepto dentro de los principios rectores de la política social y económica, cuyo reconocimiento, respeto y protección impone a los poderes públicos el mandato de llevar a cabo una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de este colectivo con la finalidad de prestarle la atención especializada que requiera, así como el amparo especial necesario para el disfrute de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución.

Al efecto de dar cumplida cuenta del mandato contenido en el artículo 49 del texto constitucional, se diseñan y planifican una serie de políticas públicas asistenciales destinadas a las personas con discapacidad proyectadas en diversos ámbitos netamente diferenciados, que van desde el plano laboral y cultural, hasta cuestiones relacionadas con la vivienda, la educación, el ocio y la actividad deportiva, entre otros aspectos.

La exégesis del precepto nos lleva, en primer lugar, a identificar a sus beneficiarios, esto es, “los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” fruto de una discapacidad que les impide o dificulta su inserción normal en las relaciones vitales habituales de la vida social. Resulta irrelevante que la discapacidad sea de nacimiento o sobrevenida, al igual que la causa de la dificultad para la inserción, sea una discapacidad física o sensorial, o un problema psíquico, toda vez que lo realmente importante y, en tal sentido se valora, es la verdadera existencia de la discapacidad.

Ya la Organización Mundial de la Salud publicó en 1976 la Clasificación Internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías (CIDDM-1), diferenciando cada uno de los supuestos y definiendo la minusvalía como la “situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad que limita o impide el desempeño de un papel que es normal en su caso, en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales”³¹.

31 World Health Organization (WHO), *Resolución 29.35. International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps*: Disponible en: <https://www.monografias.com/trabajos902/clasificacion-internacional-discapacidad/clasificacion-internacional-discapacidad2> (consultado con fecha 25/04/2025).

Posteriormente, en el marco de la 54ª Asamblea de la Organización Mundial de la Salud, en mayo del 2001, se aprobó la actual Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIDDDM-2)³², cuyo objetivo principal radica en proporcionar un lenguaje unificado y estandarizado como punto de referencia para la descripción de la salud y los estados relacionados con la salud. En su virtud, se abandona definitivamente el término “minusvalía” y se adopta el término genérico de “discapacidad” contentivo de déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación, indicando los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una determinada condición de salud y los factores contextuales que resultan implicados en el desarrollo de tales personas, fundamentalmente los factores ambientales y personales.

Como consecuencia de estos antecedentes el ordenamiento jurídico español asumirá esta nueva perspectiva y adoptará el término discapacidad con un carácter omnicompreensivo de esta realidad social.

Siguiendo con la exégesis del precepto constitucional, procede determinar quiénes son los poderes públicos a que se refiere el artículo 49 y, en consonancia con el modelo de Estado autonómico que pergeña la Constitución española de 1978, hemos de señalar que, en principio, nos hallamos ante un supuesto de reparto compartido competencial, puesto que el mandato del referido precepto se hace efectivo, por una parte, mediante prestaciones de la Seguridad Social, una competencia estatal a tenor del artículo 149.1.17ª de la Constitución española y, por otra, a través de acciones de asistencia social, asumidas por las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos, de conformidad con el artículo 148.1.20ª de la misma Constitución, sin obviar en este apartado el proceso de descentralización experimentado en lo que a la asistencia social concierne, sea por vía de ordenación, gestión o ejecución, a otras administraciones públicas de distinto nivel (provincial, comarcal o local).

Tras el fracaso en 1981 de presentar en el Congreso una proposición de ley con la oposición del Gobierno de la nación que consideraba inasumible el coste de su financiación, posteriormente se aprobó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, la primera ley dirigida a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias, una normativa que asumía la idea de que el amparo especial y las medidas de equiparación para garantizar los derechos de las personas con discapacidad había de basarse en apoyos complementarios, ayudas técnicas y servicios especializados tendentes a garantizarles una vida normal en su entorno. A tal fin, instituyó un sistema de

32 María Teresa Jiménez Buñuales; Paulino González Diego; José María Martín Moreno, La clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud (CIF) 2001, *Revista Española de Salud Pública* vol.76 nº4, Madrid, 2002.

prestaciones económicas y servicios, medidas de integración laboral, de accesibilidad y subsidios económicos, amén de una serie de principios que lograron asentarse finalmente en las leyes sectoriales relativas a sanidad, educación y empleo.

Siguiendo con el iter legislativo sobre la materia, podemos mencionar la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que representó un importante impulso en cuanto a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad, tomando como ejes centrales de su contenido la lucha contra la discriminación y el principio de accesibilidad universal, acompañados del establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones a través de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre.

Como sabemos, en diciembre de 2006 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. España ratifica ambos instrumentos internacionales el 21 de abril de 2008, con entrada en vigor el 3 de mayo del mismo año. Posteriormente, se aprobó la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, basada en el artículo 4 de la Convención, por el cual los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.

Con la ratificación de la Convención y la aprobación de la Ley 26/2011, el ordenamiento jurídico español supera el llamado modelo médico o rehabilitador para la discapacidad, predominante en el momento de la aprobación de la Constitución, y lo sustituye por una perspectiva social y de derechos y capacidades, que concibe la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de ellas originadas o agravadas por el entorno social.

Precisamente, la disposición final 2ª de la Ley 26/2011, en la redacción de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, imponía al Gobierno la elaboración y aprobación, antes del 31 de diciembre de 2013, de un Texto Refundido para regularizar, aclarar y armonizar las Leyes 13/1982, 51/2003 y 49/2007, tomando a tal efecto como referente principal la CIDPD.

Resultado de tal labor normativa anterior nace el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en

adelante Ley General de Discapacidad), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que deroga las tres leyes mencionadas³³.

También merece destacarse anteriormente la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, como factores esenciales para su inclusión social.

Importante hito en la protección a la discapacidad es la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, cuyos efectos no sólo recaen sobre el colectivo de discapacitados, sino también sobre el de personas mayores, en desarrollo de los artículos 49 y 50 de la Constitución.

No podemos olvidar el aporte realizado por la Ley 1/2009, de 25 de marzo de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, así como la Ley 41/2003, de 18-11-2003, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

En cuanto a las medidas de protección más reseñables, destaca el sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad que, por no desarrollar una actividad laboral, no están incluidos en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social. Según el artículo 8 la Ley General de Discapacidad, este sistema comprende: asistencia sanitaria y prestación farmacéutica; subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte; recuperación profesional; y rehabilitación y habilitación profesionales.

También procede mencionar el régimen de las pensiones de invalidez no contributivas cuyos beneficiarios son las personas que, entre otros requisitos, estén afectadas por una discapacidad o por una enfermedad crónica, en un grado igual

33 La Ley se estructura en cuatro Títulos: El Título Preliminar, en sintonía con la normativa internacional, recoge las disposiciones generales de la Ley relativas a su objeto, las definiciones de los conceptos que contiene la norma, los principios que la inspiran, su ámbito de aplicación, estableciendo quiénes son titulares de los derechos reconocidos por la Ley, y la proclamación del principio del respeto a la autonomía de las personas con discapacidad; el Título I regula, por un lado, los derechos de las personas con discapacidad, con diversas referencias relativas al sistema de prestaciones y medidas de acción positiva para hacerlos efectivos y, por otro, establece las obligaciones de los poderes públicos respecto del colectivo de personas con discapacidad; el Título II contiene la regulación detallada del derecho a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación; finalmente, el Título III contempla el régimen de infracciones y sanciones.

o superior al 65 por ciento (artículos 363-368 de la Ley General de la Seguridad Social de 2015).

En el plano laboral, la Ley General de Discapacidad establece en su artículo 37 que las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo a través de los siguientes tipos de empleo: a) empleo ordinario³⁴, en las empresas y en las Administraciones Públicas, incluido los servicios de empleo con apoyo; b) empleo protegido³⁵, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales; y c) empleo autónomo³⁶.

Mención especial dentro de las políticas sectoriales requiere lo relacionado con la vivienda, en cuanto incide en la necesidad de garantizar el acceso y su habitabilidad a las personas discapacitadas, con imposición de cargas tanto para los vecinos del inmueble³⁷, como para los constructores³⁸.

34 Las empresas están obligadas a adoptar medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario (artículo 40). Las empresas públicas y privadas que empleen a 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores con discapacidad (artículo 42) En las ofertas de empleo público se reservará un cupo del 7% para ser cubierto por personas con discapacidad (artículo 59 del Estatuto Básico del Empleado Público).

35 Los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, cuya finalidad es asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad. Su plantilla estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70% de aquella (artículo 43 Ley General de Discapacidad). Las Administraciones Públicas podrán establecer compensaciones económicas destinadas a los centros para ayudar su viabilidad y, además, los mecanismos de control (artículo 44 LGD).

36 Sobre el empleo autónomo de personas con discapacidad, los poderes públicos adoptarán políticas de fomento dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia, o a través de entidades de la economía social (artículo 47 LGD).

37 La Ley de Propiedad Horizontal, tras sucesivas reformas (Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas), prescribe el carácter obligatorio, sin requerir acuerdo previo de la Junta de Propietarios, de las obras necesarias para satisfacer los requisitos básicos de accesibilidad universal y, en todo caso, las requeridas a instancia de los propietarios en cuya vivienda o local vivan, trabajen o presten servicios voluntarios, personas con discapacidad (artículo 10.1).

38 Cabe mencionar la reserva de viviendas para personas con discapacidad, que conlleva la exigencia de programar un mínimo del 4% en los proyectos de viviendas protegidas con las características constructivas y de diseño adecuadas que garantizan el acceso y desenvolvimiento cómodo y seguro de las personas con discapacidad. Obligación que se extiende a

En el ámbito educativo, ya la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, estableció como principio general la inclusión educativa, la igualdad de derechos y oportunidades y la accesibilidad universal a la educación, que actúe como elemento compensador de las desigualdades personales, culturales, económicas y sociales, con especial atención a las que se deriven de cualquier tipo de discapacidad (artículo 1).

En este sentido, la Ley General de Discapacidad reconoce el derecho de las personas con discapacidad a una educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás personas (artículo 18.1): las Administraciones educativas garantizarán la participación del alumnado con discapacidad en los programas de mejora del aprendizaje y del rendimiento, poniendo a su disposición los recursos de apoyo que, con carácter general, se prevean para este alumnado en el Sistema Educativo Español (artículo 27.4); se imponen a las Administraciones educativas determinadas obligaciones respecto del alumnado con necesidades especiales, entre ellos los que requieran atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad, como la adaptación de las condiciones de realización de las pruebas escolares establecidas en la Ley (artículo 74.5). Los centros educativos deberán reunir las condiciones de accesibilidad exigidas por la legislación vigente (artículo 110.).

Tampoco podemos pasar por alto las políticas sociales de la Unión Europea que inciden en el ámbito de la discapacidad, puesto que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE reconoce el principio de la no discriminación por razón de discapacidad (artículo 21), así como el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad (art. 26). Por tal razón, el Derecho derivado ha concretado determinadas medidas de protección de las personas con discapacidad: la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, o el Reglamento 1107/2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo.

los proyectos de viviendas de cualquier otro carácter que se construyan, promuevan o subvencionen por las Administraciones públicas y demás entidades dependientes o vinculadas al sector público (artículo 32 LGD). Por otra parte, las normas técnicas sobre edificación incluirán previsiones relativas a las condiciones mínimas que han de reunir los edificios de cualquier tipo para permitir la accesibilidad de las personas con discapacidad (artículo 26). En este sentido, el Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, fue modificado en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad por Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero.

Una mención final a la jurisprudencia constitucional patria sobre la materia, de la que destacamos por su relevancia algunas Sentencias dignas de consideración (STC)³⁹.

Una vez aprobada la Convención de 2006 (CIDPD), tras su ratificación (2008) se opta por regular expresamente los derechos sustantivos preexistentes de las personas con discapacidad, haciendo hincapié especialmente en las necesidades complementarias que deberían garantizarse a los efectos de su adaptación al ámbito específico de la discapacidad.

En este sentido, el principio de no discriminación emerge con carácter vertebral y entronca con los derechos sustantivos regulados por la Convención para asegurar su reconocimiento, ejercicio y disfrute en condiciones de igualdad por las personas con discapacidad, hasta el punto de que, en ocasiones, no solo se han reconocido los derechos preexistentes en condiciones de igualdad y la reformulación de sus contenidos, sino que también se han superado los objetivos previstos mediante la gestación de unos derechos no contemplados previamente en otros instrumentos internacionales.

Con todos estos antecedentes expuestos, aunados al espíritu de la Convención de 2006 y la reforma global de buena parte del ordenamiento jurídico, merced a la Ley 8/2021 de la que trataremos a continuación, procede destacar que recientemente se ha modificado el artículo 49 de la Constitución de 1978 por el artículo único de la Reforma de 15 de febrero de 2024, cuya redacción trata la discapacidad conforme a los lineamientos de la Convención de 2006 y el nuevo paradigma que esta representa:

“1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio.

2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus or-

39 STC 62/2008, de 26 de mayo, en materia de igualdad y no discriminación por motivos de discapacidad; 269/1994, de 3 de octubre, en materia de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad; STC 141/2003, de 14 de julio, sobre tutela judicial efectiva y cálculo de pensiones de invalidez; 208/2013, de 16 de diciembre, sobre conexión entre el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y la protección de las personas con discapacidad; STC 10/2014, de 27 de enero, relativa a la escolarización de los menores discapacitados; 77/2014, de 22 de mayo, sobre tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad en los procesos penales; 18/2017, de 2 de febrero, sobre competencias en materia de asistencia social a personas con discapacidad (tarjeta de estacionamiento especial).

ganizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad”.

4. La Ley 8/2021 de adaptación del ordenamiento jurídico español a la Convención de 2006

Aprobado el texto de la Convención en Nueva York con fecha 13 de diciembre de 2006, se somete a la ratificación de los Estados miembros. Precisamente, a los fines de cumplir los compromisos previstos en el Convenio por los Estados firmantes, se crea en el seno de la Convención de la ONU un Comité encargado de analizar la regulación sobre discapacidad de los ordenamientos civiles de los Estados ratificadores.

A partir de aquí, arranca un período de adaptación de la normativa interna al Convenio, que se inicia con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, por la que se llevó a cabo una actualización de determinadas leyes imbricadas con las personas discapacitadas⁴⁰, seguida de otras normas posteriores⁴¹: el RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas discapacitadas y de su inclusión social; la reforma operada en el Código penal por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo; la nueva legislación surgida en sede de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio); la L.O. 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal

40 Así, por ejemplo, la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal; la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; la Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo; el Texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; la Ley 16/2003, de 28 de mayo de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar; la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

41 A tenor del apartado II del Preámbulo de la Ley 8/2021, al que nos remitimos.

del Jurado; e, incluso, la L.O. 2/2018, de 5 de diciembre, que modifica la L.O. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Efectivamente, quedaba pendiente por efectuar la reforma del Código civil, principalmente, y de otras leyes complementarias. El Gobierno español asumía el compromiso de remitir a las Cortes Generales en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley 26/2011 “un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida”, en el cual se establecerían “las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”.

Sin embargo, la demora acumulada suscita la inquietud del Comité revisor de la ONU, ante cuya situación emerge de manera sobresaliente la labor interpretativa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en aras de flexibilizar la normativa del Código civil en cuanto a la tutela e incapacidad para hacerla compatible con la Convención de 2006, si bien acotando, a título de admonición, que no se trata de una competencia del poder judicial, sino del legislativo, establecer la modalidad de asistencia y prestación de apoyo a las personas con discapacidad, al igual que “aclarar sectorialmente las reglas generales conforme a la Convención”.

A tal efecto, el Ministerio de Justicia español encarga en 2017 a la Sección Civil de la Comisión General de Codificación la elaboración de un anteproyecto de reforma del Código civil. La Sección preparó un borrador del anteproyecto que, una vez elaborado, es remitido al Ministerio de Justicia, el cual, lo remite al Consejo de Estado (15 de enero de 2019) para su preceptivo informe, que fue concluido el 11 de abril del mismo año con un pronunciamiento ampliamente favorable.

Finalmente, como colofón a este recorrido, se publica la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, con entrada en vigor tres meses desde su publicación (2 de septiembre de 2021). Una nueva Ley que reforma una gran y sustancial parte de su ordenamiento jurídico, no solo el Código civil, sino también otras normas como la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley del Registro Civil, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y el Código de Comercio.

Desde una perspectiva de fondo, la Ley asume como leitmotiv el respeto al derecho de igualdad que corresponde a todas las personas en el ejercicio de su

capacidad jurídica, coincidiendo en ello con el eje vertebral que inspira la Convención de 2006.

En sintonía con la mencionada Convención de 2006, la nueva legislación española arroja una serie de premisas dignas de consideración que queremos destacar sobremanera:

- a) La discapacidad no constituye un estado civil de la persona⁴²;
- b) La discapacidad comprende afectaciones no solamente cognitivas, sino también físicas;
- c) La discapacidad se erige en una *conditio iuris* para la aplicación de los preceptos del Código civil que así lo establecen;
- d) Desde un plano jurídico, sin medidas de apoyo no podemos hablar en puridad de persona discapacitada, sin perjuicio de que, en tal caso, esta pueda aprovecharse de las previsiones legales en favor de las personas con discapacidad (ello nos conduce a deslindar, por un lado, la discapacidad como género y, por otro, la que el Código civil señala en un caso concreto, precisada de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona discapacitada); a su vez y, a mayor abundamiento, la discapacidad viene identificada y objetivada, en aras de la seguridad jurídica, con situaciones de dependencia severa (grado II) o grave (grado III).

En lo que al plano formal concierne, la Ley 8/2021 cuenta con ocho artículos, dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

A modo de síntesis y como novedades más sobresalientes de la nueva legislación en el Código civil destacamos, por un lado, el nuevo sistema de apoyos instaurado; y, por otro, el protagonismo que asume la curatela en este nuevo sistema. En efecto, establecemos la siguiente clasificación de las nuevas medidas de apoyo para la discapacidad⁴³:

1.- Voluntarias (con carácter preferencial): 1a) Mandato preventivo (artículos 256-262 del Cc); 1b) Autocuratela, esto es, auto designación del curador (artículos 271 y ss. del Cc).

42 Juan Pablo Aparicio Vaquero, “Disposición Adicional Cuarta del CC”, AA.VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. María Paz García Rubio, María Jesús Moro Almaraz; coord. Ignacio Varela Castro), Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, pp. 780 y ss.

43 Ángel Carrasco Perera (dir.), *Derecho civil. Introducción. Fuentes. Derecho de la Persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad*, Tecnos, Madrid, 2023, pp. 135 y ss.

2.- Informales: Guarda de hecho (artículos 263 y ss. del Cc).

3.- Formales: Curatela (artículo 269 del Cc), que adquiere una nueva dimensión y sustituye a la tutela del sistema anterior como medida de apoyo continuada. Cuenta con un régimen jurídico muy completo⁴⁴, según podremos comprobar más adelante en aspectos tales como su constitución, extensión, modalidades (asistencial y representativa), nombramiento, excusas, inhabilidad, remoción y extinción. Sus normas son supletorias de la tutela.

4.- Ocasionales: Defensor judicial (artículos 295 y ss. del Cc).

5.- Administrativas, en caso de urgencia: apoyo urgente sin guarda de hecho, apoyo provisional (artículo 253 del Cc).

Resaltado el nuevo papel protagónico de la curatela, nos detendremos, en primer lugar, en algunos aspectos relacionados con el ámbito del Derecho de Obligaciones. Como sabemos, esta parte del Derecho civil no es obra directa del genio jurídico romano, sino que se gesta a través de la impronta de los glosadores y postglosadores, aderezada con la influencia nada desdeñable del Derecho canónico, que rediseña las primitivas normas romanas y las tiñe del factor moral que inculca el cristianismo.

A ello se ha de sumar el rigor y clarividencia propios de la pandectística alemana del siglo XIX, que conformaría unas bases generales en las que el Derecho romano emerge como acreedor privilegiado y preferente, puesto que, a partir de la casuística romana, inmortalizada fundamentalmente en la obra de Justiniano y, mediante el método de la inducción, esto es, el razonamiento que transita desde lo particular hasta lo general, las fuentes romanas se erigen en las piezas ideales en el cometido de pergeñar, diseñar y construir una teoría general de la obligación, reflejada posteriormente en el incomparable hito que representó el Código civil alemán de 1896 (BGB), un monumento a la literatura jurídica por excelencia que encarna el genio jurídico alemán.

En lo concerniente al contenido de la teoría general de la obligación, consideramos que, desde una perspectiva amplia, se extiende a aspectos tales como el nacimiento, el origen, la estructura, las clases, la dinámica y la extinción de la obligación, vale decir, su contenido se extiende en una visión amplia a toda circunstancia que pueda afectar a la relación jurídica obligatoria.

Tomando en cuenta lo anteriormente señalado y, dentro del extenso corolario de tópicos que comprende la teoría general de la obligación, los únicos aspectos abordados directamente por la Ley 8/2021 son, por un lado, la capacidad para

⁴⁴ Respectivamente, artículos 275, 1; 279-280; 275, 2; 272; 278; 254; 282; 283; 291 del Código civil.

efectuar el cobro por parte del sujeto pasivo del pago –accipiens–, ante una posible situación de indefensión jurídica (artículo 1163-1 del Código civil); y, por otro, la responsabilidad de la persona con discapacidad por los daños causados a otros, en virtud del principio *neminem laedere*, sin perjuicio de la concurrencia de responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno (artículos 299 y 1903 del Código civil), una nueva realidad jurídica, que constituye, sin lugar a dudas, una de las grandes novedades de la reforma legal, de tal manera que si las personas con discapacidad son sujetos plenamente capaces, del mismo modo son responsables e imputables subjetivamente, tanto en el supuesto de responsabilidad por hecho propio, como de responsabilidad por hecho ajeno.

Como fuente preeminente de las obligaciones surge la figura del contrato y, en el seno de su teoría general, la Ley 8/2021 incide en algunos de sus aspectos más importantes, tales como la capacidad para contratar y la ineficacia contractual en dos de sus expresiones más significativas (rescisión, nulidad).

El nuevo paradigma alimenta la reciente regulación para superar una concepción anterior que asociaba la incapacitación con la ausencia de la suficiente capacidad. El eje que sostiene el nuevo entramado legislativo radica en la adopción de medidas de apoyo para la persona que las precise, una cuestión de fondo que no consiste en una mera variación terminológica formal (ya no se habla de incapacidad o incapacitación), cual si de un mero maquillaje exterior se tratara.

Un segundo objeto de nuestro interés, que queremos poner de manifiesto en la reforma del Código civil tras la Ley 8/2021, es lo relacionado con la sucesión mortis causa. De todos los artículos del Código civil relativos al Derecho sucesorio afectados por la reforma mencionada, algunos son modificados en profundidad (así sucede con los artículos 663, 665, 753, 776, 782, 808, 813), otros se destinan a cambiar las formalidades testamentarias para facilitar su acceso a personas con discapacidad (es el caso de los artículos 695, 697-2º, 708, 709), y un tercer bloque estaría integrado por aquellos en los que se sustituyen y corrigen expresiones obsoletas y sin sentido tras la reforma legislativa operada, de tal manera que se adecúan a su terminología propia, sin entrar, por lo general, a profundizar sobre los problemas interpretativos que se pudieran plantear en torno a su contenido (supuesto de los artículos 706, 742, 756-2º y 7º, 822, 996, 1041, 1052, 1057 y 1060).

Más concretamente, en primer lugar, nos centraremos en las novedades que la nueva legislación establece en aspectos relativos a la sucesión testamentaria, entre los que subrayamos los siguientes:

a) La amplia reforma legislativa derivada de la Ley 8/2021 afecta también al Derecho sucesorio, de tal manera que algunos artículos del Código civil son mo-

dificados en profundidad (663, 665, 753, 776, 782, 808, 813); otros cambian las formalidades testamentarias para facilitar su acceso a personas con discapacidad (695, 697-2, 708, 709); un tercer bloque sustituye y corrige expresiones obsoletas e incongruentes a través de una adaptación terminológica, omitiendo, en general, los problemas interpretativos de su contenido (706, 742, 756-2º y 7º, 822, 996, 1041, 1052, 1057 y 1060).

b) La mencionada Ley reforma algunas cuestiones relacionadas con la sucesión testamentaria cuando intervienen personas con discapacidad, entre las que destacamos la capacidad testamentaria activa (artículos 663, 695-1, 697-2 del Código civil), con una referencia especial al juicio de capacidad efectuado por el notario (artículos 665, 695-2 del Código civil); las formalidades que deben observarse en el otorgamiento del testamento cerrado (artículos 706, 708, 709, 742 del Código civil); la capacidad testamentaria pasiva e incapacidad para suceder por causa de indignidad (artículos 753, 756 del Código civil, respectivamente); y las sustituciones hereditarias (artículos 776, 782 del Código civil).

c) En cuanto a la capacidad testamentaria activa, se detecta en la redacción del artículo 663 del Código civil una incursión del lenguaje científico en el mundo jurídico que, lejos de aclarar, puede confundir, pues, a nuestro entender, el lenguaje utilizado en el campo de la discapacidad no siempre debería ser elegido para precisar el contenido de los preceptos del Código civil; además, la nueva redacción del artículo 695-1 del Código civil amplía la posible expresión de la última voluntad por el testador ante el notario mediante una tercera modalidad (“cualquier medio técnico, material o humano”), lo que faculta a las personas discapacitadas cuando deseen otorgar testamento a utilizar los sistemas de comunicación utilizados habitualmente por ellas, incluso alternativos o amplificativos del lenguaje oral, en función del grado de afección que padezcan; por fin, se elimina un precepto superado en cuanto a su contenido (artículo 697-2 del Código civil), merced a los avances tecnológicos operados, dado que el testador puede tener la certeza suficiente e indubitada sobre el tenor de su testamento sin requerir la presencia de dos testigos.

d) Respecto al juicio de capacidad del testador efectuado por el notario (artículos 665, 695-2 del Código civil) y, a diferencia de la legislación anterior en la que el notario debía comprobar la capacidad del testador mediante un juicio de aptitud o discernimiento, la nueva regulación le asigna la función de constatar que el testador puede conformar o expresar su voluntad, una valoración que constituye un mero juicio personal, susceptible de prueba en contrario, que habrá

de efectuarse caso por caso atendiendo al momento en que la persona otorga testamento y que, en modo alguno, constituye un dictamen médico.

e) A propósito de las formalidades que deben observarse en el otorgamiento del testamento cerrado (artículos 706, 708, 709, 742 del Código civil), la Ley 8/2021 tiende a favorecer la capacidad testamentaria activa de las personas que cuentan con dificultades visuales y, a tal fin, se implementan algunas formalidades adicionales para garantizar que el testamento se corresponda fielmente con la voluntad real del testador.

f) En sede de incapacidades relativas para suceder, la Ley 8/2021 modifica el artículo 753 del Código civil, no sólo para asumir los nuevos paradigmas de la discapacidad, sino también para extender la prohibición de efectuar disposiciones testamentarias en favor del tutor o curador representativo a otra serie de personas que entablan una relación estrecha con las personas con discapacidad y que, por ende, pueden influir indebidamente en la conformación y expresión de su voluntad testamentaria. Ello no obsta que se llegue a cuestionar el fundamento mismo de la prohibición, al poner en entredicho los ejes sobre los que gravita actualmente la concepción socio-jurídica de la discapacidad: la igual capacidad jurídica de los discapacitados, la capacidad para testar y el principio de libertad de testar.

g) La Ley 8/2021 incide en la incapacidad para suceder por causa de indignidad en dos de sus causales (párrafo 3º del ordinal 2º y ordinal 7º del artículo 756 del Código civil): la primera incorpora como causal de indignidad en la sucesión de una persona con discapacidad la remoción de la curatela de un discapacitado, imputable al curador, en virtud de una sentencia judicial por una de las causas del artículo 278 del Código civil; en la segunda, mantiene la redacción emanada del artículo 10, Uno, de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, por la que se declara incapaces de suceder como indignos a quienes, ostentando un derecho en la herencia de una persona con discapacidad, no le hubieran prestado las atenciones debidas, si bien efectúa un cambio importante en su ámbito de aplicación al asumir el nuevo concepto de persona con discapacidad de la Disposición Adicional 4ª del Código civil.

h) En sede de sustituciones hereditarias, la supresión de la sustitución ejemplar llevada a cabo (artículo 776 del Código civil) conecta con una polémica jurisprudencial tradicional sobre la interpretación de la figura, discusión que se mantiene canalizada tras la reforma en torno a la supresión o no de esta modalidad de sustitución hereditaria. En cuanto a la sustitución fideicomisaria que grava la legítima (artículo 782 del Código civil), aunque en una primera aproximación la modificación del precepto parece meramente terminológica, sin embargo, se proyecta a su contenido, toda vez que se limitan los beneficiarios del gravamen y,

con ello, se altera por derivación el contenido de los artículos 808 y 813 del Código civil, lo que arroja problemas significativos de coordinación sobre la materia.

En segundo lugar, también relacionado con el Derecho sucesorio, extraemos las novedades que la nueva legislación aporta sobre la porción legítima y sobre algunas disposiciones comunes relativas a la sucesión, tales como la aceptación y repudiación de herencia, la colación y la partición hereditaria:

a) La reforma del Código civil español tras la Ley 8/2021, entre otras materias, regula algunos aspectos de la sucesión mortis causa. De todos los artículos del Código civil relativos al Derecho sucesorio afectados por la reforma mencionada, algunos se modifican en profundidad (808, 813), mientras que otros sustituyen y corrigen expresiones obsoletas tras la reforma legislativa, sin abordar, por lo general, los problemas interpretativos que se pudieran plantear en torno a su contenido (822, 996, 1041, 1052, 1057 y 1060), lo que nos aporta novedades legislativas en sede de porción legítima y de disposiciones comunes relativas a la sucesión, como la aceptación y repudiación de herencia, la colación y la partición hereditaria.

b) En sede de porción legítima, la Ley 8/2021 afecta a tres artículos del Código civil, concretamente y, por este orden, los artículos 808 (legítima de los descendientes), 813-2 (gravámenes, condiciones y sustituciones sobre la legítima) y 822-1 y 2 (donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual efectuados por su titular en favor de un legitimario en situación de discapacidad). La reforma incide considerablemente en sede de porción legítima al propiciar que los padres puedan beneficiar a los hijos con discapacidad, si bien ignora a los demás legitimarios (ascendientes y cónyuge del causante), que se hallaren en situación de discapacidad.

c) Los artículos del Código civil reformados sobre disposiciones comunes a la sucesión sustituyen y corrigen expresiones para adecuarlas a la terminología propia de la Ley 8/2021 y de la Convención de Nueva York, sin interpretar su contenido, por lo general. Abordan materias como la aceptación y repudiación de la herencia, la colación y la partición de la herencia (996, 1041, 1052, 1057 y 1060, respectivamente).

c') La nueva redacción del artículo 996 del Código civil parte de la capacidad del discapacitado y, por ende, le reconoce capacidad para aceptar la herencia, lo que se traduce en que ya no se le atribuye expresamente al sujeto a curatela la opción entre la aceptación de la herencia pura y simple o a beneficio de inventario, dado que tal elección le viene atribuida de manera ínsita, al igual que a toda persona no discapacitada.

Si la curatela es representativa, al curador corresponde aceptar la herencia respetando la voluntad, deseos y preferencias del tutelado, con atención a lo que este hubiera hecho en tal circunstancia, al margen de sus propios intereses, sobre la base del derecho a equivocarse.

c'') La modificación del artículo 1041 del Código civil en sede de colación resulta, en una primera aproximación, terminológica y más aparente que efectiva, pues no cambia el sentido del texto, razón por la que hubiera podido prescindirse de ella perfectamente, si bien debamos considerar su verdadera incidencia a través del cambio operado en el concepto de discapacidad establecido por la Disposición Adicional 4ª del Código civil.

c''') En sede de partición de herencia, la modificación del artículo 1052 del Código civil presenta indefinición, pues no precisa por sí sola y, sin obviar el tenor de la Disposición Adicional 4ª de la Ley, qué se entiende por situación de discapacidad en cuanto a la partición hereditaria y genera contradicción con el artículo 1058 del Código civil, al exigir mayor capacidad para solicitar la partición de la herencia que para participar en ella; el artículo 1057 del Código civil deslinda dos situaciones referidas antes en el mismo párrafo, distinguiendo ahora por separado la minoría de edad y la discapacidad; el artículo 1060 del Código civil, si bien mantiene prácticamente el mismo contenido anterior, incorpora nuevas figuras recogidas en la Ley 8/2021 (curador representativo, defensor judicial), cuya intervención en la partición requerirá aprobación judicial posterior, una vez comprobada por el juez la relación existente entre el interés del discapacitado con la voluntad, deseos y preferencias de este, de haber sido expresados, aunque lo hubiera sido con el auxilio de medidas de apoyo, en caso de ser estas necesarias.

Así pues, la nueva legislación de 2021 parte de la premisa según la cual todas las personas cuentan con capacidad jurídica, incluso en el supuesto dado del padecimiento de cualquier tipo de enfermedad física o psíquica que acarree limitaciones en la capacidad, de tal manera que se aboga por que dicha situación jurídica pueda subsanarse, no tanto mediante el recurso tradicional a la declaración de incapacitación, que desaparece, sino más bien a través de distintos mecanismos concretos de apoyo⁴⁵ dirigidos a coadyuvar en el proceso de toma de decisiones relacionadas con la vida y el patrimonio de las personas afectadas por una discapacidad.

En efecto, merced a tales medidas de apoyo se procederá, con carácter general, a prestar asistencia a los discapacitados en el ejercicio de su capacidad, bajo el

45 Sofia De Salas Murillo, "El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos", *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana* nº 17, 2022, pp. 16 y ss.

entendido⁴⁶ del escrupuloso respeto a su voluntad, deseos y preferencias a través de la participación del discapacitado en la toma de decisiones relativas a su persona y patrimonio. Estas medidas de apoyo se atenderán, conforme a lo establecido en el Preámbulo de la Ley 8/2021, a los principios de necesidad –cuando resulten imprescindibles y necesarias–; proporcionalidad –en atención a la situación específica de la persona discapacitada de la que se trate–; y mínima intervención –en la menor dosis posible, a los fines de no resultar invasivas ni sobreprotectoras.

La nueva legislación, por tanto, extirpa del campo de la discapacidad instituciones jurídicas tradicionales⁴⁷ como la incapacitación, la tutela de los incapacitados, la patria potestad prorrogada y rehabilitada, de tal suerte que cuando un hijo menor con discapacidad alcanza la mayoría de edad pueda contar con los apoyos precisos, de la misma manera que los tendría un adulto con algún tipo de discapacidad, en cuyo caso cabría constituir la curatela de sus padres, o bien, de ser el caso, la guarda de hecho.

En efecto, la asunción de medidas de apoyo necesarias, eje sobre el que gravita el nuevo sistema jurídico de la discapacidad, parte del principio básico en cuya virtud debe concurrir en su adopción la participación del menor para atender su voluntad, deseos y preferencias, tal como reza el tenor literal del nuevo artículo 254 del Código civil⁴⁸: de ahí que resulten legitimados para recabar tales medidas de apoyo el menor, una vez cumplidos los dieciséis años, ya que debe hacerlo durante los dos años anteriores a su mayoría de edad; sus progenitores; su tutor; y el Ministerio Fiscal. La solicitud puede realizarse con dos años de antelación a que el menor alcance la mayoría de edad, manteniendo la eficacia estas medidas de apoyo, incluso una vez alcanzada la mayoría de edad, siempre que el mayor de edad permanezca sujeto a patria potestad o tutela.

Solo con carácter excepcional y circunscrita a los supuestos en los que no resulte posible establecer medidas de apoyo al discapacitado, podrá recurrirse a la representación en la toma de decisiones –curatela representativa–, con independencia de que medie o no algún tipo de reconocimiento administrativo en torno a la discapacidad.

Y es que la nueva Ley 8/2021 catapulta la curatela asistencial como institución emblemática de apoyo. Prueba de lo afirmado lo evidencia el hecho de que, a diferencia de lo establecido en la legislación anterior, el régimen jurídico actual de

46 Carlos Lasarte Álvarez, *Parte general y derecho de la persona. Principios de Derecho civil I*, 26ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 210.

47 Carlos Lasarte Álvarez, *ob. cit.*, 2021, pp. 211, 212.

48 María Jesús Moro Almaraz, “Comentario al artículo 254 del Código Civil”, AA.VV., *ob. cit.*, 2022, pp. 257 y 258.

la curatela rige supletoriamente en sede de tutela, defensor judicial y guarda de hecho, a tenor del artículo 224 del Código civil⁴⁹.

La nueva Ley 8/2021 presenta la tutela⁵⁰ como una institución jurídica tuitiva reducida taxativamente en su aplicación a dos supuestos: el menor de edad no emancipado no sujeto a patria potestad; y el menor de edad no emancipado en situación de desamparo, de tal suerte que cuando un menor discapacitado alcanza la mayoría de edad cuenta con los mismos apoyos de los que dispone un adulto, en el caso de precisarlos.

Su régimen jurídico⁵¹ sigue considerando un deber el ejercicio del cargo de tutor (artículo 200 del Código civil); mantiene las diversas modalidades de tutela en función de su constitución (legítima, dativa y testamentaria); regula las causas de inhabilidad para ejercer como tutor (artículos 243, 244 del Código civil), las causas legales de incapacidad absoluta (artículo 216 del Código civil) e incapacidad relativa (artículo 217 del Código Civil); enumera las excusas que puede esgrimir el tutor para no asumir el cargo; y, finalmente, reseña las causales de remoción del tutor, que son las mismas que aplican en el caso de la curatela para el curador (artículo 278 del Código civil, por expresa remisión del artículo 223).

Por otra parte, la nueva Ley 8/2021 reivindica e impulsa la institución jurídica de la curatela⁵², que asume un verdadero cariz asistencial, con unas funciones bien delimitadas: por un lado, coadyuvar a la persona discapacitada en la toma de decisiones, mediante la debida información; ayudar en la comprensión y razonamiento, al facilitar la expresión de sus preferencias; fomentar el ejercicio de la capacidad jurídica del discapacitado con reducción del apoyo en un futuro, de ser ello posible (249, 2 del Código civil)⁵³; y, además, prestar al discapacitado la debida asistencia en un acto jurídico concreto, más acorde con la misión tradicional de la curatela, si bien más en calidad de respaldo a la actuación del discapacitado, que como verdadero complemento de su capacidad, no obstante ser anulables los actos realizados por aquel sin las medidas de apoyo requeridas, a tenor del artículo 1302, 3 del Código civil, puesto que es el juez quien establece

49 Pedro Antonio Munar Bernat, “Comentario al artículo 269 del Código Civil”, AA.VV., *Ibid.*, 2022, p. 347.

50 Al respecto, Ana Isabel Berrocal Lanzarot, “El régimen jurídico de la curatela representativa como institución judicial de apoyo de las personas con discapacidad”, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana* nº 17 2022, pp. 426 y ss.

51 Carlos Lasarte Álvarez, *ob. cit.*, 2021, pp. 214-217.

52 Un estudio sobre la curatela tras la Ley 8/2021, Josefina Alventosa del Río, *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

53 María Paz García Rubio; María Eugenia Torres Costas, “Comentario al artículo 249 del Código Civil”, AA.VV., *Ibid.*, 2022, pp. 207 y ss.

los actos del discapacitado que precisan de la asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica, en función de las medidas concretas de apoyo definidas (artículo 269, 2 del Código civil)⁵⁴.

Así pues, la nueva regulación nos presenta una curatela que se erige en la medida de apoyo judicial por excelencia de las personas con discapacidad, constituida por el juez para las personas que requieren de medidas de apoyo continuadas, cuyo contenido vendrá delimitado en la resolución judicial que la establezca, todo ello en función de las circunstancias y de la situación concurrente en el discapacitado. Eso sí, conforme a los criterios de subsidiariedad, solamente constituida por la autoridad judicial de no existir otra medida de apoyo suficiente (artículo 269, 1 del Código civil)⁵⁵; y de una cierta estabilidad, sin mengua de la provisionalidad que compele su necesaria revisión, ya ante cualquier modificación sobrevenida, ya transcurridos 3 años, o bien 6 años en caso de circunstancia extraordinaria y motivada, sin perjuicio de la adopción de las medidas de control oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa del apoyo (artículos 268 y 270 del Código civil)⁵⁶.

En definitiva, estamos en presencia de una curatela congruente con el propio significado del término -cuidado-, que le otorga de inicio un carácter asistencial, cuyo contenido consiste en asistir, ayudar, informar, supervisar, en el ámbito personal o patrimonial, o en ambos a la vez, de tal suerte que el curador no suplente la voluntad del discapacitado, sino que la asiste y completa.

Sin embargo, de manera subsidiaria y extraordinaria, cabe la curatela representativa⁵⁷, a la que solamente se recurrirá excepcionalmente (artículo 249 del Código civil) en atención al grado de discapacidad padecido, siempre con proporcionalidad, cuando el discapacitado, privado de sus facultades volitivas y cognitivas, no pueda decidir por sí mismo, en cuyo caso el curador representativo deberá considerar en su actuación aspectos tales como “la trayectoria vital, los valores y creencias del discapacitado”⁵⁸. Será el juez quien precisará los actos en los que deba ejercerse la representación, que podrá ser plena cuando la situación

54 Pedro Antonio Munar Bernat, “Comentario al artículo 269 del Código Civil”, AA.VV., *Ibid.*, 2022, pp. 348 y 349.

55 Sentencia del Tribunal Supremo español de 8 septiembre de 2021 (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia, RAJ 2021/4002).

56 Pedro Antonio Munar Bernat, “Comentario al artículo 268 y 270 del Código Civil”, *Ibid.*, 2022, pp. 333 y ss.; 351 y ss.

57 Josefina Alventosa del Río, *ob. cit.*, 2022, pp. 335 y ss.

58 Josefina Alventosa del Río, *ob. cit.*, 2022, p. 341.

del discapacitado así lo requiera, si bien en ningún caso podrá privativa o prohibitiva de derechos.

Es decir, solamente y con carácter extraordinario la curatela puede ser representativa, siendo el juez quien señala los actos en los que el curador deba ejercer dicha representación (incluyendo en el señalamiento, a su vez, los que requieran autorización judicial)⁵⁹, lo cual sucederá cuando el discapacitado no pueda establecer su voluntad, deseos y preferencias, en cuyo caso el curador, en el ejercicio de sus funciones, deberá contar con la trayectoria vital del discapacitado, sus creencias y valores, así como también los factores que el discapacitado hubiera tomado en consideración para decidir según hubiera podido hacerlo, de no haber precisado dicha representación (artículos 249, 3 y 269, 3 del Código civil).

Aun así, el Código civil recoge la posibilidad de una curatela con funciones representativas plenas, esto es, con un alcance general, en aquellos casos que la situación de la persona con discapacidad lo exija. En su virtud y, atendiendo a la situación personal del discapacitado con arreglo a los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida, se permite admitir distintos grados de curatela representativa, que se fijarán bien en el auto que pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria, o bien en la sentencia que cierra el juicio verbal⁶⁰.

A pesar de que el legislador no lo contempla expresamente, cabría también la constitución judicial de una curatela mixta⁶¹, con funciones representativas y asistenciales al mismo tiempo.

59 El artículo 287 del Código civil prevé que cuando el curador ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo, necesitará autorización judicial para los actos que determine la propia resolución y, en todo caso, para los enumerados en una extensa lista. Incluso, si se tratara de actos que se hubieran podido celebrar sin autorización judicial (por argumento en contrario, los no expresados en el mencionado precepto), cabe la rescisión por lesión de dichos actos cuando las personas representadas sufrieran una lesión mayor de la cuarta parte del valor de las cosas objeto de aquellos, a tenor del artículo 1291, 1º del Código civil. Al respecto, Pedro Antonio Munar Bernat, “Comentario al artículo 287 del Código Civil”, AA.VV., *Ibid.*, 2022, pp. 433 y ss.

60 María Reyes Corripio Gil-Delgado, “El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica”, *Revista Crítica e Derecho Inmobiliario* nº790, 2022, p. 700.

61 Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid. 2021, p. 74.

Tener en cuenta al respecto las siguientes Sentencias españolas: Audiencia Provincial de Ciudad Real, nº 408, de 22 noviembre 2021 (JUR 2022/57786); Juzgado de Primera Instancia nº7 de Guadalajara, nº 767, de 29 diciembre de 2021 (JUR 2022/208395); Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Guadalajara, nº 88, de 8 febrero de 2022 (JUR 2022/208493).

Además de las tres modalidades de curatela señaladas (asistencial, representativa o mixta), sería posible añadir una curatela de origen voluntario⁶², con carácter preventivo o ex ante, denominada autocuratela, una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana reconocidos en el artículo 10 de la Constitución española⁶³: en tal sentido, la persona con discapacidad, sea mayor de edad o menor emancipada, previendo la concurrencia de circunstancias obstativas del ejercicio de su capacidad jurídica, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o de varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador; del mismo modo, podrá establecer disposiciones sobre su funcionamiento y contenido, especialmente en lo concerniente al cuidado de su persona, administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y las medidas de vigilancia y control que se hayan de aplicar; proponer a las personas que deban ejercerlas (artículo 271 del Código civil)⁶⁴; e, incluso, excluir la necesidad de autorización judicial para realizar determinados actos (artículo 287 del Código civil)⁶⁵.

En todo caso, si bien la mencionada escritura de constitución de la autocuratela vincula a la autoridad judicial, el juez, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, podrá prescindir total o parcialmente de dichas disposiciones voluntarias cuando estime que concurren circunstancias graves desconocidas por el constituyente de la autocuratela, o bien cuando se produzca una alteración de las causas contempladas o presumiblemente consideradas en el momento de elaborar sus disposiciones, siempre y cuando el juez así lo decida mediante resolución judicial motivada (artículo 272 del Código Civil)⁶⁶.

62 María Paz García Rubio, “Comentario al artículo 250 del Código Civil”, AA.VV., *Ibid.*, 2022, p. 235.

63 Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, nº 734, 2 noviembre de 2021 (RJA 2021/4958).

64 María del Carmen González León, “Comentario al artículo 271 del Código Civil”, AA.VV., *Ibid.*, 2022, pp. 355 y ss.

65 Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, nº 706, 19 octubre de 2021 (RJA 2021/4847).

66 Josefina Alventosa del Río, “El nuevo régimen de la curatela”, AA.VV., *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dir. José Ramón De Verda y Beamonte; coords. Pedro Chaparro Matamoros; Álvaro Bueno Biot), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 170-173.

En defecto de la mencionada autocuratela o del pertinente poder preventivo⁶⁷, operan las medidas de apoyo legales y judiciales; así, concretamente, en caso de emanar estas medidas del juez, el legislador establece un orden que la autoridad judicial deberá respetar al nombrar un curador. En este supuesto, cabe la coexistencia de las medidas de autorregulación con aquellas que proceden del legislador o del juez, cuando aquellas no resulten totalmente satisfactorias.

Completan el régimen jurídico actual de la curatela cuestiones relacionadas con la figura del curador⁶⁸, tales como las causas de inhabilidad (artículo 275 del Código civil), las excusas para ejercer el cargo de curador, así como lo atinente a la remoción del cargo (artículos 281 y 278 del Código civil, respectivamente).

Concluido este análisis legislativo, observamos claramente que se ha producido un cambio jurídico importante con relación al sistema anterior, principalmente si tomamos en consideración las dos instituciones jurídicas tradicionales más importantes relacionadas con la protección de las personas incapaces, tutela y curatela.

A los fines de establecer posibles conexiones entre el Derecho romano y la reciente Ley 8/2021 española sobre la discapacidad, que modifica varios cuerpos legales del ordenamiento jurídico, entre ellos el Código civil, procederemos metodológicamente a señalar las diferencias y similitudes detectadas en las dos instituciones jurídicas referidas a partir de un estudio comparativo de sus manifestaciones a lo largo de la evolución del Derecho romano y la versión actual del actual Código civil español, tras la reforma legislativa operada con la Ley 8/2021.

Así y, en cuanto a las diferencias más significativas dignas de consideración, detectamos las siguientes:

1.- La reciente Ley 8/2021, inspirada en el artículo 10 de la Constitución Española⁶⁹, parte de la premisa del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad, de tal manera que todas las personas cuentan con capacidad jurídica, incluidas las discapacitadas y, al igual que el resto de las personas, son titulares del derecho a tomar sus propias decisiones, un derecho que, como reza el Preámbulo de la mencionada Ley, “ha de ser respetado”, por tratarse “de una cuestión de derechos humanos”.

67 María Jesús Moro Almaraz, “Comentario al artículo 276 del Código Civil”, AA.VV., *Ibid.*, 2022, pp. 270 y ss.

68 En este sentido, Julia Ammerman Yebra, “Comentario a los artículos 275-281 del Código Civil”, AA.VV., *Ibid.*, 2022, pp. 387 y ss.

69 En tal precepto constitucional se consagra, en relación con la materia abordada, el respeto a la dignidad de la persona, la tutela de los derechos fundamentales y el respeto a la libre voluntad de las personas con discapacidad.

Además, en la nueva legislación y, como principio, ni hay distinción entre la capacidad de las personas discapacitadas con la de las demás personas, ni se distingue entre discapacidad física y mental.

Por el contrario, en Roma, como sucedió en otras civilizaciones antiguas, la enfermedad⁷⁰, sobre todo la mental⁷¹, constituyó un obstáculo para cualquier actividad o trabajo, en suma, para el ejercicio de los derechos, si bien esta última terminología no resulte propiamente romana, sino fruto de la aportación de la pandectística tras la confección de la teoría del negocio jurídico.

A la consideración social romana de la enfermedad como una desgracia o castigo de los dioses, que desembocaría, por lo general, en la pobreza y la exclusión social⁷², se ha de añadir la consideración jurídica aparejada⁷³, que restringe derechos y los limita abundantemente.

2.- La Ley 8/2021, en relación con lo señalado con antelación, implanta un sistema de medidas de apoyo a las personas con discapacidad para ejercer su capacidad jurídica (guarda de hecho, curatela y defensor judicial), al margen del reconocimiento administrativo que exista en tal sentido, es decir, se instaura como regla general la práctica de la asistencia o el apoyo a las personas que lo precisen.

Sin embargo, en el Derecho romano la discapacidad física o sensorial quedaba reservada al ámbito de ejercicio de la curatela (*furiosi, debiliū personarum, minorum*), lo que presenta una diferencia, aunque, por otro lado, produce un cierto acercamiento al esquema de la curatela surgido de la reforma legislativa analizada.

3.- La Ley 8/2021 elimina las nociones de incapacitación y de modificación de la capacidad, dado que la capacidad es considerada una condición inherente a la persona humana. La cuestión no radica en una mera variación terminológica, sino que representa un verdadero cambio de paradigma: las personas con discapacidad cuentan con capacidad y son titulares del derecho a tomar sus propias decisiones.

En el Derecho romano no existió un procedimiento de incapacitación como tal, lo cual propiciaba una inseguridad jurídica manifiesta⁷⁴, toda vez que la cons-

70 La enfermedad sónica perjudica para todo (D. 50, 16, 113).

71 Enzo Nardi, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 4 y ss.

72 Charles R. Whittaker, “El pobre”, AA.VV. (Andrea Giardina), *El hombre romano*, Alianza Editorial, Madrid, 1991, pp. 331 y ss.

73 Santiago Castán Pérez-Gómez, *ob. cit.*, 2019, pp. 111; 223 y ss.

74 Santiago Castán Pérez-Gómez, *Ibid.*, 2019, p. 160.

titución de esta nueva situación jurídica quedaba a expensas de los familiares del incapacitado, quienes, por su propia voluntad y tras detectar el motivo que pudiera ser causa de minusvalía jurídica (*cura furiosi, cura prodigii*)⁷⁵, determinaban la incapacitación automáticamente –*ipso iure*– de la persona en cuestión y, por ende, la sujeción a la curatela de los agnados y gentiles⁷⁶, posteriormente de los cognados. Es decir, al no existir un procedimiento judicial para establecer la incapacidad, no se precisaba de una decisión judicial al efecto, razón por la cual, un enfermo quedaba sometido a curatela desde el mismo momento en que la enfermedad se manifestara –*ab origine* o sobrevenidamente–, toda vez que tal persona era considerada incapaz, *ipso iure*, automáticamente, y se le adjudicaba un curador.

No obstante el refuerzo progresivo de las medidas de vigilancia sobre los curadores, lo cierto es que la intervención del *praetor* en este proceso se reducía a los supuestos en los que los llamados por la ley –*curatores honorarii*⁷⁷– a ejercer la curatela (curatela legítima) no la ejercían, a lo que habría que añadir al respecto la escasa relevancia que durante mucho tiempo representó en Roma la exigencia de una mínima verificación médica contrastada para acreditar la concurrencia de la circunstancia susceptible de originar la sujeción a curatela.

4.- La reforma del Código civil, fruto de la Ley 8/2021 sobre discapacidad, distingue dos tipos de curatela⁷⁸: asistencial, regla general, la medida de apoyo para quienes precisan apoyo de un modo continuado, cuya extensión vendrá delimitada por la correspondiente resolución judicial, en consonancia con la situación y las circunstancias concurrentes en la persona con discapacidad y sus necesidades de contar con medidas de apoyo; y representativa, situación excepcional, reservada para los casos de las personas con discapacidad que no puedan decidir por sí mismas, supuesto en el cual la autoridad judicial determinará, mediante resolución judicial motivada, los actos en los que el curador requerirá de la

75 A diferencia de los casos de discapacidad sensorial y cognitiva, en los que no es frecuente hallar en las fuentes jurídicas romanas aspectos relacionados con el nombramiento de curadores, en el supuesto de la *cura debiliū personarum* (D. 27, 10, 2; 26, 5, 12) eran los pretores, más tarde los gobernadores y otros funcionarios imperiales, quienes procedían a nombrarles un curador, siguiendo el procedimiento utilizado al efecto para el nombramiento del *curator minorum*. En este sentido, Max Kaser, *Roman Private Law*, University of South Africa, 1984, p. 328.

76 Tabla V, 7a.

77 D. 27, 10, 13.

78 Artículo 269 del Código Civil. Nos remitimos al comentario del mencionado precepto invocado en páginas anteriores.

correspondiente autorización judicial, extensible esta también a aquellos actos de especial transcendencia personal, patrimonial o familiar para el discapacitado⁷⁹.

En el Derecho romano, por su lado, entre las diferencias que presentaba la curatela con relación a la tutela destacaba el carácter representativo de aquella frente al asistencial de esta.

En efecto, la función del tutor consistía en asistir al pupilo en todos los actos y negocios jurídicos en los que este último debiera manifestar su voluntad, autorizando con ello tales actos –*auctoritas tutoris*– sin cuya interposición serían nulos, de tal manera que, por su través, la voluntad del pupilo resultaba integrada⁸⁰ en los actos y negocios jurídicos efectuados.

Sin embargo, el *curator* representaba los intereses del representado, gestionando sus negocios –*negotiorum gestio*–, de tal guisa que este no debía prestar el consentimiento en el negocio del que se tratara, por ser representado a cargo del *curator*⁸¹, razón por la cual el contenido y esencia de la curatela romana encajaba mejor en cuanto al objetivo de atender y proteger los derechos de las personas con discapacidad.

5.- La nueva Ley 8/2021, del mismo modo que la regulación anterior aunque con un procedimiento distinto, establece que el nombramiento de curador solo puede ser judicial, si bien introduce la gran novedad, como regla general, de que el curador será el elegido por la persona con discapacidad⁸², siempre que cumpla los requisitos del artículo 275 del Código civil, en atención al respeto de la voluntad y preferencias de la persona precisada de apoyos, uno de los principios sobre los que descansa la reforma legislativa abordada.

Surge, así, la denominada autocuratela como modalidad prioritaria de constitución de la curatela, una medida de autoprotección como expresión máxima de la autonomía individual⁸³, toda vez que las disposiciones voluntarias del cons-

79 Artículo 287 del Código Civil. Nos remitimos al comentario del mencionado precepto invocado en páginas anteriores.

80 Siro Solazzi, “Tutela”, *Novissimo Digesto Italiano* (NNDI), vol. XIX, Torino, 1973, p. 915.

81 D. 47, 2, 57, 4.

82 María del Carmen González León, “Comentario a los artículos 271-274 del Código Civil”, AA.VV., *Ibid.*, 2022, pp. 355 y ss.; Julia Ammerman Yebra, “Comentario al artículo 276 del Código Civil”, AA.VV., *Ibid.*, 2022, pp. 395 y ss.

83 Cristóbal Francisco Fábrega Ruiz, “Breves notas sobre la reforma del proceso de protección de personas con discapacidad en el Proyecto de Ley por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad”, AA.VV. (dir. Pedro Antonio Munar Bernat), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, p. 309; María Eugenia Torres Costas, *La capa-*

tituyente, en principio, vinculan al juez, quien las suplirá o complementará en el caso de resultar insuficientes o no ajustarse a la voluntad del interesado ante una alteración grave de las causas o circunstancias que motivaron su constitución.

Se mantienen en la reforma las modalidades de curatela dativa, a instancias de la autoridad judicial no existiendo la testamentaria ni la legítima; curatela testamentaria, en virtud de una disposición testamentaria realizada por el testador; y curatela legítima, a falta de la testamentaria, siguiendo el orden que la ley establece. Todas estas modalidades resultan supletorias de la autocuratela.

El Derecho romano, por su lado, contempló inicialmente dos modalidades de constitución de la curatela: la legal, impuesta por ley⁸⁴; y la dativa⁸⁵, en defecto de la anterior, decretada por el magistrado. No existiría, en un principio, la tutela testamentaria, si bien la que hubiera dispuesto el padre en su testamento respecto de su hijo demente⁸⁶ podía ser confirmada por parte del pretor. En la época del emperador Justiniano⁸⁷ solo sobrevivieron la curatela testamentaria y la dativa.

Evidentemente, el Derecho romano no atisbó ni planteó la denominada autocuratela, puesto que la única tutela de origen voluntario admitida fue la testamentaria.

6.- La Ley 8/2021 incluye dentro de las medidas de apoyo los poderes y mandatos preventivos⁸⁸, verdaderos instrumentos jurídicos de designación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Su reconocimiento legal proviene de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección del patrimonio de las personas con discapacidad, que modificó el artículo 1732 del Código civil, en cuya virtud el mandato subsistía no obstante la incapacitación del mandante en el caso de que en el mismo así se hubiera establecido o se hubiera constituido precisamente para el caso de incapacitación del mandante, una vez apreciada conforme a lo dispuesto por este. A través de un instrumento de tal naturaleza, una persona plenamente capaz podía adoptar previsiones necesarias para el caso de perder su capacidad, facultando a otra u

ciudad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Privado, Madrid, 2020, pp. 265, 266.

84 Tabla V, 7a (XII Tablas).

85 D. 27, 10, 13.

86 D. 26, 3, 1, 3; 27, 10, 16.

87 *Institutiones* 1, 23, 1 y 3.

88 María Jesús Moro Almaraz, “Comentario a los artículos 256 y ss. del Código Civil”, *Ibid.*, 2022, pp. 269 y ss.

otras personas para realizar actos jurídicos que produjeran efectos en su persona y patrimonio dentro de los límites establecidos y en la forma señalada⁸⁹.

Con estos precedentes legislativos, la Ley 8/2021 presenta un nuevo escenario para los poderes y mandatos preventivos⁹⁰, toda vez que todas las personas cuentan con plena capacidad jurídica; se ha eliminado la incapacitación de las personas; se reconocen las medidas de apoyo para las personas con discapacidad cuando lo precisen en el ejercicio de su capacidad jurídica; y es posible establecer medidas de apoyo voluntariamente, entre las cuales se reconocen expresamente los poderes y mandatos preventivos.

Por lo que respecta al Derecho romano, el poder preventivo chocaría abierta y frontalmente con la esencia del contrato de mandato, dado su carácter personalísimo y basado en la noción de confianza. En efecto, cuando se señalan las causas de extinción del mandato se incluyen la renuncia del mandatario⁹¹, la revocación por parte del mandante⁹², muerte del mandante o mandatario⁹³. No se habla de la incapacidad (interdicción) del mandante ni del mandatario como causa de extinción del mandato, si bien, si partimos de la idea del carácter *intuitu personae* del mandato y tomamos como referencia que la *capitis deminutio* (máxima, media y mínima) del pupilo supone la extinción de la tutela⁹⁴, podemos colegir que cualquier modalidad de incapacidad sobrevenida del mandante, sea provocada por la *capitis deminutio* (mínima, media o máxima), o bien por una causa que motive la sujeción a curatela por motivo de discapacidad física o psíquica, debería producir la extinción del mandato.

De hecho, esta fue la solución adoptada por el Código civil español en su versión inicial, que se mantuvo vigente hasta su reforma de 1984, de tal manera que se incluyó como causa de extinción del mandato, entre otras, la incapacitación del mandante, causal que se reincorporó tras la reforma de 2003 en caso de incapacitación sobrevenida del mandante, a no ser que el mandato hubiera dispuesto su continuación o se hubiera conferido específicamente el mandato para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por este.

89 Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez, “Comparecencia de una persona con discapacidad ante el notario”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año IX, n° 36, p. 20.

90 María Jesús Moro Almaraz, “Comentario al artículo 256 del Código Civil”, *Ibid.*, 2022, p. 272.

91 D. 17, 1, 22, 11; *Institutiones* 3, 26, 11.

92 *Institutiones* 3, 26, 9; D. 17, 1, 26.

93 *Institutiones* 3, 26, 10; D. 17, 1, 27, 3.

94 *Institutiones* 1, 23, 4.

7.- El Derecho romano consideraba pródigo a quien no era capaz de controlar el tiempo y límite de sus gastos⁹⁵, lo que le ocasionaba la ruina de su patrimonio al dilapidar y malgastar sus bienes, situación que propiciaba el nombramiento de un curador para proteger a sus herederos o persona a su cargo, así como también para preservar al mismo pródigo, cuya conducta resultaba equiparable a la del *furiosus*, al ser considerados ambos carentes de voluntad⁹⁶.

Precisamente y, siguiendo la estela e influencia del Derecho romano, la curatela estuvo regulada por primera vez en el Código civil español de 1889 y fue reputada como una causa de incapacitación⁹⁷, tratando con ello de proteger los derechos económicos del grupo familiar –herederos forzosos– en detrimento de la libertad personal del dilapidador⁹⁸, atendiendo al criterio de la estabilidad patrimonial en aras de su acumulación y preservación⁹⁹.

En 1983 se reforma el Código civil en esta materia y la prodigalidad se convierte en un instrumento orientado a la defensa de los intereses de terceros, cuando exista un deber de alimentos con relación a ellos: en efecto y, a diferencia de la redacción originaria del Código civil que mantenía la influencia romana y protegía los intereses de los herederos forzosos, la reforma de 1983 evidencia la finalidad de proteger el sustento de los familiares más allegados ante conductas que ponen en peligro su patrimonio y, por ende, pueden poner en riesgo incluso el cumplimiento de su obligación de alimentos¹⁰⁰, a lo que había que añadir que nadie podía ser incapacitado si no era por la concurrencia de una deficiencia física o psíquica que le impidiera gobernarse por sí mismo, con lo cual la prodigalidad deja de ser subsumible en el artículo 200 del Código, ya que sólo lo sería en el supuesto en el que la conducta despilfarradora obedeciese a “enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona go-

95 D. 27, 10, 1 pr.

96 D. 26, 5, 12, 2; 50, 17, 40.

97 Sección 3ª, capítulo III, título IX: el artículo 221 establecía que “*La declaración de prodigalidad debe hacerse en juicio contradictorio y la sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado [...]*” y el artículo 222 determinaba que “*Sólo pueden pedir la declaración [...] el cónyuge y los herederos forzosos del pródigo, y por excepción, el Ministerio Fiscal, por sí o a instancia de algún pariente de aquéllos, cuando sean menores o incapacitados*”.

98 Xavier O’Callaghan Muñoz, “La prodigalidad como institución de protección a la legítima”, *Revista de Derecho Privado*, Vol. 62, nº4, 1978, p. 258.

99 Luis Díez-Picazo y Ponce de León, “Comentarios al artículo 199 del Código civil”, AA.VV. (coords. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano; Manuel Amorós Guardiola), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 180.

100 Luis Díez-Picazo y Ponce de León, “Artículo 1387”, AA.VV. (coords. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano; Manuel Amorós Guardiola), *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1775.

berarse por sí misma”, tal como rezaba en su redacción de 1983, que permaneció vigente hasta la reforma de la Ley 8/2021.

Así, tras la reforma de 1983, el pródigo pasa a estar sujeto a curatela (artículo 286, 3 del Código civil) y no a tutela como lo estaba con la redacción original de 1889.

Aun cuando en la práctica la declaración de prodigalidad no era frecuente, lo cierto es que con miras a la reforma legislativa nacional de adaptación a la Convención de Nueva York, se planteó “mantener la prodigalidad, al margen del sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica y conectada solamente a la percepción de los alimentos a cargo del presunto pródigo”¹⁰¹, del mismo modo que se planteó eliminar la asistencia al pródigo cuando su conducta no lo hiciera realmente necesario y, en este sentido, surge en 2020 una propuesta tendente a conservar la prodigalidad en el proyecto de la futura Ley 8/2021. Sin embargo, en el recorrido de su tramitación parlamentaria, se suprime finalmente la institución jurídica de la prodigalidad, pues se buscan “otras fórmulas mucho menos intrusivas de la libertad personal para garantizar las responsabilidades familiares”¹⁰², de tal manera que los familiares tendrán que buscar otros instrumentos menos intrusivos en la libertad personal del pródigo para garantizar su solvencia (ya mediante las medidas de apoyo voluntarias, ya mediante la curatela judicial). Todo ello a los fines de “no restringir indebidamente las facultades positivas y de capacidad de obrar de la persona afectada”¹⁰³.

La nueva Ley 8/2021 elimina la prodigalidad como institución jurídica autónoma¹⁰⁴, no sólo para reforzar la autonomía personal del discapacitado, que podría ver así invadida su esfera privada de mantenerse esta institución jurídi-

101 Al respecto, Sentencia del Tribunal Supremo español, de 23 diciembre 1997 (ROJ 8902/1997).

102 Enmiendas nº 317 del Grupo Parlamentario Plural y nº 472 del Grupo Parlamentario Republicano. También solicitaban la supresión de la prodigalidad las enmiendas nº 118 del Grupo Parlamentario de Ciudadanos y nº 385 del Grupo Parlamentario Popular.

103 Intervención del parlamentario Ribot Igualada, en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* nº 185, de 20 de octubre de 2020, p. 33.

104 Así se establece en el Preámbulo de la Ley 8/2021: “se suprime la prodigalidad como institución autónoma, dado que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma”, y se confirma en la nueva redacción del artículo 756 de la LEC cuando señala que “queda derogada toda regulación de la prodigalidad contenida en cualquier norma del ordenamiento jurídico”. Al respecto, Francisco José Sosprenda Navas, “Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad”, *Aranzadi digital. Estudios y comentarios*, nº1, 2021: Disponible: <https://insignis.aranzadidigital.es> (consultado con fecha 25/02/2023).

ca, sino también porque las necesidades de apoyo que precisan estas personas encuentran mejor encaje actualmente en el nuevo régimen de curatela o de las medidas de apoyo voluntarias previstas por la nueva legislación.

Señaladas, pues, algunas diferencias entre la Ley 8/2021 y el Derecho romano, ello no es óbice para que también podamos encontrar algunas similitudes, un ejercicio intelectual que permite constatar nuestra hipótesis de trabajo, cual es poner en evidencia la presencia del Derecho romano en nuestros días, por supuesto no en calidad de un derecho positivo vigente, sino más bien como un derecho vivo inoculado en la esencia de los ordenamientos jurídicos actuales de la familia romanística del derecho. Por ello, conforme a este argumento, podemos detectar las siguientes huellas romanas en la reciente reforma legislativa sobre la discapacidad (Ley 8/2021):

1.- El Derecho romano postclásico considera la tutela y la curatela como un cargo personal, esto es, un deber (*officium, munus*)¹⁰⁵, que por ser de naturaleza pública (*munus publicum*)¹⁰⁶, estaba sujeto a controles públicos¹⁰⁷, cuyo ejercicio generaba responsabilidad en su desempeño¹⁰⁸. Ello explicaría la obligatoriedad de aceptar el cargo por parte del tutor o curador, a menos que concurrieran excusas justificadas para ello¹⁰⁹.

Del mismo modo, la Ley 8/2021, al igual que la legislación precedente sobre la materia, confirma que el ejercicio de las funciones correspondientes a la tutela y la curatela constituyen un deber¹¹⁰, de tal manera que solo cabrá excusarse de su ejercicio en los supuestos legalmente establecidos¹¹¹, teniendo en cuenta, sin embargo, que “no concurrirá causa de excusa cuando el desempeño de los apoyos haya sido encomendado a entidad pública”¹¹².

105 D. 50, 4, 1, 4.

106 *Institutiones* 1, 25 pr.

107 Así lo establecen los artículos 270 y 290 del Código civil. Al respecto, Pedro Antonio Munar Bernat, “Comentario a los artículos 270 y 290 del Código civil”, A.VV., *Ibid.*, 2022, pp. 351-354; 447-449.

108 XII Tablas (VIII, 20a); *Institutiones Gai* 1, 182; D. 27, 3;

109 *Institutiones* 1, 25, 1-26.

110 Artículo 200 del Código civil: “Las funciones tutelares constituyen un deber, ...”; Artículo 279, 4 del Código civil: “Mientras la autoridad resuelva acerca de la excusa, el nombrado estará obligado a ejercer su función ...”.

111 Artículo 223 del Código civil: “Las causas y procedimientos de excusa de la tutela serán los mismos que los establecidos para la curatela ...”, razón por la cual se aplicará a la tutela lo previsto sobre excusas en sede de curatela (artículos 279-281 del Código civil).

112 Artículo 281 *in fine* del Código civil.

2.- La tutela en Roma se aplica a los impúberes no sujetos a la patria potestas¹¹³ y a las mujeres *sui iuris*¹¹⁴ no sujetas a la patria potestas del paterfamilias, o a la *manus* del esposo. En consecuencia, no existió en Roma la tutela de los incapacitados.

La Ley 8/2021 extirpa la incapacitación de la persona como causa de restricción de su capacidad de obrar, de tal manera que, a diferencia de lo que sucedía en la legislación anterior, ya no existe la tutela de los incapacitados, puesto que la tutela queda reducida a los supuestos de los menores no emancipados¹¹⁵, bien en situación de desamparo, bien no sujetos a patria potestad.

En consecuencia, en este aspecto, si bien por razones indirectas, como son la desaparición de la incapacitación y el establecimiento como referencia de la curatela como medida de apoyo, la tutela actual y la romana convergen parcialmente en cuanto a su ámbito de actuación, pues no aplican para los incapacitados.

3.- La regulación de la tutela posterior a la Ley 8/2021 se circunscribe a los menores no emancipados, no sujetos a patria potestad o en situación de desamparo, lo que nos ubica en un plano similar a lo previsto en el Derecho romano en cuanto a su ámbito de aplicación en cuanto a los impúberes (tutela *impuberum*), que por su edad no podían defenderse espontáneamente¹¹⁶, sin que podamos obviar, por descontado, la otra modalidad de tutela motivada por razón de sexo (tutela *mulierum*), actualmente inexistente.

También en este ámbito, por las razones indirectas mencionadas en el numeral anterior (desaparición de la incapacitación; establecimiento referencial de la curatela como medida de apoyo), podemos concluir que la tutela actual y la romana convergen y se aproximan en cuanto a su ámbito en función de la edad del pupilo (impúberes y menores no emancipados, respectivamente).

Tal novedad nos presenta una diferencia llamativa con la legislación anterior¹¹⁷, en la que la tutela recaía sobre: los menores no emancipados que no estuvieran sujetos a patria potestad; los menores en situación de desamparo; los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar esta, de no proceder la curatela; y los incapacitados cuando la sentencia así lo hubiera establecido.

4.- La curatela asistencial constituye la medida de apoyo más habitual tras la Ley 8/2021, de tal manera que el curador asiste y acompaña al discapacitado en

113 D. 26, 1, 1; *Institutiones* 1, 13, 1.

114 *Institutiones Gai* 1, 115; 1, 145; 1, 148; 1, 150; 1, 157.

115 Artículo 199 del Código civil.

116 D. 26, 1, 1; *Institutiones* 1, 13, 1.

117 Artículo 222 del Código civil en la versión anterior a la Ley 8/2021.

la toma de decisiones conforme a sus deseos y preferencias. Con ello se produce una aproximación a la concepción de la curatela romana, concretamente y por su ámbito de actuación en su modalidad *cura debilium*, en cuya virtud el *curator* presta su asistencia –*negotiorum gestio*–, sin que su actuación incluya la administración de los bienes del sujeto a curatela.

Prueba de lo afirmado anteriormente es que, a la regla general, se aplica la excepción de la curatela representativa, en cuyo caso su configuración conecta más con el modelo previsto para la tutela de los incapacitados en el régimen jurídico anterior a la Ley 8/2021, no asimilable al ámbito de la tutela romana en cualquiera de sus modalidades (tutela *impuberum* y tutela *mulierum*).

5.- Gran parte del régimen jurídico actual de la tutela se corresponde con el régimen jurídico de la tutela romana, con las debidas adaptaciones y actualizaciones: noción y concepto de la institución; sujetos de la tutela (tutor, pupilo); finalidad tuitiva; constitución de la tutela y clases en función de la misma (testamentaria, legítima, dativa); capacidad para ser tutor, causas de inhabilidad; delación y nombramiento del tutor; funciones del tutor (*negotiorum gestio*, *auctoritas interpositio*); derechos y obligaciones del tutor (representar al pupilo, prestar caución, elaborar inventario, velar por el pupilo, solicitar autorización judicial, rendir cuentas, reintegrar bienes al pupilo, indemnizar los daños ocasionados); excusas para ser tutor; remoción del cargo; extinción de la tutela.

6.- Sería extensible también lo afirmado, *mutatis mutandis*, respecto del régimen jurídico de la curatela actual en relación con la curatela romana: noción y concepto de la institución; sujetos de la curatela (curador, sujeto a curatela); finalidad tuitiva; constitución de la curatela y clases en función de la misma (testamentaria, legítima, dativa); capacidad para ser curador, causas de inhabilidad; delación y nombramiento del curador; funciones del curador (*negotiorum gestio*); derechos y obligaciones del curador (asistir, prestar fianza, elaborar inventario, velar por el pupilo, solicitar autorización judicial, rendir cuentas, reintegrar bienes al sujeto a curatela, indemnizar los daños ocasionados); excusas para ser curador; remoción del cargo; extinción de la curatela.

7.- En la Ley 8/2021, la tutela mantiene un carácter subsidiario respecto de la patria potestad (artículo 199, 2º del Código civil), del mismo modo que es subsidiaria la curatela respecto de cualquier medida de apoyo voluntaria, a la vez que es supletoria, en la medida que la autoridad judicial la constituirá mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad, a tenor de lo previsto en el artículo 269 del Código civil¹¹⁸.

118 Carlos Lasarte Álvarez, *ob. cit.*, 2021, pp. 218, 219.

A su vez y, dado su ámbito de aplicación, la tutela presenta un carácter temporal hasta que se produzca la emancipación del menor, temporalidad que también es predicable de la curatela, puesto que es siempre revisable periódicamente¹¹⁹, incluso de oficio, dada la naturaleza dinámica de la discapacidad¹²⁰, susceptible de evolución, raramente lineal, sujeta a retrocesos y avances continuos.

El Derecho romano asumió también la subsidiariedad de la tutela respecto de la patria potestas (tutela *impuberum*), así como de la patria potestas y de la *manus* (tutela *mulierum*), nota también predicable de la curatela, por resultar aplicable en defecto de sujeción a la patria potestas¹²¹ o a la tutela¹²².

8.- Aun cuando la Ley 8/2021 suprime la prodigalidad como institución jurídica autónoma, lo cual representa una notable diferencia con su tratamiento y reconocimiento en el Derecho romano, podemos señalar, sin embargo, que en la actualidad la situación de una persona que pudiera perfilarse con un comportamiento tradicionalmente sujeto a prodigalidad podría tener respuesta, al margen de las posibles medidas de apoyo voluntarias, a través de la institución jurídica de la curatela configurada según el modelo adoptado en la nueva legislación reguladora de la discapacidad (Ley 8/2021).

5. Encaje del ordenamiento jurídico venezolano a la luz de la Convención de Nueva York: situación actual y perspectivas de futuro

Tal como se ha señalado anteriormente, aprobada la Convención de Nueva York el 13 de diciembre de 2006, se somete a la ratificación de los Estados miembros. En el caso de Venezuela se produce la ratificación a través de la Ley aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial N° 39.236, de fecha 6 de agosto de 2009.

A partir de aquí, se iniciaría un período de adaptación de la normativa interna al Convenio, en el que merece destacar, por un lado, las Observaciones finales sobre el informe inicial de la República Bolivariana de Venezuela, emitido por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones

119 Pedro Antonio Munar Bernat, *ob. cit.*, 2022, pp. 338-341.

120 Ximena Ortega, “Ética clínica: necesidades de las personas con discapacidad intelectual y/o trastorno mental”, AA.VV., *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*, Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols i Lucas 39, 2016, p. 79.

121 XII Tablas (V, 7a).

122 D. 26, 1, 3 pr.

Unidas en su 26º periodo de sesiones de 7 a 25 de marzo de 2022¹²³, que presenta aspectos positivos, a la vez que motivos de preocupación y recomendaciones; y, por otro, la reciente Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad de junio de 2024, que representa una modificación de la Ley para las Personas con Discapacidad de 2007, pero que no resulta enteramente satisfactoria, al no incorporar ni los basamentos ni el espíritu de la Convención de 2006, suscrita y ratificada por Venezuela.

De ahí que la situación actual, no obstante, la promulgación de la reciente Ley de 2024 constituye *mutatis mutandis* el boceto de una página web en construcción, en la media que, tal como podremos comprobar de seguidas, todavía queda la tarea pendiente e inexcusable de llevar a cabo la adaptación del ordenamiento jurídico venezolano en su conjunto a los nuevos lineamientos de la Convención sobre la Discapacidad de 2006.

5.1. Prevalencia de la Convención a la luz del artículo 23 de la CRBV

Suscrita y ratificada por el Estado venezolano la CIDPD de 2006, a tenor del artículo 23 de la CRBV, integra el ordenamiento jurídico venezolano. Sin entrar a debatir sobre el pretendido carácter supraconstitucional o no de las normas internacionales sobre derechos humanos, lo cierto es que, una vez suscrita y ratificada por Venezuela la CIDPD, y dado que esta aborda y desarrolla derechos fundamentales de una manera más garantista que el ordenamiento jurídico venezolano, sus normas adquieren rango constitucional y prevalecen en su aplicación a las normas internas con un contenido menos favorable al presentado por las propias de la Convención. En su virtud, se detecta en una primera aproximación un neto contraste entre la noción de capacidad jurídica plasmada en la CIDPD y la sostenida en el Código civil venezolano, todavía anclado en la tradicional bifurcación dual que distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, en clara manifestación de dos modelos diferenciados sobre el tratamiento de la discapacidad, esto es, el modelo social versus el modelo médico o terapéutico. Tal situación contradictoria arroja, a nuestro juicio, una clara y meridiana solución: hasta tanto se produzca una reforma en profundidad del ordenamiento jurídico venezolano cónsona con los lineamientos de la Convención, será esta la que prevalezca y se aplique en la reinterpretación de las normas internas, toda vez que las normas de esta Convención reguladora de derechos fundamentales resultan investidas de un rango constitucional que alcanza a desplazar el ordenamiento

123 Disponible: https://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrkgJxvhgxoadc4zAG_wt.;_ylu=Y29sbwMEcG9zAzIEdnRpZAMEc2VjA3Ny/RV=2/RE=1745680111/RO=10/RU=https%3a%2f%2fwww.ohchr.org%2fes%2fdocuments%2fconcluding-observations%2fcrpdconco1-committee-rights-persons-disabilities-concluding/RK=2/RS=iAUwZhTu6M6iTSHz2foYGY2zvOE- (consultado con fecha 26/04/2025).

jurídico interno, incluso la propia Constitución nacional, cuando sus preceptos se opongan o menoscaben el contenido y espíritu de la CIDPD.

5.2. La Declaración del Estado venezolano sobre el artículo 12 de la Convención sobre Discapacidad

Asunto vidrioso y no exento de polémica es el correspondiente a la Declaración del Estado venezolano sobre el artículo 12 de la CIDPD al sostener que “en caso de conflicto entre el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención y cualquier disposición de la legislación venezolana, se aplicarán las disposiciones que garanticen la mayor protección jurídica a las personas con discapacidad, asegurando su bienestar y desarrollo integral, sin discriminación alguna”¹²⁴.

Por la literalidad del Tratado no puede entenderse como una reserva al mismo (artículo 46 CIDPD) y resulta difícilmente sostenible no solo la emisión inicial de esta declaración, sino también su mantenimiento todavía en el tiempo, más aún cuando en ningún caso de conflicto entre la legislación venezolana y las normas de la CIDPD la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico venezolano resultará más favorable para las personas con discapacidad que las correlativas del instrumento internacional. Sirva de ejemplo al respecto el caso de México, que también efectuó en su momento una declaración en el mismo sentido que Venezuela al artículo 12 de la Convención, si bien fue retirada más tarde.

5.3. Necesaria adecuación del Derecho venezolano al espíritu y tenor del Convención de Nueva York sobre la discapacidad

A partir de lo señalado con antelación y evidenciada la estrechez de miras que caracteriza a la nueva Ley Orgánica venezolana sobre la discapacidad de 2024, que trata de maquillar y pulir en algunos aspectos la precedente de 2007, podemos concluir que el nuevo texto legislativo no ha logrado colmar las expectativas generadas sobre su concordancia con el contenido, completitud y espíritu reflejados en la Convención de 2006.

Así las cosas, se detecta con nitidez que la Ley 2024 no solo adolece del cumplimiento como Estado parte de la Convención de su obligación de adaptar su ordenamiento interno a esta, sino que apenas cubre las necesidades requeridas en el momento actual, toda vez que omite contenidos, al mismo tiempo que prescinde de los nuevos instrumentos jurídicos que el texto de la Convención brinda y propone. En consecuencia, o estas deficiencias se incluyen en una futura reforma de la nueva Ley, o bien urge con carácter apremiante la necesidad de reformar en su conjunto el ordenamiento jurídico siguiendo, por ejemplo, el modelo español

124 Disponible: <https://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/parties/remarks/VE/258> (consultado con fecha 26/04/2025).

cimentado a través de la Ley 8/2021, que permitiría reformar en profundidad el Código civil y otras leyes.

En efecto, no basta con meras declaraciones programáticas como las incorporadas en la nueva Ley de 2024, sino que la reforma pendiente por consumir tendente a la modificación del Código civil amén de otros cuerpos legales, debería abordar, a nuestro juicio, los siguientes aspectos capitales:

- Capacidad: La Convención diluye hasta su desaparición el binomio capacidad jurídica/capacidad de obrar en lo atinente a la discapacidad, binomio que seguiría vigente respecto a la modificación de la capacidad jurídica por razón de edad. Del mismo modo queda desterrado el proceso de incapacitación o interdicción de una persona, así como la tutela del incapacitado, puesto que la institución tutelar queda restringida para los menores de edad y en casos de desamparo, de tal manera que en sede de discapacidad la curatela se catapulta como institución jurídica esencial, sea en su modalidad asistencial o representativa.

- Medidas de apoyo: A los fines de que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos según sus voluntad, deseos y preferencias, la implantación de las medidas de apoyo se torna una cuestión imprescindible, ya con carácter voluntario y preferencial (mandato preventivo y autocuratela), ya informal (guarda de hecho) o formal (curatela asistencial o representativa, con una nueva dimensión al sustituir a la tutela del sistema anterior como medida de apoyo continuada), bien ocasional (defensor judicial), bien de corte administrativo, en caso de urgencia sin guarda de hecho, a modo de apoyo provisional.

- Garantías: En aras de proteger los intereses de las personas discapacitadas el establecimiento de las medidas de apoyo en el ejercicio de sus derechos conlleva la necesidad de establecer las garantías suficientes y adecuadas para evitar posibles abusos, distorsiones y conflictos de intereses. A tal efecto, dichas garantías deben ser lo más efectivas posibles, a la vez que siempre temporales por el tiempo estrictamente necesario. Es decir, unas garantías que resulten imprescindibles, revisables, modulables y mutables, en todo caso proporcionales a la situación de la que se trate en tiempo real. Evidentemente, cuando estemos en presencia de una curatela representativa las garantías deberán extremarse en cuanto a la presentación de informes periódicos, rendición de cuentas y autorización de actos dispositivos concierne.

- Derecho procesal: Desaparecido el procedimiento de incapacitación, corresponde revisar los procedimientos destinados a proporcionar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para que puedan ejercer sus derechos conforme a su voluntad, deseos y preferencias, complementados con las garantías necesarias. Evidentemente, los procedimientos diseñados al efecto deberán respetar los de-

rechos y garantías procesales fundamentales, principalmente el acceso universal a la justicia.

- Derecho de la persona: Aceptando la postura más extensiva del Derecho de la Persona que comprendería bajo su manto los denominados derechos de la personalidad¹²⁵; y dado el cambio de paradigma operado con carácter vertebral con motivo de la CIDPD, en cuya virtud las personas con discapacidad no solo cuentan con capacidad jurídica, sino que pueden ejercer todos los derechos en condiciones de igualdad al resto de las personas, podemos afirmar que las personas con discapacidad, ya por sí solos o mediante las oportunas medidas de apoyo, podrán ejercer derechos y cumplir deberes en el capítulo de los derechos de la personalidad, tales como por ejemplo: el derecho a la vida; el derecho a la libertad personal; el derecho a la igualdad y no discriminación; el derecho a la salud; el derecho a la integridad corporal y psíquica; el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen; el derecho a la libertad de expresión; el derecho a la libertad de información; el derecho a la protección de datos; el derecho al nombre; el derecho moral de autor; el derecho de reunión; y el derecho de asociación.

- Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad civil extracontractual: Desaparecido el procedimiento de incapacitación, queda sin efecto la incapacidad contractual del entredicho, de tal manera que las personas con discapacidad podrán contratar, según el caso del que se trate, ya por sí solos, ya con las medidas de apoyos establecidas, que podrían llegar al extremo de la curatela representativa constituida judicialmente y acompañada de las garantías necesarias para preservar los intereses del curatelado, en aras de controlar sus propios asuntos económicos, a tenor de lo expresado en el artículo 12,5 de la CIDPD.

- Derecho de familia: En la medida que el artículo 21,1 y 2 de la LOIIDI-PD (2024) reconoce la capacidad para contraer matrimonio y formar uniones estables de hecho a las personas con discapacidad, ya no aplicaría la incapacidad matrimonial para los entredichos por causa de demencia, si bien se mantendría dicha incapacidad para las personas que, en opinión del funcionario competente, carezcan del suficiente juicio para manifestar un consentimiento matrimonial libre y pleno, ya lo sea por sí mismo, o mediante los apoyos no sustitutivos adecuados.

- Derecho de sucesiones: Procede adaptar el Código civil en esta materia a los dictados de la Convención y, por ende, ha de modificarse lo atinente al ejercicio y promoción de la capacidad testamentaria activa en consonancia con el sistema de apoyos que habrá de implementarse a los fines de poder satisfacer la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, todo ello sin menoscabo

125 Ángel Carrasco Perera, (dir), *ob. cit.*, 2023, pp. 66 y 67.

del carácter *intuitu personae* de la *testamenti factio* activa; del mismo modo que también procede modificar la redacción relacionada con el juicio de capacidad que debe efectuar el fedatario público al tiempo de comprobar la capacidad del testador discapacitado.

- Derechos electorales: El artículo 20, 1 y 5 de la Ley de 2024 insta al Estado venezolano a promover tanto el derecho al sufragio pasivo como activo de las personas con discapacidad. En tal sentido, las medidas de apoyo que deben establecerse en la reforma todavía pendiente por consumar deberán atender tales circunstancias, siempre en aras de la prestación de la debida asistencia, que no de la sustitución, dado el carácter personalísimo de estos derechos.

- Derechos laborales: El artículo 32 de la Ley de 2024 consagra el derecho de todas las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás personas, en un trabajo libremente elegido, en un entorno laboral inclusivo y accesible para personas con discapacidad, libre de discriminación, que garantice igualdad de derechos, adecuadas condiciones de selección, contratación y empleo en condiciones de trabajo seguro y saludable. A tal efecto corresponde a los poderes públicos formular políticas, programas, acciones, servicios sobre promoción del empleo, la ocupación, profesionalización, orientación, inserción y reinserción laboral, readaptación profesional y reorientación ocupacional para personas con discapacidad, así como, lo correspondiente a los servicios de orientación laboral, promoción de oportunidades de empleo, emprendimientos, colocación y estabilidad laboral para personas con discapacidad. Si bien el mencionado precepto parece asumir el modelo social en el tratamiento de la discapacidad, más si tenemos en cuenta el artículo 9 de la Ley que insta las obligaciones de la sociedad en lo que a la atención integral de las personas con discapacidad respecta, queda un buen trecho por recorrer, tanto en la adaptación de la legislación laboral a la CIDPD, como en la respuesta ante unos datos que resultan harto preocupantes¹²⁶: el 42,3% de las personas con discapacidad nunca ha trabajado por razones asociadas a su discapacidad; el 73,1% de las personas con discapacidad que nunca ha participado en el mercado laboral venezolano no han alcanzado estudios universitarios, y un 44,4% no ha alcanzado el título de bachillerato; el 88,4% de las personas con discapacidad no conoce algún programa o taller de mejoramiento de sus habilidades o capacidades para el trabajo; y, finalmente, el 42,8% de las personas con discapacidad no posee un trabajo fijo.

126 CONSORVEN, *Informe Anual 2021. Situación de las Personas con Discapacidad en Venezuela*. Información disponible en https://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrkgJy8Aw1o.7MMjSi_.wt.;_ylu=Y29sbwMEcG9zAzYEdnRpZAMec2VjA3Nj/RV=2/RE=1745712188/RO=10/RU=https%3a%2f%2fwww.civilisac.org%2fcivilis%2fwp-content%2fuploads%2fInforme-Anual-2021-Resumen-Ejecutivo..pdf/RK=2/RS=SScj8auUhTo5MF7ksjPDnUZDw9A- (consultado con fecha 26/04/2025).

6. Conclusiones

Del análisis de la cuestión en tiempo real, esto es, la adaptación actual del ordenamiento jurídico interno venezolano y español a la CIDPD, suscrita y ratificada por ambos países, respectivamente en 2009 y 2008, podemos extraer el siguiente corolario:

El Estado español ha consumado, no sin retraso, el proceso de adaptación del ordenamiento jurídico interno a los dictados de la Convención de 2006 mediante una reforma de gran calado, a través de Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica con la modificación, principalmente, el Código civil y otros cuerpos legales conexos (Ley del Notariado, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Jurisdicción Voluntaria, Código de Comercio, Ley Hipotecaria, Ley del Registro Civil).

Sin embargo, el Estado venezolano, aun contando con mimbres anteriores más propicios para ello al contar con una legislación más moderna y progresista (artículo 81 de la CRBV, Ley para las Personas con Discapacidad de 2007), lo cierto es que:

La nueva Ley Orgánica venezolana sobre la discapacidad de 2024 (LOII-DIPD) apenas logra maquillar algunos aspectos de la precedente de 2007 y, en consecuencia, no logra colmar el objetivo de hacer efectiva la necesaria concordancia del ordenamiento jurídico venezolano con el contenido y espíritu de la Convención de 2006.

Así pues, o estas deficiencias se incluyen en una futura reforma de la nueva Ley, o bien urge la reforma en su conjunto del ordenamiento jurídico venezolano, mediante la modificación del Código civil y otras leyes que aborde aspectos tan capitales, entre otros como lo relativo a la capacidad; medidas de apoyo; garantías; derecho procesal; derecho de la persona; derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad civil extracontractual; derecho de familia; derecho de sucesiones; derechos electorales; y derechos laborales.

Respecto a la sombra alargada del Derecho romano en nuestros días, tomando como referencia el tema que nos ocupa de la discapacidad, aportamos las siguientes reflexiones:

1.- Evidentemente, la realidad social actual no es equiparable a la de la época romana (siglos VIII a.C. – V y VI d.C.), como lo demuestra, por ejemplo, el tratamiento jurídico de las instituciones familiares tuitivas de la tutela y la curatela. Ello, no obsta, en nuestra opinión, para comparar el régimen jurídico de la tutela

y de la curatela en época romana con el surgido en los ordenamientos jurídicos internos tras su necesaria adaptación a la CIDPD.

2.- Aplicando el método comparativo, recorreremos sus tres fases¹²⁷: tesis, antítesis y síntesis.

2a) Partimos de la tesis que sostiene que el Derecho romano sigue constituyendo un referente inexcusable en los ordenamientos jurídicos de la familia romanística del derecho. En este sentido, destacamos las similitudes actuales con la tutela y curatela romanas:

a) El carácter de deber del ejercicio de los cargos de tutor y curador; b) No cabe la tutela de los incapacitados/discapacitados; c) Delimitación de la tutela para los menores no emancipados no sujetos a patria potestad o que se hallen en situación de desamparo; d) El establecimiento de la curatela asistencial como medida de apoyo habitual; e) Coincidencia del régimen jurídico de la tutela actual y romana: noción y concepto, sujetos de la tutela, finalidad tuitiva, constitución y clases (testamentaria, legítima, dativa), capacidad para ser tutor, causas de inhabilidad, delación y nombramiento, funciones del tutor, derechos y obligaciones del tutor, excusas, remoción y extinción de la tutela; f) Extensión de lo afirmado, *mutatis mutandis*, al régimen jurídico de la curatela actual y romana; g) Se mantiene hoy el carácter subsidiario de la tutela respecto de la patria potestad, del mismo modo que lo es la curatela respecto de cualquier medida de apoyo voluntaria; h) Se suprime la prodigalidad como institución jurídica autónoma, si bien podría encajar adecuadamente en el ámbito de la curatela configurada en la nueva legislación.

2b) La antítesis de la tesis anterior señala que no podemos pretender establecer una transposición completa y exacta del Derecho romano en la legislación actual. De ahí sus disimilitudes, que reseñamos a continuación:

a) Reconocimiento del principio de igualdad de todas las personas para ejercer su capacidad (no hay distinción jurídica entre las personas en función de su capacidad, ni se distingue entre discapacidad física y mental); b) Establecimiento de un sistema de medidas de apoyo para las personas con discapacidad con el fin de ejercer su capacidad jurídica; c) Supresión del proceso de incapacitación y de modificación de la capacidad; d) Dos modalidades de curatela (asistencial y representativa); e) Reconocimiento de la autocuratela; f) Admisión de los poderes y mandatos preventivos; g) Supresión de la prodigalidad como institución jurídica autónoma limitativa de la capacidad.

127 Konrad Zweigert; Hein Kötz, *Introducción al derecho comparado*, Oxford, University Press, México, 2002, pp. 37 y ss.

2c) Por fin, para concluir, la tesis y la antítesis conducen inexorablemente a una síntesis superadora: sin negar que no podemos proponer una réplica exacta del Derecho romano en la práctica jurídica de nuestros días¹²⁸, ya mediante su actualización, ya por medio de la resurrección del movimiento de la pandectística alemana –neopandectismo–, sin embargo, sí que podemos sostener, a nuestro juicio, que su huella en los ordenamientos jurídicos modernos sigue presente, al haber mantenido hasta hoy una evolución lineal¹²⁹ a través de los diversos reencontros que el ordenamiento jurídico romano ha protagonizado a lo largo de la historia del derecho (el primero, en la época romana desde el siglo VIII a.C. hasta el siglo VI d.C.: *ius civile*, *ius honorarium*, *ius praetorium*, *ius gentium*, *ius novum*, *ius Giustiniani*; el segundo, en la época de los glosadores y posglosadores, entre los siglos XI y XIV; un tercero, en el siglo XIX, merced al movimiento de la pandectística; hasta llegar al cuarto, plenamente vigente, a finales del siglo XX y lo transcurrido del siglo XXI, ante el imponente reto que representan los procesos en marcha de unificación del Derecho)¹³⁰.

Bibliografía

- AA.VV., *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006/2016: una década de vigencia*, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), Madrid, 2016.
- AA.VV. (dir. Cristina Guilarte Martín-Calero), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2021.
- AA. VV. (coords. Rodrigo Bercovitz-Rodríguez-Cano; Manuel Amorós Guardiola), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986.
- AA.VV. (coords. Rodrigo Bercovitz-Rodríguez-Cano; Manuel Amorós Guardiola), *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984.
- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- AA.VV., *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021*, de 2 de junio (dir. José Ramón De Verda y Beamonte; coords. Pedro Chaparro Matamoros; Álvaro Bueno Biot), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 170-173.
- 128 Theodor Mayer-Maly, “Antike Elemente in der allgemeinen Rechtslehre des Decretum Gratiani”, *Richerche Gallo* III, Napoli, 1997, pp. 211-217.
- 129 Armando Torrent Ruiz, *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del Derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*, Edisofer, Madrid, 2007, pp. 331, 332; Antonio Mantello, “Ancora sulle Smanie “romanistiche”. *Labeo* 48 nº 1, 2002, p. 16.
- 130 Armando Torrent Ruiz, “La Pandectística del siglo XIX, último gran andamiaje teórico de los fundamentos del derecho europeo”, *SDHI* nº 81. 2015, p. 479.

- AMMERMAN YEBRA, Julia, “Comentario a los artículos 275-281 del Código Civil”, AA.VV. (dir. María Paz García Rubio; María Jesús Moro Almaraz; coord. Ignacio Varela Castro), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 387 y ss.
- APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, “Disposición Adicional Cuarta del CC”. AA.VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. María Paz García Rubio; M^a Jesús Moro Almaraz; coord. Ignacio Varela Castro), Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2022, pp. 780 y ss.
- BERNAD MAINAR, Rafael, “Ius romanum pragmaticum versus aequitas romana: una versión anticipada del binomio eficiencia/equidad, emblema del análisis económico del Derecho (AED)”, RIDROM [on line], 22-2019, ISSN 1989-1970, pp. 55 y ss.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “El régimen jurídico de la curatela representativa como institución judicial de apoyo de las personas con discapacidad”, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana* n° 17, 2022, pp. 426 y ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel (dir), *Derecho civil. Introducción. Fuentes. Derecho de la Persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad*, Tecnos, Madrid, 2023.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago, *Discapacidad y Derecho romano. Condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua*, Reus, Madrid, 2019.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, María del Carmen, “La protección jurídico-patrimonial del menor y del incapacitado y su antecedente histórico en Derecho romano”, *Revista de Derecho UNED* n° 7, 2010, pp. 121 y ss.
- CONSORVEN, Informe Anual 2021. Situación de las Personas con Discapacidad en Venezuela: Disponible en: https://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrkgJy8Aw1o.7MMjSi_.wt.;_ylu=Y29sbwMEcG9zAzYEdnRpZAMEc2VjA3Ny/RV=2/RE=1745712188/RO=10/RU=https%3a%2f%2fwww.civilisac.org%2fcivilis%2fwp-content%2fuploads%2fInforme-Anual-2021-Resumen-Ejecutivo..pdf/RK=2/RS=SScj8auUhTo5MF7ksJPDnUZDw9A- (consultado con fecha 26/04/2025).
- CORRIPIO GIL-DELGADO, María Reyes, “El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica”, *RCDI* n° 790, 2022, pp. 669 y ss.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.

- DE ASÍS ROIG, Rafael; BARRANCO AVILÉS; María del Carmen; CUENCA GÓMEZ, Patricia; PALACIOS, Agustina, «Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español», Cuencabuena, Paula (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 11-3.
- DE SALAS MURILLO, Sofía, “El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: panorámica general, interrogantes y retos”, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana* nº 17, 2022, pp. 16 y ss.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Comentarios al artículo 199 del Código civil”, AA.VV. (coords. Rodrigo Bercovitz-Cano; Manuel Amorós Guardiola), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, “Breves notas sobre la reforma del proceso de protección de personas con discapacidad en el Proyecto de Ley por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad”, AA.VV. (dir. Pedro Antonio Munar Bernat), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, pp. 303 y ss.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, “Comentario al artículo 250 del Código Civil”, AA.VV. (dir. María Paz García Rubio; María Jesús Moro Almaraz; coord. Ignacio Varela Castro), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 221 y ss.
- GARCÍA RUBIO, María Paz; TORRES COSTAS, María Eugenia, “Comentario al artículo 249 del Código Civil”, AA.VV. (dir. María Paz García Rubio; María Jesús Moro Almaraz; coord. Ignacio Varela Castro), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 207 y ss.
- GARCÍA VÁZQUEZ, Carmen, *Paralelismo y unificación de las funciones de tutor y curator en Derecho romano*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1981.
- GONZÁLEZ LEÓN, María del Carmen, “Comentario a los artículos 271, 272, 273 y 274 del Código civil”, AA.VV. (dir. María Paz García Rubio; María Jesús Moro Almaraz; coord. Ignacio Varela Castro), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 355 y ss.
- Jiménez Buñuales, María Teresa; gonzález DIEGO, Paulino; Martín Moreno, José María, “La clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud (CIF) 2001”, *Revista Española de Salud Pública* vol.76 nº4, Madrid, 2002.

- KASER, Max, *Roman Private Law*, University of South Africa, 1984.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Parte general y derecho de la persona. Principios de Derecho civil I*, 26ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021. ——— “Comparecencia de una persona con discapacidad ante el notario”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año IX, nº 36, pp. 7 y ss.
- MANTELLLO, Antonio, “Ancora sulle Smanie “romanistiche”, *Labeo* 48 nº 1. 2002, pp. 1 y ss.
- MAYER-MALY, Theodor, “Antike Elemente in der allgemeinen Rechtslehre des Decretum Gratiani”, *Richerche Gallo III*. Napoli. 1997, pp. 211-217.
- MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, “La reforma pendiente del código civil en materia de discapacidad”, *Una visión caleidoscópica de la justicia social en los albores del siglo XXI* (coord. Rafael Bernad Mainar; Miguel Ángel Tenas Alós), Colección Koiné nº 3, Ediciones Universidad San Jorge, Villanueva de Gállego, 2020, pp. 33 y ss.
- MORO ALMARAZ, María Jesús, “Comentario al artículo 254 del Código Civil”, AA.VV. (dir. María Paz García Rubio; María Jesús Moro Almaraz; coord. Ignacio Varela Castro), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 257 y 258.
- “Comentario a los artículos 256 y ss. del Código Civil”, AA.VV. (dir. María Paz García Rubio; María Jesús Moro Almaraz; coord. Ignacio Varela Castro), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 269 y ss.
- “Comentario al artículo 276 del Código Civil”, AA.VV. (dir. María Paz García Rubio; María Jesús Moro Almaraz; coord. Ignacio Varela Castro), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 270 y ss.
- MUNAR BERNAT, Pedro Antonio, “Comentario al artículo 268 del Código Civil”, AA.VV. (dir. María Paz García Rubio; María Jesús Moro Almaraz; coord. Ignacio Varela Castro), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 333 y ss.
- “Comentario al artículo 269 del Código Civil”, AA.VV. (dir. María Paz García Rubio; María Jesús Moro Almaraz; coord. Ignacio Varela Castro), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 343 y ss.

- ____ “Comentario al artículo 270 del Código Civil”, AA.VV. (dir. María Paz García Rubio; María Jesús Moro Almaraz; coord. Ignacio Varela Castro), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 351 y ss.
- ____ “Comentario al artículo 287 del Código Civil”, AA.VV. (dir. María Paz García Rubio; María Jesús Moro Almaraz; coord. Ignacio Varela Castro), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 433 y ss.
- ____ “Comentario al artículo 290 del Código Civil”, AA.VV. (dir. María Paz García Rubio; María Jesús Moro Almaraz; coord. Ignacio Varela Castro), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 447-449.
- NARDI, Enzo, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1983.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, “La prodigalidad como institución de protección a la legítima”, *Revista de Derecho Privado*, Vol. 62, nº4, 1978, pp. 253-268.
- ORTEGA, Ximena, “Ética clínica: necesidades de las personas con discapacidad intelectual y/o trastorno mental”, AA.VV. *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*, Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas 39, 2016, pp. 76 y ss.
- PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.
- Palacios, Agustina; Bariffi, Francisco, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección Telefónica Accesible, Ediciones Cinca, Madrid, 2007.
- SCHULZ, Fritz, *Principios de Derecho Romano*, Ariel, Barcelona, 2002.
- SOLAZZI, Siro, “Tutela”, *Novissimo Digesto Italiano* (NNDI), vol. XIX, Torino, 1973, p. 915.
- SOSPREDNA NAVAS, Francisco José, “Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº1, 2021.
- TOOHEY, Peter, “Madness in the Digest”, *Mental Disorders in the Classical World*, W.V. Harris, Leiden-Boston, 2013, pp. 441 y ss.
- TORRENT RUIZ, Armando. *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del Derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*, Edisofer, Madrid, 2007.
- ____ Manual de Derecho privado romano, Edisofer, Madrid, 2008.

- ____ “La Pandectística del siglo XIX, último gran andamiaje teórico de los fundamentos del derecho europeo”, SDHI n° 81, 2015, pp. 469-514.
- TORRES COSTA, María Eugenia, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Privado, Madrid, 2020.
- VARELA CÁCERES, Edison, “La capacidad de ejercicio en las personas con discapacidad en el Derecho venezolano”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, C.A., Caracas, 2024.
- VIARENGO, Gloria, *Studi sulla tutela dei minori*, Giappichelli, Torino, 2015.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada, “La reciente humanización del Derecho Civil español: necesidades y retos en materia de discapacidad”. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia* [online], vol.5, n°14, Universidad de Guadalajara, México, 2020, pp. 191-198.
- WHITTAKER, Charles R, “El pobre”, AA.VV. (A. Giardina). *El hombre romano*, Alianza Editorial, Madrid, 1991, pp. 331 y ss.
- World Health Organization (WHO), Resolución 29.35. International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps, Disponible en <https://www.monografias.com/trabajos902/clasificacion-internacional-discapacidad/clasificacion-internacional-discapacidad2> (consultado con fecha 25/04/2025).
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, *Introducción al derecho comparado*, Oxford, University Press, México. 2002.

La libertad contractual y la Constitución de Venezuela de 1999: balances y perspectivas

Diego Thomás Castagnino¹

Dedicatoria y agradecimientos

Dedico este trabajo al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, con profundo respeto y admiración por su invaluable contribución al desarrollo del pensamiento jurídico venezolano durante estos cincuenta años de labor ininterrumpida. Agradezco sinceramente la gentil invitación para participar en esta obra conmemorativa, que honra la trayectoria de una institución que ha sido faro intelectual, semillero de investigadores y defensora incansable del Estado de Derecho en nuestro país.

Como egresado de esta casa de estudios, me enorgullece poder rendir tributo, desde la reflexión académica, a una escuela de pensamiento que ha formado generaciones de juristas comprometidos con la justicia, el estudio riguroso del derecho y la transformación social desde la razón. Mis felicitaciones al Instituto por su quincuagésimo aniversario, con el deseo de que continúe cultivando el saber jurídico con excelencia, independencia y vocación humanista.

I. Introducción

La libertad contractual constituye uno de los pilares fundamentales del derecho privado moderno. Se trata del principio según el cual las personas, en ejercicio de su autonomía, pueden celebrar acuerdos jurídicamente vinculantes conforme a su voluntad, dentro de los límites que impone el ordenamiento jurí-

1 Doctor en Derecho *Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello - Venezuela (UCAB). Abogado, UCAB. Abogado, Universidad Internacional de La Rioja - España. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario, Universidad de Alcalá - España. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela (UCV). Magíster en Educación Universitaria, Universidad del Istmo - Guatemala. Profesor de pre y postgrado UCV y UCAB. Árbitro del CACCC y del CEDCA. Miembro Fundador y Director General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje, Club Español e Iberoamericano del Arbitraje, Latin American International Arbitration, ALARB y CIArb. Email: diego.castagnino@gmail.com

dico. Esta libertad es expresión de la autonomía de la voluntad, entendida como manifestación de la dignidad humana, la libertad individual y la capacidad de autorregulación en las relaciones patrimoniales. En la tradición jurídica latinoamericana, y particularmente en Venezuela, esta idea ha estado profundamente influenciada por el liberalismo jurídico del siglo XIX, que consagró al contrato como instrumento central de intercambio económico y organización social. Ciertamente señala Morles Hernández que:

[L]a figura del negocio jurídico fue delineada por los iusnaturalistas alemanes hacia finales del siglo XVIII y recogida a continuación por los pandectistas, también después de surgir la escuela histórica, y que la concordancia de pensamiento entre filósofos y juristas se explica porque unos y otros vivieron en uno de los períodos más brillantes del pensamiento humano, cuando florecía la idea de la libertad, que dominó su espíritu y guió sus investigaciones, a base de la normal coincidencia de las doctrinas jurídicas y de la ideología social y política de la misma época².

No es casualidad que Madrid Martínez, al tratar el origen y evolución de la idea de autonomía de la voluntad, refiera expresamente la influencia de la escuela pandectista alemana y el pensamiento liberal económico junto a su influencia en las normas del Código Civil francés. En efecto:

En medio de este panorama, al cual se une el liberalismo económico con su *laissez faire, laissez passer*, «que sostiene que el mejor modo, el más adecuado a la naturaleza, y por lo mismo, el más científico, de organizar la economía en provecho de la sociedad, es permitir el libre juego de la economía privada», nace el Código Civil francés, que entiende al contrato como «*une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*» (artículo 1101), lo cual implica que el contrato es producto de la voluntad³.

Según apunta Alvarado Andrade⁴, Adam Smith sostuvo que “[l]a Administración Pública y el negocio privado son cosas distintas que deben estar separadas”. En tal sentido, “[l]a esfera privada se declara autónoma respecto de la pública”.

2 Alfredo Morles Hernández, “Discurso de orden del Dr. Alfredo Morles Hernández en el acto solemne de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en homenaje al Profesor José Mélich Orsini”, *Cuestiones Jurídicas*, No. 2, 2011. p. 154.

3 Claudia Madrid Martínez, “La libertad contractual en el Código Civil: entre regulaciones, limitaciones y silencios”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, No. 20, 2023, p. 112

4 Jesús María Alvarado Andrade, “Aproximación a la Tensión Constitución y Libertad en Venezuela”, *Revista de Derecho Público*, No. 123, 2010. p. 28.

Sobre los postulados del liberalismo y su adaptación a la sociedad venezolana, Bautista Urbaneja expresó que:

Algunas de las cosas que ocurrían en Venezuela correspondían, a veces en realidad y a veces en apariencia, a ese molde liberal. Había una leída prensa de oposición en 1844; en 1839 usted podía pedir un préstamo con interés libremente pautado entre las partes; mecanismos electorales indirectos eligieron Presidente de la República seis veces entre 1830 y 1857 (...) Pero estaban ausentes los factores que en las sociedades europeas hacían que las ideas liberales predominantes se tradujesen en hechos acordes en lo principal con la intencionalidad propia de esa ideología. Es decir, en hechos cuyos autores hacían y querían hacer lo que según la ideología liberal debían hacer y querer hacer. Me refiero a factores como la existencia de una burguesía fuerte y diversificada, de un Estado con una administración de justicia, una burocracia y un ejército bien constituido⁵.

El principio de autonomía de la voluntad recoge el derecho de las partes de autorregular sus relaciones jurídicas y, en consecuencia, la posibilidad de ejercer el derecho a la libertad contractual. Sin embargo, la libertad contractual, a pesar de permitir a las partes determinar libremente los términos y condiciones de un contrato, no tiene carácter absoluto. Por el contrario, la libertad contractual actúa dentro de ciertos límites, cuyos linderos son definidos, en general, por el respeto a la libertad, intereses y expectativas de los demás⁶. Lo anterior implica observar el ordenamiento jurídico constitucional como referencia indispensable para la determinación del alcance de la libertad contractual y no sólo las limitaciones previstas en el artículo 6 del Código Civil venezolano⁷, lo que supone una tarea de ponderación que debe tender a mantener el delicado equilibrio entre los aspectos constitucionales y los estrictamente civiles.

La evolución del constitucionalismo contemporáneo, especialmente a partir del siglo XX, ha transformado radicalmente la concepción clásica del contrato. La irrupción del Estado social de derecho y la incorporación de principios, valores y derechos fundamentales al texto constitucional han impuesto nuevas coordenadas al ejercicio de la libertad contractual. En este contexto, el contrato ya no puede analizarse exclusivamente desde una lógica civilista o patrimonial, sino que debe ser interpretado a la luz de los principios constitucionales, entre ellos la

5 Diego Bautista Urbaneja, *La idea política de Venezuela 1830-1870*, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2004. pp. 51-52.

6 Manuel De la Puente y Lavalle, *El contrato en general*, Tomo I, Palestra Editores, Lima, 2017. p. 264.

7 Artículo 6 del Código Civil venezolano: “No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”.

justicia, la igualdad material, la solidaridad, la función social de la propiedad y la protección del débil jurídico. La doctrina española ha puesto de manifiesto esta idea al apuntar lo siguiente:

La Constitución ha obligado al Derecho civil a salir de una especie de letargo dogmático e ideológico, que bien pudiera calificarse de autocomplacencia en la herencia de siglos de nuestra disciplina y en los aciertos técnicos del fenómeno codificador, para hacerlo realmente servidor de la realidad social en que ha de ser aplicado. Así, la Constitución ha significado la modernización del Derecho civil, sobre todo en aquellos de sus sectores más eminentemente personalistas, como son el llamado Derecho de la Persona y el de Familia y Sucesiones, en los que con mayor urgencia y profundidad hubo de acometer el legislador las reformas exigidas por los nuevos postulados constitucionales⁸.

En Venezuela, la Constitución de 1999 representa un punto de inflexión en esta evolución. La proclamación de un Estado democrático, social, de derecho y de justicia, así como el reconocimiento de los derechos económicos y sociales como derechos fundamentales, obliga a replantear los alcances de la autonomía privada y de la libertad contractual. La importancia cardinal de la libertad contractual y, en especial de la voluntad como elemento indispensable para la formación del contrato, obedece a su naturaleza como expresión de la libertad personal, lo que le ha valido un sitial entre los principios generales del derecho⁹.

A decir de Madrid Martínez, la Constitución de 1999 recoge de forma implícita la libertad contractual en el artículo 20 que se refiere concretamente al libre desenvolvimiento de la personalidad y sus limitaciones¹⁰. Por otra parte, la Carta Magna venezolana, al garantizar simultáneamente la libertad económica (art. 112), la propiedad privada (art. 115) y los derechos de los consumidores (art. 117), crea un marco normativo complejo en el que la libertad contractual se ve reconocida pero también limitada por exigencias de justicia material y protección de derechos fundamentales.

Este proceso de “constitucionalización del derecho privado”, en el cual los principios y valores constitucionales se proyectan sobre la interpretación y aplicación del derecho civil, transformando así el rol del juez, las reglas de interpreta-

8 Roncesvalles Barber Cárcamo, “La Constitución y el Derecho civil”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de La Universidad de La Rioja*, No. 2, 2004, p. 41.

9 Claudia Madrid Martínez, “La libertad contractual en el Código Civil: entre regulaciones, limitaciones y silencios”, ob. cit., p. 114.

10 Artículo 20 de la Constitución de 1999: “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”.

ción contractual y los límites del consentimiento privado, no es exclusivamente venezolano. De hecho, esta discusión ha estado presente, variando su intensidad, en diversos momentos históricos. La idea de derecho fundamental, en su etapa inicial, se correspondía con aquellas “formas de defensa del ciudadano frente al Estado”, sin embargo y como nota histórica:

Fueron los dejes y graves abusos del nazismo, la muerte de más de cuarenta millones de personas durante la segunda guerra mundial y el holocausto judío, lo que hizo necesaria la incorporación de los derechos fundamentales en el texto constitucional de los vencidos alemanes. Así concebidos y redactados, permitieron desarrollar una robusta y eficiente red de principios instrumentales que contenían, como un caleidoscopio, una visión, una perspectiva, sobre la pregunta de cómo debería ser leído, entendido y promocionado el derecho interno, pero inicialmente se proyectó esa mirada ciertamente sobre el derecho público¹¹.

Esa proyección inicial de la noción de derechos fundamentales sobre el derecho público tardaría poco en trasladarse al derecho privado. En 1957, el famoso caso Luth instituyó el denominado efecto indirecto entre terceros de los derechos fundamentales (o efecto de irradiación) a partir de una interpretación mediante la cual el Tribunal Constitucional Federal alemán estableció, como apunta Castro, que:

La Ley Fundamental se debía contemplar como un sistema de valores, cuyo punto medio se encontraba en la personalidad humana desarrollada al interior de la comunidad social. Como tal, ella debería valer para todas las áreas del derecho que fueran expedidas como directrices por el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial. Por lo tanto, la Constitución influenciaría también el derecho civil. Los puntos de contacto para la valoración contenida en la Constitución, serían las posibilidades de otorgamiento de contenido valorativo, así como los conceptos necesarios y las cláusulas generales del derecho privado con cuya interpretación, el efecto de irradiación de los derechos fundamentales debería encontrar validez¹².

La influencia del fenómeno de la constitucionalización sobre el derecho privado ha sido tratada por la doctrina venezolana desde una perspectiva amplia que ha pretendido examinar la interacción entre derecho público y derecho privado, poniendo de manifiesto que “el sentido sistemático del orden jurídico nos lleva necesariamente al frecuente contacto entre ambas esferas”¹³, siendo un buen

11 José Guillermo Castro Ayala, “La constitucionalización del derecho privado y su evolución histórica y dogmática”, *Opción*, No. 35, 2020. pp. 372-373.

12 *Ibíd.*, p. 374.

13 María Candelaria Domínguez Guillén, “Entre el derecho público y el derecho privado”, *Revista de Derecho Público*, No. 161/162, 2020. p. 41.

ejemplo el de los derechos de la persona pues, indica Domínguez Guillén, que “el sujeto como protagonista del orden jurídico ha de ser protegido por todo el Derecho, desde el ámbito del Derecho Público por ejemplo a través de la Constitución, así como del Derecho Civil, por ejemplo a través de la protección de los derechos de la personalidad”¹⁴. También se ha examinado el tema desde una perspectiva restringida, con referencias particulares a ramas del derecho civil, incluyendo el derecho de obligaciones¹⁵.

En el derecho de obligaciones, al que pertenece la libertad contractual, una tendencia moderna es, precisamente, “el decaimiento de la autonomía de la voluntad vista la intervención frecuente del Estado, toda vez que la igualdad contractual generalmente no es real”¹⁶. La constitucionalización del derecho de obligaciones guarda estrecha vinculación con esta tendencia, lo que puede observarse con facilidad en materia de contratos ante supuestos en los que no predomina la igualdad entre las partes. Es precisamente en esas áreas “grises” donde la intervención del Estado parece buscar justificación en los derechos fundamentales previstos en la constitución para equilibrar la situación, limitando la libertad contractual en favor de la parte débil de la contratación¹⁷.

Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia —en particular la Sala Constitucional y la Sala de Casación Civil— ha contribuido a perfilar un cuerpo de jurisprudencia que incorpora, los postulados constitucionales al ámbito contractual. Estas decisiones han abordado, entre otros temas, los contratos de adhesión, las cláusulas abusivas, los contratos bancarios y las relaciones de consumo, generando una práctica jurisprudencial que oscila entre la defensa de la autonomía privada y el intervencionismo estatal.

Este artículo se propone analizar con profundidad los balances y perspectivas de la libertad contractual en el marco de la Constitución de 1999, considerando especialmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y las líneas más autorizadas de la doctrina nacional, incluyendo referencias a doctrina extranjera. El objetivo es determinar los efectos de la constitucionalización del contrato en

14 Ibid., pp. 41-42.

15 María Candelaria Domínguez Guillén, “Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, No. 7, 2016. pp. 87-123. Véase: María Candelaria Domínguez Guillén, *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*, CIDEP – Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018.

16 María Candelaria Domínguez Guillén, “Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones”, ob. cit., p. 43. En este sentido se recomienda ver Martín-Retortillo Baquer, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996. p. 23.

17 María Candelaria Domínguez Guillén, “Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones”, ob. cit., p. 43.

Venezuela y los desafíos que plantea este proceso para el futuro del derecho privado venezolano.

II. Fundamento constitucional de la libertad contractual en Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 contiene diversas disposiciones que, de manera directa o indirecta, consagran y limitan la libertad contractual. Si bien la Carta Magna no utiliza expresamente la expresión “libertad contractual”, este principio se desprende de una lectura sistemática de los derechos vinculados a la libertad económica, la propiedad privada, la autonomía individual e incluso el derecho de consumo.

En primer lugar, el artículo 112 de la Constitución consagra el derecho de toda persona a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, estableciendo como únicas limitaciones aquellas previstas en la propia Constitución y en las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. Esta disposición refleja un reconocimiento explícito de la autonomía individual en el ámbito económico, dentro del marco de una economía social de mercado. El principio de libertad económica se ve reforzado por el artículo 115, que garantiza el derecho de propiedad, reconociendo a toda persona el uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes, aunque sujeto a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley por razones de utilidad pública o interés general.

A su vez, el artículo 20 establece el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, lo cual comprende la libertad de elegir actividades vitales como la contratación, siempre que no se vulneren los derechos de los demás ni el orden público. No obstante, esta libertad no es absoluta. El artículo 117 introduce un matiz importante al reconocer los derechos de los consumidores y usuarios, imponiendo al Estado la obligación de garantizar bienes y servicios de calidad, información veraz, libertad de elección y trato equitativo, así como establecer mecanismos para prevenir prácticas abusivas. En consecuencia, si bien la libertad contractual está constitucionalmente reconocida, su ejercicio debe armonizarse con los valores fundamentales del Estado social de derecho y de justicia, lo que implica límites orientados a la protección del interés general y la equidad en las relaciones económicas.

Los principios que informan el modelo de Estado democrático, de derecho y de justicia previsto en la Constitución de 1999 son aquellos “que originaron su concepción como consecuencia de las revoluciones norteamericana, francesa e iberoamericana de finales del siglo XVIII y comienzo del siglo XIX”, a saber, se trata de “un Estado regido por una Constitución, con un sistema de gobierno de

representantes electos mediante sufragio, controlado mediante el principio de la separación de poderes, sometido a la legalidad, con la tarea esencial de garantizar los derechos individuales y satisfacer los derechos sociales, y cuyos actos están sometidos al control jurisdiccional”¹⁸.

De manera que son siete los principios mínimos que informan el modelo de Estado previsto en la Constitución de 1999: (i) constitucionalismo o constitucionalización; (ii) democratización y representatividad; (iii) separación de poderes; (iv) primacía de la dignidad humana y reconocimiento formal de derechos fundamentales; (v) principio de legalidad de la actuación del Estado; y (vi) control jurisdiccional de la acción del Estado¹⁹.

En este contexto, la libertad contractual se convierte en una manifestación de la autonomía de la voluntad, entendida, en un sentido contemporáneo, como una libertad jurídica sometida a finalidades constitucionalmente legítimas. Esta transformación responde a una nueva “gramática constitucional del derecho privado” que exige interpretar las instituciones civiles conforme a los principios rectores del orden constitucional vigente.

Esta configuración constitucional, aunque proclama formalmente la libertad económica y la autonomía de la voluntad, introduce a su vez una serie de principios de justicia social, función social y orden público que abren paso a restricciones amplias y, muchas veces, discrecionales. Como ha señalado Alvarado Andrade²⁰, la Constitución de 1999 combina principios liberales con mandatos de justicia social sin establecer límites claros entre ambos, lo que ha generado tensiones interpretativas que habilitan restricciones a la libertad individual con base en nociones abiertas como el interés general o la función social. Esta ambivalencia, lejos de resolverse en favor del ciudadano, ha servido en ocasiones como

18 Véase Allan R. Brewer-Carías, “Sobre el Estado de derecho en Venezuela y su desintegración bajo el régimen autoritario”, Texto preparado como base para la conferencia dictada en el Congreso sobre “Derecho Internacional y Estado de Derecho”, organizado por la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, celebrada en México el 23 de septiembre de 2024. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2024/10/1422.-Brewer-Carias.-Sobre-el-Estado-de-derecho-en-Venezuela.-Academia-Mexicana-Jurisp.-sept-2024.pdf>. Asimismo, véase Allan R. Brewer-Carías, “Principios el Estado de derecho. Aproximación histórica”, Cuadernos de la Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de derecho y derechos humanos, Miami Dade College, Programa Goberna Las Americas, Editorial Jurídica Venezolana International. Miami-Caracas, 2016.

19 Allan R. Brewer-Carías, “Sobre el Estado de derecho en Venezuela y su desintegración bajo el régimen autoritario”, ob. cit.

20 Jesús María Alvarado Andrade, “Aproximación a la tensión Constitución-libertad en Venezuela”, *Revista de Derecho Público*, no. 123 (2010): 53-64.

justificación para extender la intervención normativa del Estado sobre relaciones privadas, incluso en ausencia de un marco legal claro.

Desde una perspectiva liberal, especialmente inspirada en la Escuela Austriaca de economía, el intervencionismo estatal puede resultar perjudicial para el orden jurídico y económico. Autores como Friedrich A. Hayek y Ludwig von Mises sostuvieron que la planificación centralizada erosiona la libertad individual y desnaturaliza los mecanismos espontáneos del orden social, entre ellos el contrato²¹. Esta corriente de pensamiento considera que el contrato no debe ser objeto de intromisión sistemática del Estado, dado que las partes —como principales conocedoras de sus propios intereses— son las mejor capacitadas para autorregular sus relaciones y asignar eficientemente los recursos.

Aplicado al ámbito jurídico, el pensamiento liberal aboga por una lectura restringida del “orden público” y una interpretación fuerte del principio de autonomía de la voluntad. Así, se advierte que el desplazamiento del centro de gravedad del contrato desde la voluntad de las partes hacia un modelo heterónomo impuesto judicial o legislativamente, puede afectar la certidumbre, la previsibilidad y la eficiencia de las relaciones contractuales.

La doctrina venezolana más influida por esta tradición —como la de Mélich-Orsini— cuestiona la denominada “inflación” del orden público, así llamada en tono sarcástico por Josserand, que ha dado lugar a los denominados contratos dirigidos y contratos obligatorios, los cuales se caracterizan por la presencia marcada de normas imperativas que obedece a una lógica intervencionista que ha subvertido la idea clásica de libertad contractual²². En palabras de Mélich:

Con todo ello, y a pesar de la gran mengua que ese “nuevo orden público” implique en cuanto a la virtualidad del principio de la autonomía de la voluntad de las partes que consagra el artículo 1159 de nuestro Código Civil, es lo cierto que tal principio no ha dejado de regir en nuestro sistema jurídico positivo y que sería erróneo reducir entre nosotros el papel de la voluntad privada en los contratos a un mero instrumento técnico para obtener la sumisión de los particulares a los fines transpersonales del Estado²³.

En suma, la Constitución venezolana de 1999 reconoce la libertad contractual como una derivación de la libertad económica y de la autonomía de la persona, pero su ejercicio se encuentra condicionado por principios superiores del

21 Friedrich A. Hayek, *Camino de servidumbre*, Unión Editorial, Madrid, 2010; Ludwig von Mises, *La acción humana: tratado de economía*, Unión Editorial, Madrid, 2011.

22 José Mélich-Orsini, *Doctrina general del contrato*, 5ª edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009, p. 23.

23 *Ibíd.*, p. 24.

orden constitucional. La clave está en encontrar un equilibrio razonable entre la autorregulación privada y la protección del interés general, sin que ello implique la anulación de la libertad que es consustancial al contrato y al individuo.

III. La libertad contractual en la doctrina venezolana y comparada

El principio de libertad contractual, entendido como manifestación concreta de la autonomía de la voluntad, ha sido objeto de elaboraciones doctrinales significativas tanto en el derecho venezolano como en otras tradiciones jurídicas contemporáneas. A continuación, se examinan las principales construcciones teóricas desarrolladas por la doctrina nacional, destacando cómo ha evolucionado la comprensión de este principio a la luz de los cambios constitucionales, sociales y económicos del país. A su vez, se ofrece una visión comparada con enfoques doctrinales de otros ordenamientos jurídicos que han transitado debates similares, particularmente en relación con los límites constitucionales a la autonomía privada, la protección de la parte débil y la función social del contrato.

El análisis doctrinal no solo permite identificar puntos de convergencia y divergencia entre sistemas jurídicos, sino también extraer enseñanzas útiles para repensar la libertad contractual en clave contemporánea. En ese sentido, este capítulo busca evidenciar cómo, más allá de sus raíces liberales, la libertad de contratar se reconfigura hoy como una institución jurídica que debe armonizarse con valores superiores del orden constitucional y con exigencias de justicia material en contextos desiguales.

1. Visión clásica: autonomía de la voluntad como eje del contrato

La teoría clásica del contrato, desarrollada en el siglo XIX bajo el influjo del liberalismo jurídico y la codificación napoleónica, concebía el contrato como una manifestación pura de la autonomía de la voluntad. Esta concepción parte de una visión individualista del derecho privado, en la cual las partes son titulares de iguales facultades y libres para regular sus intereses sin interferencia estatal. El contrato era entendido como ley entre las partes (*lex contractus*), con efectos vinculantes derivados exclusivamente del consentimiento.

En el seno del liberalismo de corte kantiano surge el concepto de autonomía de la voluntad, como un pilar de la propuesta filosófica imbuida por las ideas liberales. En este sentido, Jiménez Benítez y Meneses Quintana apuntan que Kant parte de dos premisas fundamentales en la construcción del concepto de autonomía de la voluntad. Por un lado, Kant entiende, dada la constitución orgánica del individuo, “que la mayor parte de sus acciones obedecen a la satisfacción

de necesidades y ambiciones, y que esto ha conducido en varias ocasiones a una destrucción total (Troya, Cartago, Jerusalén, Tenochtitlán)”²⁴. Por otra parte, Kant conoce también “la capacidad racional del hombre y apuesta por esta y por el respeto hacia la ley moral-jurídica, sobre todo en cuanto a sus posibilidades de desarrollo como especie histórica”²⁵.

Para Josserand la autonomía de la voluntad es un principio rector del derecho e imprime, sobre el ordenamiento jurídico, un carácter marcadamente liberal²⁶. Autores como Jean Domat y Robert Pothier influyeron de forma directa en la redacción del *Code* francés, incorporando así el principio kantiano de autonomía de la voluntad en el derecho objetivo²⁷. En Venezuela, esta perspectiva fue recogida por el Código Civil de 1942, particularmente en su artículo 1.159, al establecer que todo contrato legalmente celebrado es ley entre las partes.

Desde el pensamiento liberal clásico, esta visión del contrato ha sido valorada como expresión de la libertad individual. Para Friedrich A. Hayek, esta libertad significa que la validez de los actos contractuales debe estar regida por normas generales, y no por la aprobación puntual de una autoridad. En sus palabras: “*Freedom of contract, like freedom in all other fields, really means that the permissibility of a particular act depends only on general rules and not on its specific approval by authority*”²⁸. Bajo esta perspectiva, el contrato constituye un instrumento mediante el cual los individuos pueden coordinar voluntariamente sus acciones en función de sus propios fines, dentro de un marco jurídico predecible. Por ello, Hayek advierte que mientras el individuo pueda prever las consecuencias de sus actos conforme a reglas generales y usar las figuras contractuales disponibles según sus propósitos, se satisfacen los elementos esenciales del Estado de Derecho (*rule of law*): “*So long as these consequences can be predicted from a general rule and the individual is free to use the available types of contracts for his own purposes, the essential conditions of the rule of law are satisfied*”²⁹.

24 William Guillermo Jiménez Benítez y Orlando Meneses Quintana, “El liberalismo de Kant, Kelsen y Rawls a la luz de la configuración de una paz internacional”, *Reflexión Política*, No. 40, 2018. p. 98.

25 Ídem.

26 Louis Josserand, *Derecho civil. Teorías generales del Derecho y de los derechos. Las personas*, Tomo I, Vol. I, Bosch Editores, Buenos Aires, 1952. p. 130.

27 Luis Corsi, “Contribución al estudio de las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad contractual”, *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, No. 7, 2021. p. 8.

28 Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1960. p. 229.

29 Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*... p. 230.

Una economía libre sólo puede existir si las personas gozan de la facultad de celebrar contratos libremente, sin obstáculos burocráticos ni normativos que distorsionen sus decisiones racionales. El contrato es, en esta línea, un mecanismo de cooperación voluntaria que permite asignar recursos, riesgos y beneficios de forma eficiente. Todo intento de imponer condiciones contractuales exógenas representa un riesgo de arbitrariedad legal que erosiona el Estado de Derecho.

2. Críticas contemporáneas: intervención estatal y orden público constitucional

A partir del siglo XX, especialmente tras las dos guerras mundiales y el auge del constitucionalismo social, comenzaron a desarrollarse corrientes críticas frente a la concepción tradicional del contrato, alegando que la relación contractual no siempre ocurre entre partes iguales y que, por tanto, es legítimo que el Estado intervenga para corregir asimetrías, proteger a la parte débil o promover intereses colectivos.

De modo que, como afirma Barber Cárcamo, el derecho civil patrimonial también resultó afectado por la influencia de las normas constitucionales y la situación en España lo evidencia claramente pues “uno de los mandatos constitucionales que ha disfrutado de mayor grado de cumplimiento por el legislador ordinario ha sido el contenido en el art. 51 C.E., que garantiza la defensa por los poderes públicos de los consumidores y usuarios”³⁰. La autora bajo referencia pone de relieve la relación entre el fenómeno de la constitucionalización y su distanciamiento respecto de las ideas del liberalismo en que se funda la autonomía de la voluntad, a saber:

El desarrollo de tal mandato ha propiciado la creación de un nuevo sector del Derecho, a caballo entre el civil y el mercantil, que bajo la denominación de Derecho de consumo atiende a las relaciones contractuales más habituales y numerosas bajo principios diferentes de los postulados presentes en los Códigos. Este Derecho de signo proteccionista de la parte contractual más débil (el consumidor o usuario) se ha localizado extramuros de aquellos, física y filosóficamente, en leyes especiales ajenas al liberalismo del reino de la autonomía de la voluntad presente en los arts. 1.254 y siguientes del Código civil (...) ³¹.

La configuración constitucional venezolana posterior a 1999 introduce un conjunto de cláusulas que, si bien reconocen formalmente la libertad económica y la propiedad privada, las subordinan a nociones abiertas como la función social, el interés general o el desarrollo nacional. En opinión de Allan R. Brewer-Ca-

30 Roncesvalles Barber, ob. cit., p. 48.

31 Ídem.

rías³², el texto constitucional de 1999 no establece garantías sustanciales para la libertad económica o la propiedad privada, pues, aunque las menciona, las sujeta a fines ideológicos como la función social o el desarrollo nacional, sin definir límites objetivos ni criterios claros que regulen la intervención estatal. Esta crítica apunta al carácter programático y abstracto de muchas disposiciones constitucionales, que, si bien pueden interpretarse como mandatos de optimización, en la práctica han servido para legitimar un avance desproporcionado del Estado sobre la autonomía privada, sin mecanismos normativos que impidan su uso arbitrario.

La indeterminación de esos fines ideológicos habilita al legislador —y peor aún, al Ejecutivo por vía de habilitación— a reinterpretar las condiciones de validez o eficacia de los actos jurídicos privados según criterios de oportunidad política. De esta manera, principios como la función social de la propiedad o la justicia social en las relaciones contractuales dejan de ser límites razonables a la autonomía para convertirse en instrumentos de control estatal sobre el contenido del contrato, quebrando la lógica del derecho privado como espacio de libertad, autorregulación y equilibrio de intereses.

Además, la falta de criterios objetivos o límites precisos, como bien denuncia Brewer-Carías, fomenta la inseguridad jurídica, ya que los operadores económicos no pueden anticipar de manera confiable cuándo sus actos serán considerados contrarios al interés general o afectados por una reinterpretación judicial o normativa *ex post*. Este marco de incertidumbre normativa vulnera el principio de legalidad sustantiva y mina la confianza en el tráfico jurídico, especialmente en entornos de alta discrecionalidad institucional.

3. Aportes de la doctrina venezolana

En Venezuela, Morles Hernández, refiriéndose a las ideas de Mélich-Orsini sobre el sistema de responsabilidad civil, explica la interacción entre el derecho público y el derecho privado, marcada por una creciente intervención del primero sobre el segundo y que cristaliza en la expansión —o “inflación” siguiendo a Jossierand— del orden público. En efecto:

Mélich creía en la superioridad dogmática del derecho privado sobre el derecho público, pero no propiciaba su separación. Todo lo contrario. Creía que la *summa divisio* justiniana había adquirido una nueva configuración. La invasión del derecho privado por el derecho público, resumida en las expresiones de *publicización del derecho privado* o *expansión del orden público*, lo que revelaba realmente era la pérdida de la pretendida autonomía de ambas ramas del derecho, puesta en

32 Allan R. Brewer-Carías, *Apreciaciones críticas sobre la Constitución de 1999 a 25 años de su entrada en vigencia*, Ediciones Allan Brewer-Carías, Caracas, 2025, 40 y ss.

evidencia por el común clamor en ambas de la necesidad de acentuar el estudio de la doctrina general del derecho³³.

Madrid Martínez ha insistido en que el problema ha recaído, ya no en el derecho positivo, sino en la interpretación que ha dado la jurisprudencia respecto de la autonomía de la voluntad, comprendida como pilar fundamental del Código Civil. Señala la autora que la jurisprudencia venezolana se ha preocupado más por “arrinconar a la autonomía de la voluntad”, que por responder cuestiones no reguladas por el derecho común. En este sentido afirma que:

El Estado social de Derecho no puede convertirse en un instrumento ciego de intervención. La protección, en el caso de relaciones asimétricas, es necesaria, y en tales casos convendría, como hemos afirmado, contar con normas especiales. Pero lo que sí es cierto, de momento, es que el camino tomado por algunas decisiones de la Sala Constitucional no parece garantizar la seguridad jurídica que las relaciones privadas necesitan³⁴.

Domínguez Guillén reconoce la proximidad entre el derecho privado patrimonial y el derecho público pues “además de figuras comunes que posiblemente nacieron en el primero (como el contrato y la teoría general de las obligaciones) ambos deben estar orientados por la normativa constitucional”³⁵. A decir de la autora, existen varias decisiones dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que han corroborado la posibilidad de “hablar de una suerte de «constitucionalización» del Derecho Civil o, más precisamente, de un Derecho Civil Constitucional”³⁶.

Así, se ha desarrollado una línea doctrinal que, sin desconocer la necesidad de protección jurídica en ciertas relaciones contractuales, insiste en la necesidad de preservar un núcleo de autonomía de la voluntad. El contrato en tanto expresión de la libertad individual, no puede subordinarse absolutamente a los fines del Estado, sin incurrir en un colectivismo incompatible con la dignidad del individuo. En todo caso, la constitucionalización del derecho privado, si bien es un fenómeno global, debe ser calibrada cuidadosamente para no desnaturalizar los fundamentos del contrato como institución de libertad.

33 Alfredo Morles Hernández, ob. cit., p. 140.

34 Claudia Madrid Martínez, “La libertad contractual en el Código Civil: entre regulaciones, limitaciones y silencios”, ob. cit., p. 157.

35 María Candelaria Domínguez Guillén, “Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones”, ob. cit., p. 122..ambos deben estar orientados por la normativa constitucional eciocrina general del derechoegislador ordinario ha sido el conte

36 Ídem.

IV. Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano —particularmente la emanada de la Sala Constitucional— ha desempeñado un papel determinante en la evolución del concepto de libertad contractual en el siglo XXI. Esta intervención se ha intensificado a partir de la vigencia de la Constitución de 1999, dando lugar a una serie de sentencias que intentan aplicar principios constitucionales al ámbito de las relaciones contractuales privadas. El resultado ha sido una interpretación del contrato no sólo como producto de la voluntad de las partes, sino también como un instrumento sujeto al control de constitucionalidad, lo que ha generado fricciones entre la lógica civilista y la lógica constitucional.

Varias de las decisiones relevantes en esta materia han sido severamente criticadas por la doctrina y abarcan temas diversos, aunque todos ellos impactan directamente en la libertad contractual. De hecho, estos fallos han sido referidos por la doctrina como casos de un control posterior cuyo objeto es la modulación de la autonomía de la voluntad por parte del juez³⁷.

Uno de los elementos más graves que ha afectado el ejercicio real de la libertad contractual en Venezuela no proviene solamente del texto constitucional, sino de la forma en que este ha sido interpretado, instrumentalizado y distorsionado por un diseño institucional concentrador de poder. Tal como lo ha advertido Allan R. Brewer-Carías, el diseño constitucional posterior a 1999 rompió con el modelo clásico de Estado de Derecho basado en frenos y contrapesos, favoreciendo una estructura hiperpresidencialista en la que la legalidad queda subordinada a la voluntad política del Ejecutivo, con un poder judicial funcionalmente cooptado por ese esquema de control centralizado³⁸.

Este juicio crítico revela un cambio sustantivo en la estructura constitucional venezolana: se abandonó la noción liberal de un orden jurídico basado en normas generales, previsibles y controladas por el principio de legalidad, para pasar a un modelo en el que la legalidad es subsidiaria del poder político. En este contexto, el Poder Judicial —especialmente la Sala Constitucional del TSJ— dejó de ser garante de la autonomía de la voluntad y se convirtió en un instrumento de validación jurídica del intervencionismo estatal.

37 María Candelaria Domínguez Guillén, “Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones”, ob. cit., p. 118.

38 Allan R. Brewer-Carías, *Apreciaciones críticas sobre la Constitución de 1999 a 25 años de su entrada en vigencia*, Ediciones Allan Brewer-Carías, Caracas, 2025), 73 y ss., especialmente 79-80.

La afectación a la libertad contractual bajo este esquema se manifiesta en la creciente judicialización del contenido del contrato, donde tribunales no solo fiscalizan su validez formal, sino que reescriben sus cláusulas o anulan su eficacia con base en principios indeterminados como “interés social”, “función económica” o “protección del débil jurídico”. Esta dinámica no responde a un modelo correctivo de equilibrios dentro del Estado de Derecho, sino a un activismo judicial subordinado a una lógica de poder concentrado, que utiliza al derecho privado como herramienta para implementar fines estatales, sin contrapesos efectivos. Por tanto, el deterioro de la libertad contractual en Venezuela no es únicamente un fenómeno normativo o interpretativo, sino estructural y político, en la medida en que responde a un modelo constitucional que privilegia la voluntad del Ejecutivo sobre los principios de legalidad, autonomía y previsibilidad que deben regir las relaciones jurídicas privadas.

Un precedente emblemático en la materia es el caso de los créditos indexados³⁹ que, según indica Madrid Martínez, fue la primera decisión del Tribunal Supremo de Justicia en interpretar la autonomía de la voluntad en el marco de un Estado social de derecho. A través de la sentencia dictada en este caso, la Sala Constitucional ordenó la desaplicación de un sistema de crédito por estimar que perjudicaba excesivamente a los deudores hipotecarios, que fueron tratados como débiles jurídicos. En efecto, tal como lo reconoce el fallo referido “[e]ntre las instituciones y conceptos jurídicos a ser revisados e interpretados de acuerdo al artículo 2 constitucional y a la existencia del Estado Social de Derecho y de Justicia, se encuentra el imperio de la autonomía de la voluntad, y el de la voluntad contractual del Estado y de los particulares”. Continúa la Sala, en otro pasaje de la decisión, señalando que:

No es que la interpretación constitucional de lo que es el Estado de Derecho prohíba el lucro, la ganancia o la libertad negocial, lo que sucede es que a juicio de esta Sala, la creación de riqueza y su justa distribución no pueden partir de una ilimitada y desorbitada explotación de los demás, y menos en áreas que por mandato constitucional pertenecen al Estado, o donde este otorga a particulares concesiones; o los autoriza para que exploten dichas áreas o actúen en ellas, por lo que los particulares pueden crear en estos espacios autorizados riqueza propia, pero esta creación no puede ser en detrimento de quienes entran en contacto con las actividades que se realizan en ellas, y que por ser atinentes a todos los venezolanos, mal pueden ser aprovechados por algunos en desmedido perjuicio de los otros. De allí que las ganancias que los explotadores de tales áreas puedan obtener tienen que ser proporcionadas al servicio que presten y a la idoneidad con que lo hacen.

39 TSJ-SC, sentencia No. 85, de fecha 24 de enero de 2002.

La sentencia dictada en el caso de los créditos indexados es particularmente ilustrativa de la manera en que el activismo constitucional puede desdibujar los límites tradicionales del contrato y alterar profundamente la seguridad jurídica del tráfico mercantil. En este caso, la Sala Constitucional no se limitó a examinar la licitud del pacto conforme al orden público económico o al marco legal vigente, sino que impuso su propio juicio de conveniencia económica, anulando de forma general la validez de los contratos que contenían mecanismos de indexación en función de la devaluación monetaria, incluso si habían sido pactados libremente por las partes.

Este fallo representa una invasión directa al núcleo de la autonomía de la voluntad, en tanto sustituye el acuerdo de las partes por una decisión judicial sustentada en principios generales —como la justicia social o el interés colectivo— pero sin basamento normativo específico y sin ponderar adecuadamente la función económica del pacto contractual. Lejos de controlar un abuso o restablecer un equilibrio real, la sentencia introduce un criterio subjetivo del juzgador sobre qué debe entenderse como un contrato “justo” o “aceptable”, rompiendo con el principio de seguridad jurídica que exige que las consecuencias del negocio jurídico sean previsibles para sus partes desde el momento de su celebración.

Desde la perspectiva de este trabajo, el caso ilustra cómo la expansión del orden público constitucional, en ausencia de parámetros objetivos y dentro de un sistema institucional carente de frenos efectivos, se convierte en un vehículo para erosionar progresivamente la libertad contractual. La indexación, lejos de ser un mecanismo lesivo al orden público, es en muchas ocasiones una herramienta legítima para preservar el equilibrio económico del contrato en contextos de inflación o devaluación. Prohibirla sin análisis contextual ni legal sustantivo es, en la práctica, una forma de anular la capacidad de las partes para autorregular sus riesgos y proteger sus intereses legítimos en un entorno económico adverso.

La sentencia No. 1.419⁴⁰ sobre tarjetas de crédito y contratación resulta igualmente de interés. En esta decisión, se atribuye el rol de débil jurídico a los tarjetahabientes y, entre otras cosas, se indica que:

La Sala observa que se está ante un sistema crediticio masivo, que es utilizable por diversas clases sociales, a quienes en la práctica se los obliga a ser usuarios de al menos una tarjeta, ya que la Sala —por tratarse de hechos notorios— conoce que en la mayoría de los hoteles no se acepta el inicio del contrato hotelero sino se garantiza el pago con una tarjeta de crédito; y así mismo, agencias que arriendan vehículos exigen al momento de suscribir el contrato de arrendamiento, que el arrendatario —como garantía presente su tarjeta de crédito, a la cual se le cargaran

40 TSJ-SC, sentencia No. 1.419, de fecha 10 de julio de 2007.

los cánones y los gastos. Esto sin contar que los comercios que están afiliados a la red de tarjetas de crédito, asumen esa forma de pago. Además, es un requisito en la actualidad el poseer una tarjeta de crédito o débito de alguna institución financiera, para la obtención de los dólares de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), (véase, entre otras Providencia N° 081 del 12 de febrero de 2007, emanada de dicha Comisión, mediante la cual se establecen los requisitos, controles y trámite para la adquisición de divisas destinadas al pago de consumos en el exterior).

Esta utilización masiva de las tarjetas, promocionadas publicitariamente, y coercitivamente impulsada en algunos casos, hacen que la tomen mayoritariamente los miembros de las clases sociales media y alta, quienes no sólo se ven compelidos al consumo, sino que pueden hacer nula o disminuir su capacidad de ahorro.

Esta situación -a juicio de la Sala- da al uso de las tarjetas un contenido social, que merece la atención del Estado, máxime cuando el Estado es social de derecho y de justicia (artículo 2 constitucional), y los consumidores de las tarjetas pertenecen a clases sociales, cuyos miembros, al pertenecer a esos sectores sociales, también requieren protección en su calidad de vida.

Continúa la Sala expresando que:

En cuanto al contenido de los contratos de las tarjetas de créditos, específicamente, al alegato referido por la parte actora sobre el desconocimiento de las cláusulas que contienen los mismos, la Sala observa que entre las pruebas promovidas por la parte actora se encuentran formularios de solicitud de tarjetas de créditos de tres entidades bancarias distintas, los cuales no fueron impugnados, por lo que se da por cierto su contenido, y se asume que este tipo de contrato ha sido utilizado en el sistema bancario, al menos por algunos de los bancos que lo componen (...)

Ciertamente, estos contratos se rigen por unas cláusulas preestablecidas por el ente bancario emisor; sin embargo, ese hecho no puede servir para que sobre estos contratos no haya un control de los entes del Estado que tienen esa competencia legalmente atribuida, toda vez que como entidades financieras están regidas por las disposiciones contenidas en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (artículos 42 y 212) y en la Ley del Banco Central de Venezuela (artículos 121 y siguientes), y la materia -como ya se anotó- es de interés social, lo que amerita la tuición del Estado dentro de un estado social.

Por otra parte, la sentencia No. 1.049⁴¹ dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ocasión de un recurso de nulidad dirigido contra varias disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario

41 TSJ-SC, sentencia No. 1.049, de fecha 23 de julio de 2009.

del año 2004 en la que se pronuncia sobre la relación entre derecho privado y derecho público, particularmente sobre los contratos de adhesión. De acuerdo con el texto de la decisión, en el anterior Estado liberal de derecho los particulares:

[S]olo estaban vinculados por el Derecho privado; el aparato estatal solo debía dedicarse, tanto judicial como administrativamente a hacer valer dicho Derecho privado. Por lo tanto, era lógico afirmar en ese entonces (y solo para ese entonces), que la relación entre proveedor y consumidor era sólo y exclusivamente de Derecho privado o de Derecho Civil; es decir, sólo con arreglo a dicha doctrina y para la época en que era aceptada cabría afirmar que el Derecho público no puede intervenir en la revisión o control de los acuerdos mediante los cuales los sujetos de la actividad comercial regulan sus recíprocos obligaciones y mutuos intereses.

Al respecto, continúa la Sala:

Este esquema ha sido modificado desde sus cimientos por el ascenso del Estado Social. Las relaciones entre los particulares, fundamentalmente aquéllas que se dan entre sujetos con distinto o desigual poder de negociación, como por ejemplo entre patronos y trabajadores, entre pequeños productores e industriales y, por lo que interesa en este caso a la Sala, entre proveedores y consumidores, son vistas de forma diferente. Hoy por hoy las relaciones de cualquier naturaleza en las que sea necesario establecer un equilibrio entre las posiciones de los que en ellas intervengan, podrán contar con la intervención del Estado, sea a través de su aparato judicial, legislativo o administrativo.

Dicho caso representa otro ejemplo claro de cómo el control constitucional se proyecta sobre relaciones privadas, sustituyendo el pacto de voluntades por criterios indeterminados de justicia. En esa ocasión, el Tribunal declaró la nulidad de varias cláusulas contractuales referidas a intereses moratorios, comisiones, cobros automáticos y limitaciones de responsabilidad, argumentando que tales estipulaciones vulneraban derechos constitucionales del consumidor.

Aunque el objetivo declarado del fallo era proteger al usuario bancario, su alcance va mucho más allá, pues la Sala reconfigura unilateralmente los términos del contrato, sin considerar si existía desequilibrio real, abuso de poder negocial o algún supuesto de ilicitud. En su lugar, actúa como un poder normativo con capacidad para dictar los límites permisibles de la contratación privada, más allá de la ley vigente y sin criterios objetivos que permitan anticipar sus efectos.

Este tipo de decisiones, aunque bien intencionadas, erosionan la seguridad jurídica y generan un entorno de imprevisibilidad para el tráfico mercantil, especialmente en sectores como el bancario, donde la estandarización contractual es esencial para la eficiencia del sistema. La declaración judicial de nulidad de

cláusulas sin fundamento en normas sustantivas precisas convierte el orden público constitucional en una fuerza expansiva que desarticula la lógica del derecho privado y somete la autonomía contractual a la discrecionalidad de los jueces constitucionales.

La decisión de la Sala Constitucional en la sentencia N.º 1.049 no solo reinterpreta la finalidad de la Ley de Protección al Consumidor desde una perspectiva expansiva del interés social, sino que evidencia un fenómeno aún más preocupante: la judicialización de la función normativa, al margen del principio de reserva legal. En efecto, al declarar la constitucionalidad de una norma cuya redacción ambigua permite la intervención del órgano administrativo en la relación contractual privada, la Sala legitima un modelo en el cual el contenido del contrato puede ser redefinido por vías no legislativas, sin base legal precisa y sin intervención del órgano legislativo.

Desde una perspectiva liberal del derecho, esta práctica implica una traslación del poder de configuración normativa desde el legislador hacia el órgano jurisdiccional, lo cual subvierte el diseño clásico del Estado de Derecho basado en la separación de funciones. De este modo, el juez constitucional no se limita a controlar la validez de la norma conforme a la Constitución, sino que actúa como un co-legislador material, incorporando al sistema jurídico criterios axiológicos que no han sido debatidos ni sancionados conforme al procedimiento democrático previsto para la creación de leyes. Este fenómeno de activismo judicial normativo, además de debilitar la reserva legal en materias sensibles como el derecho mercantil y de consumo, contribuye a una creciente inseguridad jurídica, pues los particulares no pueden anticipar si lo pactado en un contrato será respetado, o si se verá modificado por una reinterpretación judicial posterior fundada en principios de justicia material, pero carentes de concreción legislativa.

Otro ejemplo es la sentencia No. 176⁴² dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que, siguiendo la lógica intervencionista de los fallos anteriormente reseñados, declara la nulidad absoluta de una cláusula resolutoria. Para el momento era frecuente en el foro incluir una cláusula resolutoria expresa, cuyo contenido solía ser del tenor que sigue: “El incumplimiento de una cualesquiera de las obligaciones que a su cargo tienen las partes dará derecho a la otra a dar por resuelto el presente contrato, sin necesidad de notificación alguna ni de acudir a los tribunales”⁴³. Ocurre que una cláusula así redactada es una

42 TSJ-SC, sentencia No. 167, de fecha 4 de marzo de 2005.

43 Guillermo Gorrión, “Desnaturalización de la cláusula resolutoria expresa”, *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*, 2da edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Asociación Venezolana de Derecho Privado, Caracas, 2010. p. 434.

mera repetición del artículo 1.167 del Código Civil, en cuyo caso se estima que no existe una cláusula resolutoria expresa propiamente dicha⁴⁴.

El razonamiento efectuado por la Sala Constitucional en este caso obedece a ciertas distorsiones producidas por el análisis constitucional de figuras propias del derecho civil, concretamente fundado en el artículo 138 de la Constitución. En este sentido, la Sala Constitucional expresó, refiriéndose al tribunal *a quo*, lo siguiente:

(...) observa esta Sala que dicha juez consideró que, en nuestro ordenamiento jurídico, es posible y válido el que en un contrato se establezca la posibilidad de que una de las partes decida ponerle fin a la relación contractual, sin que medie intervención judicial, criterio este que no comparte esta Sala puesto que es contrario y obvia por completo la interpretación vinculante que, del artículo 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, asentó en sentencia n 1658/2003 de 16 de junio (...) en la que se estableció:

(...) cuando un particular ante un conflicto de intereses, resuelve actuar limitando los derechos o libertados e impone su criterio, adoptando una determinada posición limitativa de los derechos de otros, constituye una sustracción de las funciones estatales, que pretende sustituirse en el Estado para obtener el reconocimiento de su derecho sin que medie el procedimiento correspondiente, actuación ilegítima y antijurídica que debe considerarse inexistente, a tenor de lo previsto en el artículo 138 de la Constitución, en cuyo contenido se dispone: “toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos”.

Sobre este fallo Gorrín expresa acertadamente que la nulidad de una cláusula resolutoria expresa derivada de una presunta usurpación de la potestad del Estado de administrar justicia supone relacionar erráticamente, “un tema de Derecho Público, específicamente de Derecho Constitucional, con uno de Derecho Privado”⁴⁵. Desde la óptica liberal, esto implica una desnaturalización del contrato, al subordinarlo a principios constitucionales que no se adaptan al caso concreto en lugar de respetar la voluntad de las partes. La búsqueda de equilibrio material por vía judicial crea incentivos perversos para la renegociación permanente y abre la puerta a una intervención judicial que debilita los fundamentos mismos del derecho privado.

La referida sentencia N.º 176 de la Sala Constitucional representa un nuevo paso en el desplazamiento del principio de autonomía de la voluntad en favor de una visión expansiva del orden público constitucional. La declaratoria de nulidad

44 Ídem.

45 Ibíd., p. 437.

absoluta de una cláusula resolutoria expresa, válidamente pactada entre las partes, con el argumento de que su aplicación podría poner en situación de desventaja a una de ellas, en contradicción con los principios de equidad y justicia social.

Más allá del caso concreto, lo preocupante del razonamiento judicial es que no se analiza si hubo abuso, fraude o desequilibrio al momento de contratar, sino que se parte de una presunción judicial de ilicitud derivada de un juicio de conveniencia constitucional. Esta lógica transforma principios amplios —como la tutela del débil jurídico o la función social del contrato— en cláusulas de cierre para la invalidez contractual, desplazando el análisis desde el terreno legal (artículos 1.159 y ss. del Código Civil) al campo abierto de la ponderación constitucional. Este tipo de decisiones afecta gravemente la previsibilidad del tráfico jurídico, al permitir que cualquier estipulación clara y lícita pueda ser anulada con base en consideraciones ideológicas o valorativas posteriores. Así, el poder judicial no solo revisa el contrato, sino que redefine unilateralmente sus efectos, rompiendo con el marco de estabilidad y autorregulación que constituye el núcleo mismo de la libertad contractual en un Estado de Derecho.

Desde la perspectiva de un liberalismo jurídico coherente —como el que se pretende defender en este trabajo— esta tendencia jurisprudencial plantea varios desafíos. En primer lugar, socava la certeza jurídica, al generar un entorno normativo inestable y casuístico. En segundo lugar, desincentiva la responsabilidad individual, pues permite a las partes intentar liberarse de los compromisos libremente asumidos mediante argumentos constitucionales *ex post*. Finalmente, impone una concepción paternalista del juez como garante del “bien común” en detrimento de la autonomía individual.

Por ello, una crítica constructiva al enfoque actual del Máximo Tribunal de la República debe proponer un reequilibrio: ni un formalismo ciego que ignore las desigualdades reales, ni un voluntarismo judicial que sustituya la voluntad de las partes por criterios subjetivos de justicia. La clave está en preservar la libertad contractual como regla y reservar la intervención judicial para casos verdaderamente excepcionales, en aras de garantizar la seguridad jurídica de los sujetos de derecho.

V. Límites a la libertad contractual: control constitucional, orden público, interés social y derechos fundamentales

La libertad contractual, como manifestación de la autonomía privada, no es un principio absoluto. Incluso desde una perspectiva liberal, se reconoce que existen ciertos límites necesarios para salvaguardar el orden jurídico, proteger la moral pública y garantizar la vigencia de derechos fundamentales. No obs-

tante, la clave está en definir dichos límites de manera restrictiva, excepcional y predecible, de modo que no desvirtúen la regla general: el respeto a la voluntad libremente expresada por las partes.

1. El orden público como límite a la libertad contractual

Tradicionalmente, el orden público se ha entendido como un conjunto de principios fundamentales del ordenamiento jurídico que no pueden ser derogados por la voluntad de los particulares. El artículo 6 del Código Civil venezolano establece que “No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”. Este precepto, si bien legítimo en su origen, ha sido utilizado en la práctica judicial para invalidar contratos o cláusulas que contravienen concepciones amplias o ambiguas del interés general.

Desde una perspectiva liberal, este uso expansivo del orden público es problemático. El concepto de orden público, cuando es definido por el juez sin criterios normativos claros, se convierte en una herramienta de inseguridad jurídica que sustituye la ley por la voluntad política o ideológica de la autoridad de turno. La función del derecho no es “corregir” a los ciudadanos sino proteger su libertad de pactar en términos racionales, aun cuando el Estado o el juez no los considere “óptimos” desde una perspectiva valorativa.

Se echa de menos el concepto clásico de orden público como límite a la voluntad de las partes “incapaz de imponerse a las circunstancias externas al contrato, más vinculadas a temas de naturaleza política, económica o social”⁴⁶. En efecto, como recuerda Madrid siguiendo a Josserand, “la intervención estatal se ha extendido de tal forma, que estamos asistiendo a una «inflación del orden público»”⁴⁷. El orden público debe interpretarse de forma restrictiva, limitada a la protección de normas estructurales o derechos indisponibles, pero no como cláusula general de corrección contractual.

2. El interés social como justificación del intervencionismo

El interés social, al igual que el orden público, ha sido utilizado como fundamento para limitar la eficacia de ciertos contratos o establecer cláusulas obligatorias en determinados sectores (por ejemplo, arrendamiento de vivienda, contratos de consumo, contratos de seguro y contratos bancarios). El problema

46 Claudia Madrid Martínez, “La libertad contractual en el Código Civil: entre regulaciones, limitaciones y silencios”, ob. cit., p. 129.

47 Claudia Madrid Martínez, “Orden público: del artículo 6 del Código Civil a nuestros días”, *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Embajada de Francia en Venezuela – Asociación Franco Venezolana de Juristas, Caracas, 2005. p. 389.

no radica en reconocer ciertos regímenes especiales que protejan a partes vulnerables, sino en la tendencia a extender esos esquemas a relaciones contractuales que no lo requieren o exagerarlos de tal manera que resulten enteramente disfuncionales en la práctica.

En Venezuela, se ha observado una expansión del concepto de “interés social” como principio corrector de toda la vida jurídica, incluso en ámbitos tradicionalmente reservados a la iniciativa privada. Esta expansión ha sido facilitada por decisiones de la Sala Constitucional que sitúan la función social del contrato por encima de la voluntad privada, sin criterios objetivos que permitan prever cuándo una cláusula será considerada contraria al interés general.

Es importante resaltar que “el interés social” es un concepto intrínsecamente difuso, que puede ser manipulado por las autoridades para imponer controles que, lejos de proteger a los ciudadanos, reducen su capacidad de actuar libremente en el mercado. En el ámbito jurídico, esto se traduce en un debilitamiento de la libertad contractual bajo el pretexto de una justicia social que no siempre se materializa y que, en ocasiones, responde más a criterios ideológicos que jurídicos.

Desde una perspectiva constitucional garantista, la intervención del Estado en la esfera contractual debe operar bajo el principio de reserva legal, como expresión de legalidad democrática y límite a la arbitrariedad normativa. En este sentido, el principio de reserva legal en materia mercantil cumple una función esencial: preservar la seguridad jurídica en las relaciones económicas frente al uso abusivo de normas habilitantes y a la expansión del poder normativo sin control parlamentario⁴⁸. Este principio, al exigir que los límites a la autonomía privada provengan de leyes formales y no de decisiones administrativas o judiciales abiertas, contribuye a proteger la libertad contractual como manifestación de la voluntad individual dentro de un marco institucional previsible.

3. Derechos fundamentales y protección de la parte débil

Un argumento frecuentemente esgrimido para limitar la libertad contractual es la necesidad de proteger derechos fundamentales, particularmente en relaciones asimétricas. La jurisprudencia constitucional venezolana ha insistido en que el juez debe verificar que las condiciones contractuales no violen principios como la igualdad, la no discriminación, la dignidad humana o el acceso a bienes esenciales (como la vivienda o los servicios financieros).

Si bien este planteamiento responde a preocupaciones legítimas, la respuesta no debe ser una sustitución del contrato por el “contrato judicial”, sino la crea-

48 Diego Tomás Castagnino, “El principio de la reserva legal en materia mercantil”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB*, no. 75 (2020–2021): 394–405

ción de mecanismos *ex ante* que mejoren la transparencia y la formación del consentimiento (por ejemplo, a través del deber de información, el control previo de cláusulas tipo o la educación jurídica del consumidor). Para proteger al débil no se necesita anular la libertad del fuerte, sino asegurar que ambas partes tengan herramientas adecuadas para negociar racionalmente. En este sentido, la intervención judicial debería limitarse a los casos en los que se verifique una lesión concreta y probada a un derecho fundamental, sin que ello implique una revisión generalizada de todos los contratos a la luz de principios abiertos o difusos.

VI. Perspectivas: ¿hacia una nueva configuración del contrato en el ordenamiento jurídico venezolano?

El proceso de constitucionalización del derecho privado, y en particular del derecho de obligaciones, ha planteado un desafío teórico y práctico para los sistemas jurídicos contemporáneos. En Venezuela, el marco de la Constitución de 1999 ha dado lugar a una reinterpretación del contrato bajo claves como justicia social, equidad sustantiva, progresividad y función social. Sin embargo, el riesgo de este enfoque —cuando es asumido sin moderación— es la erosión progresiva de la autonomía de la voluntad como principio estructurante de la contratación civil y comercial, según se afirmó previamente en este estudio.

Desde una visión liberal, como la que aquí se defiende, la libertad contractual debe ser preservada como regla y sus límites deben ser concebidos como excepciones debidamente justificadas, claras y predecibles. El contrato es, ante todo, una herramienta de cooperación voluntaria entre individuos que conocen sus propios intereses mejor que cualquier ente público. La presunción debe estar del lado de la competencia y la racionalidad privada, no de la intervención tutelar del Estado. Las restricciones a la autonomía de la voluntad deben provenir de leyes formales y no de decisiones judiciales abiertas o decretos con rango legal sin fundamento democrático.

1. Reforzamiento del principio de autonomía de la voluntad

El punto de partida de cualquier reforma o reinterpretación futura del contrato debe ser la reafirmación del principio de autonomía de la voluntad. Como sostiene Hayek, la libertad no exige más que se impidan la coacción y la violencia, el fraude y el engaño, salvo el uso de la coacción por parte del Estado con el único propósito de hacer cumplir reglas conocidas destinadas a asegurar las mejores condiciones bajo las cuales el individuo pueda dar a sus actividades un patrón coherente y racional⁴⁹. Con lo cual, el derecho debe proteger la libertad de los in-

49 Traducción libre de: “*Freedom demands no more than that coercion and violence, fraud and deception, be prevented, except for the use of coercion by government for the sole purpose of en-*

dividuos para estructurar sus relaciones sin interferencia estatal, salvo en casos de fraude, coacción, error esencial o violación directa de normas imperativas claras.

En este sentido, se insiste en que el juez no debe sustituir la voluntad de las partes por su propia visión de justicia, sino verificar que ese consentimiento se haya formado libremente y con información suficiente. La mejor justicia contractual es la que respeta la voluntad de quienes contratan, pues es ese el deseo que persiguen de las partes, quienes conocen sus propias necesidades y actúan en consecuencia.

2. Consolidación del principio de buena fe y del deber de información

En lugar de sustituir el contrato por consideraciones judiciales *ex post*, es preferible desarrollar mecanismos que refuercen la validez del consentimiento *ex ante*. Esto incluye promover el principio de buena fe en la negociación y ejecución del contrato, así como el deber de información por parte de quien tiene superioridad técnica, económica o informativa. En este sentido, el derecho debe fomentar la transparencia y la simetría informativa como condición de la autonomía, sin anular esta última bajo un enfoque paternalista.

3. Interpretación judicial moderada y previsibilidad normativa

La función del juez debe centrarse en garantizar la coherencia del sistema jurídico, no en “recrear” los contratos bajo criterios de justicia subjetiva. Para ello, se requiere una interpretación judicial moderada, que parta del respeto al contrato (libertad contractual) y sólo lo corrija cuando existan razones jurídicas suficientes —no meras valoraciones sociopolíticas— para hacerlo. Asimismo, es urgente recuperar la previsibilidad normativa. Los operadores jurídicos deben tener la posibilidad de anticipar las consecuencias legales de sus contratos. El control de cláusulas abusivas o la validez de la cláusula resolutoria expresa no pueden convertirse en variables de aleatoriedad judicial. La seguridad jurídica es condición de la libertad.

4. Legislación clara y delimitación de las zonas de intervención estatal

Desde el punto de vista legislativo, Venezuela necesita avanzar hacia una delimitación más clara de los regímenes especiales de contratación (consumo, arrendamiento, servicios financieros), diferenciándolos de los contratos simétricos entre particulares. Esta distinción permitiría establecer, con mayor nitidez, los espacios donde el Estado puede intervenir para corregir asimetrías sin extrapolar sus poderes a toda la contratación privada.

forcing known rules intended to secure the best conditions under which the individual may give his activities a coherent, rational pattern.” Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1960, p. 143

Un aspecto importante, muchas veces soslayado en el análisis de la libertad contractual bajo la Constitución de 1999, es el relativo a la reserva legal en materia mercantil, cuya función es proteger la autonomía de la voluntad frente a intervenciones normativas no legitimadas democráticamente. Tal como se argumentó en un estudio anterior⁵⁰, la Constitución venezolana establece que los derechos económicos, y en especial los que inciden en la libertad de empresa y en la contratación mercantil, deben estar regulados mediante leyes formales emanadas del Poder Legislativo, en tanto expresión directa de la voluntad popular. Esta exigencia no es meramente procedimental, sino que constituye una garantía material de seguridad jurídica y un límite al uso discrecional del aparato normativo por parte de otros poderes del Estado.

Sin embargo, en la práctica reciente venezolana, dicha reserva legal ha sido progresivamente desdibujada mediante el uso extendido de leyes habilitantes, que delegan en el Presidente de la República facultades legislativas incluso en materias claramente reservadas al legislador ordinario, como el derecho mercantil. Esta delegación supone una deslegalización inconstitucional del régimen mercantil, especialmente cuando se utiliza para dictar normas que modifican principios estructurales del tráfico económico sin el debido debate parlamentario.

Pese a que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha validado esta práctica bajo la tesis de la “conveniencia legislativa” y la “flexibilidad constitucional”, lo cierto es que esa interpretación contradice abiertamente el diseño constitucional del artículo 112, así como los principios que rigen el Estado democrático de derecho. La intervención normativa del Estado en materia mercantil, para ser legítima, debe fundarse en una ley expresa del Parlamento, como expresión del principio democrático y garantía de previsibilidad normativa. Cuando el Ejecutivo asume funciones normativas sin el contrapeso institucional del debate legislativo, se rompe el equilibrio republicano y se habilita la emisión de normas con fuerza de ley que alteran directamente la lógica liberal del derecho privado.

La materia mercantil, por su complejidad técnica, su incidencia económica y su sensibilidad institucional, debe permanecer en reserva legal, de modo que cualquier reforma o regulación sustantiva se fundamente en un debate plural, transparente y controlable. La consolidación de un entorno jurídico seguro y respetuoso de la libertad contractual pasa necesariamente por reafirmar el principio de reserva legal como mecanismo estructural de defensa de la autonomía privada frente a la arbitrariedad regulatoria.

50 Diego Tomás Castagnino, “El análisis económico del derecho desde la Escuela Austriaca y sus implicaciones en el derecho mercantil contemporáneo”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* no. 14 (2025): 35–56.

En este sentido, Friedrich Hayek advertía que las sociedades libres requieren de un “orden legal abstracto y general”, que impida el uso del poder coercitivo del Estado para fines redistributivos particulares⁵¹. El derecho civil debe conservar su lógica estructural y sólo ser permeado por el constitucionalismo en aquello que sea estrictamente necesario para proteger la libertad y la igualdad jurídica.

En este contexto, el principio de reserva legal cobra especial relevancia como límite material y formal al intervencionismo estatal en las relaciones privadas. No basta con afirmar que el Estado puede corregir asimetrías contractuales; es necesario que dichas restricciones estén previamente establecidas por el legislador, mediante leyes claras y generales. Como se ha argumentado en otro estudio, “la aplicación de normas excepcionales en materia mercantil debe estar sujeta a una habilitación legal expresa, dictada por órganos con legitimidad democrática, de modo que no se vulnere el principio de seguridad jurídica ni se habilite una expansión ilimitada del poder público en el tráfico económico”⁵². De lo contrario, el contrato se ve sometido a una constante redefinición judicial o administrativa, incompatible con los postulados del Estado de derecho.

Desde un enfoque metodológico liberal, se ha sostenido que el derecho —y especialmente el derecho mercantil— debe entenderse como un orden espontáneo que emerge de la interacción voluntaria entre los individuos, y no como un producto de planificación estatal. En esta línea, el exceso de legislación y la expansión judicial sobre la autonomía de la voluntad tienden a destruir las condiciones institucionales que hacen posible el intercambio libre y eficiente entre los particulares⁵³. Esta visión, inspirada en la Escuela Austriaca, plantea que la función normativa del Estado debe ser la de garante de marcos generales y previsibles, no la de arquitecto central del contenido contractual.

Un ejemplo paradigmático del retroceso institucional que sufre la libertad contractual en Venezuela se observa en el ámbito de la contratación de consumo. Tal como se ha advertido, el legislador ha sustituido el tradicional régimen civil y mercantil por un aparato administrativo paternalista, desdibujando las categorías propias del derecho privado y subordinando la autonomía de la voluntad a criterios imprecisos de “justicia social” o “protección del débil jurídico”⁵⁴. Esta transformación no solo erosiona la coherencia del sistema contractual, sino

51 Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, vol. 1, Unión Editorial, Madrid, 2013. pp. 94-112.

52 Diego Tomás Castagnino, “El principio de la reserva...”, 394-405.

53 Diego Tomás Castagnino, “El análisis económico del derecho...”, 35-56.

54 Diego Tomás Castagnino, “El arbitraje de consumo en Venezuela: una visión desde el derecho mercantil,” en *XII Jornada Aníbal Dominici*, Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, 2024, 143-174.

que habilita una intervención desproporcionada del Estado en relaciones contractuales que deberían ser resueltas conforme a reglas de igualdad formal y no bajo criterios de oportunidad política. Recuperar una perspectiva mercantilista del contrato de consumo, fundada en principios de libertad y eficiencia, resulta esencial para restablecer la lógica del derecho privado frente al avance de modelos administrativos de control.

VII. Conclusiones

El análisis de la libertad contractual en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 revela una profunda transformación del derecho privado venezolano, en la cual los principios y valores constitucionales han pasado a desempeñar un rol decisivo en la vida del contrato, particularmente en su hermenéutica. Este proceso, aunque legítimo en términos de evolución jurídica, plantea interrogantes sustanciales sobre la vigencia de la autonomía de la voluntad, la seguridad jurídica y el alcance del control judicial sobre las relaciones privadas.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha contribuido activamente a este fenómeno de “constitucionalización del contrato”, al incorporar principios como la función social y la protección de la parte débil como prismas de hermenéutica en materia contractual. No obstante, esta tendencia ha generado tensiones significativas con la concepción liberal del contrato, basada en la autorregulación privada, el respeto a la voluntad de las partes y la mínima intervención del Estado.

Desde una visión inspirada en la Escuela Austriaca de Economía y en el pensamiento jurídico liberal, el contrato es, ante todo, una expresión de libertad individual. La autonomía de la voluntad no debe ser tratada como un principio residual sujeto a un excesivo número de limitaciones, sino como el fundamento estructural del orden privado. La justicia contractual no puede alcanzarse a costa de la certeza, la previsibilidad o la responsabilidad individual, y mucho menos mediante el desplazamiento del consentimiento por valoraciones judiciales difusas sobre lo justo o lo deseable.

El Estado tiene sin duda una función importante en el establecimiento de reglas generales, la corrección de desequilibrios evidentes y la protección de derechos fundamentales, pero su intervención debe ser clara, proporcional y excepcional. La experiencia comparada y la mejor doctrina muestran que las economías más libres y los sistemas jurídicos más robustos son aquellos que confían en la capacidad de los ciudadanos para regular sus relaciones bajo reglas de transparencia, responsabilidad y respeto mutuo.

En consecuencia, se propone una relectura de la libertad contractual a la luz del marco constitucional, pero sin abandonar su esencia liberal. Ello implica reforzar la buena fe, promover el deber de información, clarificar los límites del orden público y limitar el alcance del activismo judicial. Se trata de recuperar el equilibrio entre libertad y justicia, sin caer ni en el formalismo vacío ni en el intervencionismo arbitrario.

La Constitución de 1999 debe ser interpretada como un marco de libertades y garantías, no como un instrumento de sustitución de la voluntad privada por la del Estado. La libertad contractual, lejos de ser una amenaza para la justicia social, es su presupuesto. Una sociedad libre, como enseñó Hayek, no es aquella en la que todos son iguales por imposición, sino aquella en la que todos son libres para pactar, cooperar y construir su destino bajo la protección del derecho, no bajo su sustitución.

En definitiva, frente a la creciente tendencia a expandir el control judicial y la intervención legislativa sobre los contratos, resulta imprescindible rescatar una visión del derecho privado como espacio de libertad, autorregulación y cooperación voluntaria. La libertad contractual no es una concesión del Estado ni un mecanismo técnico al servicio de fines redistributivos, sino una manifestación esencial de la acción humana deliberada en contextos jurídicos abiertos y pre-visibles⁵⁵. Recuperar esta perspectiva no solo es coherente con el espíritu liberal del derecho privado, sino que representa una condición mínima para reconstruir la seguridad jurídica en sistemas marcados por la inestabilidad institucional y la hipertrofia normativa

La defensa de la libertad contractual no puede limitarse a las relaciones entre iguales ni al ámbito estrictamente empresarial. También debe extenderse al universo de los contratos de consumo, donde la lógica administrativa ha desplazado injustificadamente a la tradición mercantil. La tutela del consumidor no debe traducirse en una negación de la autonomía de la voluntad, sino en el fortalecimiento de sus condiciones materiales para contratar libremente, sin caer en paternalismos que desnaturalicen el contrato como acto jurídico bilateral⁵⁶. La reconstrucción del derecho privado exige, por tanto, reafirmar su vocación horizontal, voluntaria y plural, incluso frente a tendencias regulatorias bien intencionadas, pero institucionalmente deformantes.

55 Diego Tomás Castagnino, "El análisis económico...", 35-56.

56 Diego Tomás Castagnino, "El arbitraje de consumo...", 143-174.

Bibliografía

- ALVARADO ANDRADE, Jesús María, “Aproximación a la Tensión Constitución y Libertad en Venezuela”, *Revista de Derecho Público*, No. 123, 2010.
- BAQUER, Martín-Retortillo, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, “La Constitución y el Derecho civil”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, No. 2, 2004.
- BAUTISTA URBANEJA, Diego, *La idea política de Venezuela 1830-1870*, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2004.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., “Sobre el Estado de derecho en Venezuela y su desintegración bajo el régimen autoritario”, Texto preparado como base para la conferencia dictada en el Congreso sobre “Derecho Internacional y Estado de Derecho”, organizado por la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, celebrada en México el 23 de septiembre de 2024. Disponible en: <https://allan-brewercarias.com/wp-content/uploads/2024/10/1422.-Brewer-Carias.-Sobre-el-Estado-de-derecho-en-Venezuela.-Academia-Mexicana-Jurisp.-sept-2024.pdf>.
- _____, “Principios el Estado de derecho. Aproximación histórica”, Cuadernos de la Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de derecho y derechos humanos, Miami Dade College, Programa Goberna Las Americas, Editorial Jurídica Venezolana International. Miami-Caracas, 2016.
- _____, *Apreciaciones críticas sobre la Constitución de 1999 a 25 años de su entrada en vigencia* Caracas: Ediciones Allan Brewer-Carías, 2025.
- CASTAGNINO, Diego Tomás, “El análisis económico del derecho desde la Escuela Austriaca y sus implicaciones en el derecho mercantil contemporáneo”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* no. 14, Caracas, 2025.
- _____, “El arbitraje de consumo en Venezuela: una visión desde el derecho mercantil”, en *XII Jornada Aníbal Dominici*, Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Caracas, 2024.
- _____, “El principio de la reserva legal en materia mercantil”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB*, no. 75 (2020–2021).
- CASTRO AYALA, José Guillermo, “La constitucionalización del derecho privado y su evolución histórica y dogmática”, *Opción*, No. 35, 2020.
- CORSI, Luis, “Contribución al estudio de las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad contractual”, *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, No. 7, 2021.

- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, Tomo I, Palestra Editores, Lima, 2017.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, “Entre el derecho público y el derecho privado”, *Revista de Derecho Público*, No. 161/162, 2020.
- , *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*, CI-DEP – Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018.
- , “Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, No. 7, 2016.
- GORRÍN, Guillermo, “Desnaturalización de la cláusula resolutoria expresa”, *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*, 2da edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Asociación Venezolana de Derecho Privado, Caracas, 2010.
- HAYEK, Friedrich A., *Derecho, legislación y libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2013.
- , *Camino de servidumbre*, Unión Editorial, Madrid, 2010.
- , *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1960.
- JIMÉNEZ BENÍTEZ, William Guillermo y Meneses Quintana, Orlando, “El liberalismo de Kant, Kelsen y Rawls a la luz de la configuración de una paz internacional”, *Reflexión Política*, No. 40, 2018.
- JOSSERAND, Louis, *Derecho civil. Teorías generales del Derecho y de los derechos. Las personas*, Tomo I, Vol. I, Bosch Editores, Buenos Aires, 1952.
- MADRID MARTÍNEZ, Claudia, “La libertad contractual en el Código Civil: entre regulaciones, limitaciones y silencios”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, No. 20, 2023.
- , “Orden público: del artículo 6 del Código Civil a nuestros días”, *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Embajada de Francia en Venezuela – Asociación Franco Venezolana de Juristas, Caracas, 2005.
- MÉLICH-ORSINI, José, *Doctrina general del contrato*, 5ª edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2009.
- MISES, Ludwig, *La acción humana: tratado de economía*, Unión Editorial, Madrid, 2011.
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, “Discurso de orden del Dr. Alfredo Morles Hernández en el acto solemne de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en homenaje al Profesor José Mélich Orsini”, *Cuestiones Jurídicas*, No. 2, 2011.
- TSJ-SC, sentencia No. 1.049, de fecha 23 de julio de 2009.
- TSJ-SC, sentencia No. 1.419, de fecha 10 de julio de 2007.
- TSJ-SC, sentencia No. 167, de fecha 4 de marzo de 2005.
- TSJ-SC, sentencia No. 85, de fecha 24 de enero de 2002.

¿Es la extinción de dominio una manera de extinguir el derecho de propiedad? El concepto fundante de la potestad de corrección patrimonial del Estado.

Emilio J. Urbina Mendoza¹

1. ¿El fundamento de la extinción de dominio y su nexo con el derecho de propiedad? Una institución de naturaleza sustantiva constitucional y adjetivamente civil.

Ya está comprobado, judicialmente, no sólo a través de estudios teóricos², que la persecución patrimonial contra la delincuencia económica resulta una vía complementaria a la punitiva tradicional³. Con resultados más eficientes en cuanto a

- 1 Abogado, mención *cum laude*, egresado de la Universidad Católica del Táchira (1998). *Magister Scientiarum* en ética social y desarrollo humano (Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, 2002). Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto (2010). Profesor del Doctorado en Derecho UCAB (2014-2025). Investigador invitado (*visiting scholars*) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (Bilbao, 2024-2025). ORCID n° 0000-0001-5430-1157
- 2 Véase, March Poquet, J.M. «Economía Pública y corrupción. Una ordenación de las propuestas anticorrupción», *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, N° 91, 2017, p. 273. También, en nuestra obra R. S. Jiménez Tapia, y E. J. Urbina Mendoza, *El Comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Buenos Aires, Ediciones Olejnik, 2021, pp. 93-97, donde analizamos la teoría de conducta racional y los costos delictuales.
- 3 Santander Abril, G. “La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado”, en: AAVV. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Ediciones de la Organización de Estados Americanos, Washington D.C., 2017, p. 430 sobre el gran terror que le causa a los delincuentes económicos “perder las utilidades provenientes del delito” más que la privación de libertad. En efecto: “(...) Esta problemática también lleva a reconocer que desde la perspectiva de las ganancias ilícitas, la pena de prisión no está cumpliendo eficientemente con sus fines disuasivos, pues ante los altos niveles de impunidad patrimonial que predomina en la mayoría de los países, esta tradicional pena solo suele generar los efectos contrarios, pues a pesar que el delincuente cumpla físicamente con una condena que el Estado le impone, si no se le priva de sus ganancias ilícitas, cumplida la pena podrá salir a disfrutarlas, lo que en últimas ejerce un efecto gratificante de su proceder antisocial, con el agravante de que en la mayoría de legisladores no se prevé un

la recuperación de activos⁴, e inclusive, de mayor impacto que la acostumbrada restricción a la libertad personal en las democracias occidentales⁵; comienza a tomar carta de naturaleza en nuestras legislaciones, conceptos heterodoxos como decomiso sin condena y extinción de dominio⁶. El “problema patrimonial” generado por bienes adquiridos -y en menor medida los destinados⁷- ilícitamente, con sus mecanismos de corrección constitucional⁸, no solo afecta al coloquial “botín”. Lo más relevante, en estas nuevas formas, es el impacto en la capacidad para generar o anular cualquiera de los atributos del derecho de propiedad de dichos bienes que encarecen los costos de la delincuencia económica. No olvidemos que aquello que ha originado estos institutos se vinculan en mayor o menor medida a la incapacidad del proceso penal tradicional para enfrentar a esta tipología de delitos⁹, cuya lógica, nos coloca frente a las mayores de las crisis de todos los tiempos, como es, la crisis de civilidad¹⁰. En este marco, las instituciones procesales clásicas se han visto cercadas por lo que FERRAJOLI denomina “poderes

procedimiento que permita perseguir los bienes ilícitos más allá de los límites del proceso penal, reafirmando así la funesta idea de que delinquir “si vale la pena” (...)”.

- 4 Véase F. Boehm, y J. Graf Lambsdorff, “Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional”, *Revista de Economía Institucional*, Vol. II, N° 21, 2009, pp. 61-62.
- 5 Véase J. M. Silva Sánchez, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Editorial Atelier, Barcelona, 2018, pp. 267.
- 6 Sobre las diferencias conceptuales de los decomisos sin condena penal y la extinción de dominio, véase R.S. Jiménez Tapia, y E.J. Urbina Mendoza, *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2020, pp. 198-204.
- 7 Con relación a los llamados bienes instrumentalizados por el delito, es decir, de origen lícito pero empleados para actividades ilícitas, las posturas en América Latina varían sobre si incorporarlos dentro de la extinción de dominio o excluirlos. En México, por ejemplo, la reforma constitucional de 2019 que conllevó a la sanción de una nueva ley federal de extinción de dominio, fue enfática de eliminar del mecanismo los bienes instrumentalizados. Para más detalles, véase Solórzano, O. “La extinción de dominio de la propiedad instrumentalizada para cometer crímenes”, en: Basel Institute on Governance. *La extinción de dominio de bienes instrumentalizados*. Lima, Basel Institute on Governance-Embajada de la Confederación Suiza en la República del Perú, 2024, pp. 9-15.
- 8 Véase E. J. Urbina Mendoza, *La propiedad y los límites de las potestades de corrección patrimonial del Estado*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana Internacional – Avipri, 2024, 290 pp.
- 9 Como lo señala Roxin, la crisis presente en el proceso penal se debe a la presunta crisis del principio de presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, puesto que, el proceso criminal tradicional exige un estándar probatorio que hace nugatorio cualquier iniciativa de las fiscalías para establecer la responsabilidad penal. Para más detalles, véase Roxin, C. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2003, pág. 112.
- 10 L. Ferrajoli, “El actual significado del garantismo”, en: *Teoría y realidad constitucional*, n° 55, 2025, pp. 89-100.

salvajes”¹¹, donde, la separación de los intereses privados con los públicos se hace cada vez más imperceptible, generando una de las mayores antinomias estructurales en la historia humana¹².

Sin embargo, para enfrentar este contexto, y para garantizar que la propiedad pueda generar sus correspondientes derechos, se apela al axioma de la “prescindencia de una sentencia penal condenatoria previa”, para concebir formas de elevar costos delictuales contra precisamente aquellos que han decidido ir en contravía a los valores constitucionales que exige la propiedad para reputarse como tal¹³. El más relevante es la imprescindible adquisición y destinación de dichos bienes dentro del concepto de “licitud”, donde, la preexistencia de una legalidad constitucional *a priori* de esos efectos patrimoniales es vigilada a toda costa, pues como lo ha resaltado la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sólo:

“(…) *protege el dominio que es fruto del trabajo honesto* y por ello el Estado, y la comunidad entera, alientan la expectativa de que se extinga el dominio adquirido mediante títulos ilegítimos, pues a través de tal extinción se tutelan intereses superiores del Estado (...)”¹⁴ (cursivas nuestras)

Ante un fenómeno delictivo que muta y se mimetiza con las manifestaciones de la economía globalizada, el problema de la lucha contra lo “ilícito” no centra su atención en la comprobación, previo proceso judicial con sus respectivas garantías, de la culpabilidad de los sujetos involucrados con dichas acciones antijurídicas, sino, en la *verificación objetiva sobre las causas que generaron esa propiedad cuestionada*. De esta manera, la propiedad como concepto, se torna el centro del campo de batalla, diferenciándose de los derechos insertos en la misma, es decir, del concepto omnicompreensivo del derecho de propiedad¹⁵.

11 L. Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid, Edit. Trotta, 2011, pág. 53.

12 L. Ferrajoli, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*. Madrid, Fundación Colquío Jurídico Europeo, 2009, pág. 39.

13 Véase E. J. Urbina Mendoza, “Los valores constitucionales de la propiedad y la aplicación del concepto “interés general” como fundamento de la potestad constitucional de corrección patrimonial en la extinción de dominio. Una interpretación desde la peculiaridad constitucional venezolana”, en: *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 12, n° 1 (enero/junio), 2024, pp. 55-82.

14 Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-740 de fecha 28 de agosto de 2003 (Caso: *Pedro Pablo Camargo Vs. Ley 793 de 2002*).

15 Sobre el derecho de propiedad y su régimen jurídico en Venezuela, véase A.R. Brewer-Carías, “El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela”, en: AAVV. *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*. Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, 1979, Tomo II, pp. 1139-1246. Del mismo autor, véase *Urbanismo y propiedad privada*. Caracas, Editorial Jurídica

Esta diferenciación es vital para entender las construcciones teóricas comidas alrededor de la extinción de dominio, primero, desde su propia aparición como mecanismo (y vocablo) de control propietario del suelo agrario en Colombia desde 1936¹⁶. Segundo, porque al trasvasarlo hacia la esfera punible a finales

Venezolana, 1980. “Adquisición de la propiedad privada por parte del Estado en el Derecho venezolano”, en: AAVV. *Seminario Internacional sobre Derecho urbano*. Cali, Asociación Colombiana de Ingeniería Sanitaria y Ambiental, 1994, pp. 191-245. “El juez constitucional en Venezuela como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: el caso RCTV”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 110, 2007, pp. 7-32. *Propiedad privada y Derecho Administrativo. Estudios*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-Cuadernos de la Biblioteca “Allan R. Brewer-Carías” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, n° 18, 2023. M.C. Domínguez Guillén, y C. Pérez Fernández, “Consensualismo y propiedad”, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n° 14, 2020, pp. 227-279. R.J. Duque Corredor, *Procesos sobre la propiedad y la posesión*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011. Del mismo autor, véase “La reforma constitucional y la desnaturalización del derecho de propiedad y su transformación en una simple relación de hecho permitida por el Estado”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 112, 2007, pp. 241-248. “Constitución política y propiedad”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 19, 1984, pp. 39-44. Novoa Monreal, E. “El derecho de propiedad en las sucesivas Constituciones y leyes sustantivas venezolanas”, en: *Revista de la Facultad de Derecho UCV*, n° 58, 1976, pp. 103-114. Galloti, A. “La disminución progresiva del derecho de propiedad en Venezuela”, en: AAVV. *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación. 1915-2015*. Caracas, Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015, Tomo I, pp. 157-198. R. Ghazzaoui, *Propiedad y expropiación. Un estudio comparado entre los ordenamientos de España y Venezuela*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2020. C. García Soto, “Notas sobre la doble valencia del derecho de propiedad. Comentarios a la Sentencia del TSJ-SC de 24 de febrero de 2006, caso Municipio Baruta del estado Miranda”, en: AAVV. *Estudios de Derecho constitucional y administrativo: libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*. Caracas, Ediciones FUNEDA, 2010. J.I. Hernández, “Veinticinco ideas sobre la Constitución económica y la propiedad social”, en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n° 149, 2010, pp. 363-387. Rangel Lamus, A. “La propiedad, función social”, en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. 3, n° 1, 1938, pp. 31-36. A. Rondón García, “El derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico venezolano”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 133, 2009, pp. 199-238. J.G. Silva Bocanay, “El derecho a la propiedad y libertad en Venezuela. Del exceso de Estado al Estado totalitario”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 163-164, 2020, pp. 237-250. H. Turuhpial Cariello, “Las limitaciones al derecho de propiedad y su sujeción a los principios generales del derecho”, en: *Revista de Derecho urbanístico*, n° 1, 1993, pp. 71-82. J.L. Villegas Moreno, “El derecho de propiedad en la Constitución de 1999”, en: AAVV. *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela, 20 años de la especialización en Derecho Administrativo*. Caracas, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV-Tribunal Supremo de Justicia, 2001, Vol. II, pp. 565-582.

- 16 La génesis del concepto de extinción de dominio comenzó, según explica el profesor Santander Abril, en 1936 con la reforma agraria colombiana. Según las reformas agrarias de la nación neogranadina, se “extingüía el dominio” sobre un fundo si el propietario contra-

de los años 80 del siglo XX¹⁷, se ha marcado un acento particularmente “civil” del instituto, aunque, como veremos, su naturaleza ha bifurcado dependiendo de la óptica con el que se estudie. De allí que, se afirme, que la extinción de dominio es un mecanismo sustantivamente (regla sustantiva) constitucional y adjetivamente (regla procesal) civil¹⁸.

Sin embargo, a pesar del carácter incuestionable de la extinción de dominio como “proceso civil patrimonial”¹⁹, sería un despropósito metodológico arrinconarlo en un reduccionismo penal/civil (*reductio ad unum*)²⁰ como muchas veces la doctrina y la jurisprudencia²¹ -abusando de la navaja de OCCAM- lo presenta para aplicar un régimen que exima las garantías del proceso penal y fortalezca en cada una de sus aristas lo que encierra la frase *the crime doesn't pay*.

venía las funciones constitucionales que debía cumplir la propiedad agraria, sobre todo, las vinculadas con el régimen de suelo productivo. Véase G. Santander Abril, *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio: fundamentos de las causales extintivas*. Bogotá, Tesis de maestría en Derecho penal, consultada en original, Universidades Santo Tomás de Aquino y Salamanca, 2018, pág. 114.

- 17 Del Derecho agrario pasó al Derecho penal cuando el gobierno colombiano del presidente César Gaviria Trujillo, dicta el Decreto 2790 de 1990, en el cual, se creaba el Estatuto para la defensa de la justicia. Para más detalles, véase R.S Jiménez Tapia, y E.J. Urbina Mendoza, *Introducción al estudio de la extinción de dominio y sus modelos globales*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-Avipri, 2023, pág. 83.
- 18 R.S. Jiménez Tapia, y E.J. Urbina Mendoza, ... *Introducción al estudio de la extinción de dominio* ..., pp. 87-92.
- 19 En efecto, tanto la Ley Modelo de Extinción de Dominio como el resto de la legislación latinoamericana la definen como “acción civil patrimonial”, por ejemplo, artículo 3 de la Ley Nacional de Extinción de Dominio (México); artículo 16.4. del Código de Extinción de Dominio (Colombia); Artículo III, 3,11 del Decreto Legislativo 1.373 (Perú); artículo 6 del Decreto legislativo 534/2013 y 734/2017 (El Salvador); artículo 4 del Decreto legislativo 55-2010 de Ley de Extinción de Dominio (Guatemala) y artículo 11 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio (Venezuela).
- 20 A. Carrillo del Teso, *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2018, pág. 120.
- 21 Por ejemplo, la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH), en sus sentencias *Cecil Stephen Walsh v. Reino Unido*, de fecha 21 de noviembre de 2006 y *Dassa Foundation and Others v. Liechtenstein*, de fecha 10 de julio de 2007; equipararon el decomiso sin condena europeo como una acción de *enriquecimiento injusto* (sin causa), típica fuente de las obligaciones diferenciadas de la acción de responsabilidad civil extracontractual. En la sentencia *Gogitidze and Others v. Georgia*, de fecha 12 de mayo de 2015, se estableció que al ser el decomiso un proceso civil de enriquecimiento ilícito, no procedía hablarse de violación a las garantías del proceso penal, no siendo aplicable ni la presunción de inocencia ni el *in dubio pro reo*.

Analizados estos elementos introductorios, a los fines de poder encontrar una definición que explicita lo que buscamos analizar en el presente estudio, podemos conceptualizar a la extinción de dominio como una *acción civil patrimonial, de naturaleza in rem, mediante el cual, en resguardo de los valores constitucionales de la propiedad, se verifica el carácter lícito de la adquisición o destinación de los bienes, a los fines de consolidar o no el derecho de propiedad; y, si se comprueba la ilicitud, los bienes pasan sin contraprestación alguna a la titularidad del Estado para que este los reinserte nuevamente en el sistema patrimonial económico.*

No queremos, con esta definición, acercarnos a posturas ideológicas que sobre la propiedad se han tejido, desde las versiones más extremas del materialismo dialéctico hasta el fanatismo liberal donde el centro de los derechos gira en torno al fenómeno propietario. Ni es un “terrible derecho”²², así como tampoco es el corazón de la propia vitalidad individual²³.

De esta manera, a los efectos metodológicos, podemos partir de una definición que no va enlazada con ninguna versión ideológica que sobre la propiedad se ha trazado, así, entendamos que el concepto de *licitud de adquisición* tenga sus raíces en las explicaciones protoliberales de Locke²⁴. Esto es sumamente importante aclararlo, visto que, la deslegitimación conceptual de la extinción de dominio se encuentra a la vuelta de cada esquina de la política criminal de los Estados, al ser extremadamente “suculenta” para que esos Estados la empleen como remedio eficaz para problemas jurídicos que en nada se vinculan con la de-

22 Vease Rodotà, S. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*. Il Mulino, 1990, 469 pp. Existe versión en castellano editado por Civitas (1986).

23 Como escribe en un post de Ramón Rallo, de fecha 10 de enero de 2017, (véase <https://juanramonrallo.com/sobre-los-limites-de-la-propiedad/>) “(...) *Una defensa del derecho de propiedad algo más sofisticada nos lleva a incardinar ese defensa dentro de una estructura de derechos individuales más amplia que, a su vez, cumple con algún propósito. A saber, ¿qué fines persigue el liberalismo cuando sostiene que las personas poseen derechos individuales? ¿Cómo encaja el derecho de propiedad con el resto de derechos individuales y con el proyecto filosófico-político del liberalismo? De manera muy breve: el liberalismo busca estructurar una comunidad política dentro de la cual cada persona pueda perseguir sus propios fines sin interferencias no consentidas por el resto de las personas. El derecho de propiedad es fundamental dentro de este cometido porque otorga a su titular un control absoluto sobre una determinada porción de la realidad material circundante en la que puede desplegar autónomamente su proyecto personal autorrealizante: sin propiedad privada, los propósitos vitales de cada individuo estarían sometidos al capricho ajeno (sea al capricho de un tirano, de una oligarquía o de la masa despótica (...)).*”

24 En efecto, quien formula sobre la legitimación de la propiedad, que sólo por vía del trabajo “lícito” y honesto se consolida el derecho de propiedad. Véase J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Londres, 1690. Hemos utilizado como fuente, la versión publicada en Madrid (2010), por la Editorial Tecnos y traducción de Carlos Mellizo. Véase capítulo V: De la propiedad, pp. 32-35.

lincuencia económica. Así, se hace fraude a la propia extinción de dominio, pues, desnaturalizarla implica una de las formas más sutiles para confiscar bienes sin generar escándalo o inseguridad económica, amén de aniquilar en todo sentido su capacidad operativa para hacer frente a la frustración procesal de los Ministerios Públicos Fiscales. Por ejemplo, para persecución política²⁵, retaliaciones económicas²⁶, elusión y evasión fiscal²⁷, fraudes electorales²⁸, etc.

Por tales razones nos corresponde revisar más a fondo, tanto de la arista procesal (acción de extinción de dominio) como de su faceta sustantiva (potestad constitucional de corrección patrimonial).

Rasgos característicos de la acción de extinción de dominio

De las advertencias anteriores y la definición ensayada, podemos encontrar disímiles características de la acción de extinción de dominio, que como explicamos, es lo que realmente responde al carácter civil-patrimonial²⁹. Son el resultado de la construcción histórica del instituto desde el Derecho colombiano y la experiencia latinoamericana emancipada de la acción penal. Lo resaltante del caso es su creación vía pretoriana, es decir, la jurisprudencia ha jugado un papel de suma importancia, para, inclusive, obtener resultados tan dispares argumentando el mismo concepto, como, por ejemplo, el relativo al uso de la carga dinámica de la prueba³⁰.

25 Sobre el uso de la extinción de dominio como manifestación de *lawfare*, véase E.J. Urbina Mendoza, “Los límites al legislador para la calificación como actividad “ilícita” en la extinción de dominio. El principio de la progresividad y objetivación de la denominada “actividad ilícita”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 179-180, 2024, pp. 329-342. También, véase J.I. Hernández, “La “Ley Bolívar” y la extinción de dominio como instrumento de persecución política”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 179-180, 2024, pp. 343-348.

26 Como por ejemplo, el concepto creado jurisprudencialmente en Colombia sobre “pánico económico” donde el uso de vehículos o acervos patrimoniales de una empresa para actividades ajenas a su objeto comercial, pudiera considerarse una forma de generar zozobra a través de la fuerza. Estamos haciendo referencia a la extinción de dominio contra las sociedades mercantiles que, durante las protestas de 2018, procedieron a facilitar el traslado de los manifestantes o para bloquear vías.

27 Como se desprende, en el caso del decomiso sin condena europeo, de la *Resolución de 26 de marzo de 2019, sobre delitos financieros y evasión y elusión fiscal*, del Parlamento Europeo

28 Como también ocurrió en Colombia con la práctica de la compra de votos y fraude electoral. Para más detalles, véase R.S. Jiménez Tapia, R.S y E. J. Urbina Mendoza, ... *Introducción al estudio de la extinción de dominio* ..., pp. 130-133.

29 R.S. Jiménez Tapia, R.S y E. J. Urbina Mendoza ... *Introducción al estudio de la extinción de dominio* ..., pág. 259.

30 En efecto, tenemos el caso de las Salas de Casación Civil de Colombia y Venezuela. En el caso colombiano, el artículo 167 del Código General Procesal contempla el modo y oportunidad cuando un juez, en un proceso civil, deba apartarse de la regla tradicional de la carga de la prueba. La Casación civil colombiana, mediante el uso del control difuso, sen-

Sin embargo, podemos encontrar seis (06) rasgos característicos que marcan la forma de la acción de extinción de dominio.

Primero, es una *actio in rem*³¹, cuya función es la de esclarecer si un bien o patrimonio ha sido producto -y en menor medida destinación³²- de una actividad ilícita, sea calificada como delictiva o cualquier otro hecho que el legislador considere susceptible de aplicación de la ley³³.

cillamente desaplicó este texto para asegurar que en Colombia no existe la carga dinámica de la prueba (CSJ-Sala de Casación Civil, sentencia SC 9193-2017 de fecha 28 de junio de 2017 – Caso: *Luz Mery Zambrano Acevedo y otros*). En Venezuela, la carga dinámica en el régimen procesal del CPC, está terminantemente prohibida en su artículo 506. Sin embargo, la Casación Civil, en uso de las potestades que le confiere también el control difuso de la constitucionalidad, procedió a desaplicar este mismo artículo introduciendo el concepto de “ductilización” de la carga estática de la prueba. (TSJ-Sala de Casación Civil, sentencia número RC000292 de fecha 03 de mayo de 2016 – Caso: *Francisco Junior Duarte vs. Inversiones Duarte Molina, C.A.*)

31 R.S. Jiménez Tapia, R.S y E. J. Urbina Mendoza ... *El comiso autónomo y la extinción de dominio* ..., pp. 171-172.

32 Recordemos que la *actio in rem* se sustentaba en la clásica ilicitud “civil” como la *condictio indebiti*, *condictio causa data non secuta*, *condictio ob turpem vel injustam causam* del derecho romano. Con el mecanismo de la extinción de dominio, y en menor medida el decomiso sin condena penal, surge la paradoja de litigar en juzgados civiles patrimoniales y su procedimiento, pero, con causas de reprochabilidad provenientes en general de tipos penales. De igual forma, la ejecución de estas sentencias también debe cumplir los requisitos para el reconocimiento internacional de fallos penales en múltiples jurisdicciones, como, por ejemplo, el principio de la doble incriminación. Por otra parte, en cuanto a la aplicación de la extinción de dominio para aquellos bienes de origen lícito pero destinados a delitos (instrumentalización), hay tendencias en el continente a cuestionarlo. Por ejemplo, en México, la Corte Suprema de Justicia, resolviendo la acción de inconstitucionalidad 109/2019, consideró que se “vulnera” el artículo 22 de la Constitución federal, que establece que la extinción de dominio solo procede contra bienes de legítima procedencia, excluyéndose los bienes criminales por destinación o instrumentos del delito. Para más detalles, véase O. Solórzano, “La extinción de dominio de la propiedad instrumentalizada para cometer crímenes”, en: Basel Institute on Governance. *La extinción de dominio de bienes instrumentalizados*. Lima, Basel Institute on Governance-Embajada de la Confederación Suiza en la República del Perú, 2024, pp. 9-15.

33 Artículo 1 de la Ley Modelo de Extinción de Dominio de ONUDC. En la experiencia latinoamericana se han incluido dentro de la definición de actividad ilícita no sólo delitos tipificados en leyes formales penales, sino también, sanciones administrativas, cambiarias, marcarias, tributarias, electorales, etc. Inclusive, una mala práctica ha comenzado a calificar actos de naturaleza “política” como actividad ilícita, cual manera solapada de *lawfare*. Para más detalles, véase URBINA MENDOZA, E.J. “Los límites al legislador para la calificación como actividad “ilícita” en la extinción de dominio. El principio de la progresividad y objetivación de la denominada “actividad ilícita”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 179-180, 2024, pp. 329-342.

Segundo, su finalidad es cuestionar constitucionalmente el origen propietario, pues, sólo la propiedad legítimamente adquirida (conforme a la ley y según pautas de honestidad) puede generar efectos (atributos) del derecho de propiedad en el titular aparente³⁴.

Tercero, cuestionamiento del origen o destinación “ilícita” del bien, nunca la culpabilidad del titular aparente, aplicando lo que la jurisprudencia constitucional centroamericana denomina “presunción de ilicitud”³⁵. Como contrapeso, en el proceso judicial, deberá aplicarse el principio de la presunción de licitud del patrimonio³⁶, ello con el objeto de establecer un equilibrio procesal entre el Ministerio Público que le asiste el principio de la presunción de ilicitud usando el *balance de probabilidades*, empleado en la fase de investigación, frente a la legalidad aparente que gozan los bienes que han sido objeto de actos jurídicos empleando las formalidades legales vigentes en la legislación. Es quizá una de las más complejas actividades de ponderación judicial más agotadoras y escrupulosas para el poder judicial.

Cuarto, separación absoluta entre lo “ilícito” de lo “punible”, que implica un desprendimiento de la sentencia penal condenatoria previa para declarar una extinción de dominio. Por tanto, no hay exigencia de identidad entre la punibilidad con ilicitud.

Quinto, comprobación de la desproporción patrimonial por el titular aparente, al no poder responder objetivamente a la pregunta ¿cómo se obtuvo el bien? y su incapacidad para demostrar que era lícito su procedencia o destinación.

Sexto, imprescriptibilidad, retrospectividad y atemporalidad de la acción, en la cual, no sólo se repasa aspectos de la conducta del titular aparente en relación con los actos o negocios jurídicos vinculados a los bienes objeto del proceso, sino

34 Sobre los valores de legitimidad de la propiedad, véase E. J. Urbina Mendoza “Los valores constitucionales de la propiedad y la aplicación del concepto “interés general” como fundamento de la potestad constitucional de corrección patrimonial en la extinción de dominio. Una interpretación desde la peculiaridad constitucional venezolana”, en: *AIS: Ars Iuris Salamanticensis*, Vol. 12, n° 1, 2024, pp. 55-82.

35 Esta característica fue introducida en el patrimonio jurídico latinoamericano de extinción de dominio por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras (sentencia de fecha 14 de noviembre de 2013, caso *Christopher Reyes Gómez vs. Decreto Legislativo n° 27-2010*) “(...) Cuando se habla en este último de la presunción de ilicitud, esto está referido a las sospechas e indicios, sobre el origen de determinados bienes y que dan pie para iniciar la investigación respectiva, evidentemente la ley da margen al o a los propietarios de los bienes bajo sospecha para que puedan acreditar la licitud de los mismos (...)”.

36 Sobre el principio de presunción de licitud, véase R.S. Jiménez Tapia, R.S y E. J. Urbina Mendoza *Los principios garantistas en la extinción de dominio. Una perspectiva para su comprensión iberoamericana*. Valencia, Edit. Tirant Lo Blanch, 2025, pp. 172-174.

que, en cualquier momento puede ejercerse la acción así la investigación haya sido con motivos a hechos anteriores a una ley que ha calificado como “ilícita” esa conducta. Este tema es polémico, por sus enfrentamientos cruzados -sobre todo con los constitucionalistas- por la presunta violación al principio de la irretroactividad de la ley. Esta última discusión se ha zanjado jurisprudencialmente, al establecer que la extinción de dominio ni es un delito y mucho menos una pena o una forma de agravamiento de esta. La prohibición solo opera cuando estamos en presencia de una norma punitiva³⁷.

Curiosamente estos elementos controvertibles, contemplados en la LMEDO como en las legislaciones latinoamericanas, son también el mérito que facilita la efectividad y razón de existir de la extinción de dominio (*The crime doesn't pay*). De nada sirve contemplar un mecanismo constitucional de corrección patrimonial (*in rem*) si este no puede hacer su trabajo en cualquier tiempo, inclusive, antes de su entrada en vigor. Debemos recordar que la denominada *excepción constitucional de retroactividad*, sólo opera para leyes de naturaleza penal que contemplen propiamente delitos, penas y sanciones, y que, sólo podrá ser reconocida cuando la ley anterior beneficie al reo. Por otra parte, si estamos partiendo de la base que la propiedad ilícitamente adquirida “jamás crea o consolida el derecho de propiedad”, el tema temporal resulta inoficioso. Lo que nunca fue adquirido honestamente, por más que transcurra el tiempo, jamás generará derechos de propiedad.

1.2. Fundamento constitucional (para países sin concreción expresa de ED)

Revisadas las características, es necesario detenernos en uno de los problemas más complejos que reviste la extinción de dominio, y es la relativa a su necesaria incorporación o no en los textos constitucionales para que sea efectivamente válida. Hay opiniones encontradas en la doctrina³⁸ y los propios tribunales constitucionales³⁹, donde el texto expreso y positivizado del constituyente sería el punto de partida para no confundir la extinción de dominio con la confiscación.

37 Para más detalles, véase R.S. Jiménez Tapia, R.S y E. J. Urbina Mendoza ... *Introducción al estudio de la extinción de dominio* ..., pp. 288-290.

38 Véase A. R. Brewer-Carías, “Confiscación, comiso y extinción de dominio. Comentarios a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de 28 de abril de 2023, particularmente sobre su fundamento constitucional y sobre algunas de sus incongruencias inconstitucionales”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 173-174, 2023, pp. 322-337. También, Duque Corredor, R.J. *Poder punitivo del Estado de Extinción de Dominio y las garantías del régimen constitucional de la propiedad y del debido proceso*. Colección Estudios Jurídicos José Román Duque Sánchez, Caracas, 2023.

39 Véase E. J. Urbina Mendoza “La justicia constitucional y la extinción de dominio en América Latina. Una alta lección para su configuración, a propósito, de la sentencia 315 de

Este criterio, de ser aplicado, entonces sólo Colombia⁴⁰, México⁴¹ y República Dominicana⁴² estarían autorizados para concebir en su legislación esta atípica *actio in rem*, lo cual, no es así. Naciones centroamericanas con exclusión de Nicaragua y Panamá, de Suramérica, excluyendo a Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay; sin previsión constitucional, han aprobado legislaciones de extinción de dominio, con diferentes tipologías de modelos⁴³, desde los ortodoxos (o dominante colombiana) hasta los cercanos a la puridad civil como ocurre en Argentina⁴⁴ y Venezuela⁴⁵. Y en ninguna de estas, salvo aspectos parciales (como la retrospectividad e irretroactividad), no se ha cuestionado la inconstitucionalidad total del instituto o la acción, según sea vista.

A esto se le agrega que existe siempre un potencial peligro contra la propiedad privada, por la complejidad de la acción⁴⁶, lo que genera tensiones. De estas controversias podemos encontrar entonces tres vías sobre aceptar o no a la extinción de dominio como mecanismo constitucional o no para afectar al derecho de propiedad.

La primera interpretación, la hemos denominado **versión fuerte**, también conocida como la tesis *textualista*. De plano, imposibilita asumir la extinción de dominio porque la Constitución expresamente contempla -o prohíbe en algunas hipótesis- figuras diferentes a la tradicional *confiscación*. Para estas corrientes, lo ideal es modificar la Constitución para adoptar la extinción de dominio. Como nota resaltante, en la versión fuerte la confiscación sancionatoria a condena penal es quizá el único mecanismo para reconocer un concepto de extinción de dominio, equiparándolos erróneamente. A ello debemos indicar que no es lícito

28.04.2023 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 173-174, 2023, pp. 339-362.

40 Artículo 34 de la Constitución Política de Colombia.

41 Artículo 22 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

42 Artículo 51, numeral 6 de la Constitución de República Dominicana.

43 Sobre los modelos globales de extinción de dominio, véase E.J. Urbina Mendoza, “Los modelos del decomiso sin condena y la extinción de dominio en el Derecho Comparado Latinoamericano. Origen, tendencias y transformaciones por la Justicia Constitucional”, en: *Estudios de Deusto*, Vol. 71/2, 2023, pp. 259-299.

44 A esta tipología especial, netamente civil, la hemos bautizado como *desafiantes civiles*. Véase R. S. Jiménez Tapia, y E. J. Urbina Mendoza, ... *Los principios garantistas* ..., pp. 128-152.

45 E. J. Urbina Mendoza, “El modelo civil propio de la extinción de dominio en Venezuela. Desafíos y complementos”, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n° 22, 2023, pp. 207-238.

46 A. R. Brewer-Carías, *Confiscación, comiso y extinción de dominio*..., pág. 335.

hacer equipolentes los vocablos extinción de dominio con confiscación, pues, son conceptos diametralmente opuestos.

La segunda interpretación, se ha denominado **versión débil**, también conocida como la tesis *atemperada*. Implica reformular el concepto de “confiscación”, en el entendido que, si bien esta existe expresamente en los textos constitucionales, el constituyente no prohibió otra figura que pudiera ser análoga. Inclusive, pudiera ampliarse el significado de la confiscación, haciendo paralelismo a la terminología proveniente del inglés (*civil forfeiture*). Por tanto, al no estar prohibida en el texto constitucional, mal puede el intérprete (sobre todo el legislador), imponerse una limitación inexistente. En la extinción de dominio, recordemos, no se somete a proceso la culpabilidad del titular aparente, sino la ilicitud objetiva del bien o patrimonio investigado. Según Choclán Montalvo, lo que distingue la confiscación del decomiso -o extinción al ser *actio in rem*- son sus fundamentos de legitimación⁴⁷. En la confiscación, resulta “relevante” la vinculación del bien con el titular del delito, ya que lo que importa es la autoridad del Estado en contra de cualquier interpretación *pro-homine*.

La tercera concepción, intitulada **versión ideal**, es conocida como la tesis de la *corrección patrimonial constitucional del Estado*⁴⁸. En esta, se reconocen de entrada unos valores y principios de la propia Constitución (Constitución Económica), que interpretados con el conjunto del sistema de derechos fundamentales globalmente aceptados; incorpora a la extinción de dominio como mecanismo también “constitucional” de corrección patrimonial que resguarda el principio general que sólo los bienes y patrimonios obtenidos lícitamente, son los que la propia Constitución reconoce como susceptibles para ser protegidos como derechos vinculados a la propiedad.

Esta última de las tesis es la que más asidero ha asumido en Latinoamérica al momento de fundamentar la extinción de dominio en países sin expresa consagración de esta en sus Constituciones. Además de otorgarle viabilidad y legitimidad, evita que se “abuse” de la extinción por los Estados, imprimiéndole un acento garantista donde no se observen estos procesos *in rem* como huida del Derecho penal o procesal penal por otra rama con menores estándares y exigencias constitucionales, como, por ejemplo, la actividad probatoria.

47 J.A. Choclán Montalvo, “El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas”, en: *Estudios de Derecho Judicial*, n° 28, 2000, pp. 345-346.

48 Véase E. J. Urbina Mendoza *La propiedad y los límites de las potestades de corrección patrimonial del Estado*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana Internacional – Avipri, 2024, 290 pp.

Por ello conectamos con la idea originaria que lo sustancial de la extinción de dominio es constitucional, mientras que, lo adjetivo, es civil. Ahora bien, “lo constitucional” en su esfera como norma sustantiva está enlazada con las llamadas potestades correctivas constitucionales concebida en la Constitución Económica, en específico, del Estado-Juez⁴⁹. Esta calificación nos lleva a plantearnos algunas premisas que sustentan esta tesis, la cual servirá para fundamentar la extinción de dominio que no se ubique ni dentro de tipologías penales, sino civiles o administrativas, pero, sin perder el horizonte del Derecho penal económico⁵⁰. Entonces, la potestad de corrección patrimonial constitucional del Estado es:

“(…) el poder conferido al Estado, por la Constitución Económica, con el objeto de preservar la legitimidad e integridad del sistema patrimonial (….)”⁵¹

El concepto nos desgana varios elementos para evitar la errónea metodología de reducir la calificación de la extinción de dominio en meros instrumentos “civiles”, a secas, como lo hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al concebir los decomisos sin condena penal como una institución de “*naturaleza civil patrimonial de enriquecimiento injusto*”⁵². Primero, son poderes constitucionales otorgados al Estado, directamente, al Estado-Juez por la Constitución Económica para *corregir* y no *intervenir* al sistema patrimonial económico⁵³. Esta distinción es significativa, porque en la corrección no entran en juego componentes dinámicos de intervención o dirección económica otorgada a la Administración Pública⁵⁴. La clave para entender estas distinciones entre “corregir” e “intervenir” el sistema económico-patrimonial, se centra en el principio que informa y cohesiona dicho sistema: *el principio de la libertad patrimonial relegada al interés*

49 R.S. Jiménez Tapia, R.S y E. J. Urbina Mendoza. ... *Los principios garantistas* ..., pág. 79.

50 E. J. Urbina Mendoza. ... Los valores constitucionales de la propiedad ..., pág. 56.

51 R.S. Jiménez Tapia, R.S y E. J. Urbina Mendoza ... *Los principios garantistas* ..., pág. 82.

52 En efecto, el monismo civil/penal ha traído serias contradicciones. En el caso europeo cuando el TEDH, desde 1986, ha calificado estas formas como el instituto obligacional llamado “enriquecimiento sin causa”. Para más detalles, véase TEDH, sentencia *Cecil Stephen Walsh vs. Reino Unido*, de fecha 21 de noviembre de 2006 y sentencia *Dassa Foundation and Others vs. Liechtenstein*, de fecha 10 de julio de 2007.

53 Por sistema patrimonial nacional podemos entenderlo bajo dos criterios, sea el material, en el cual se entiende como *conjunto de activos y pasivos generales de una nación, que incluye todos los haberes patrimoniales, públicos y privados, destinados hacia la creación de riqueza*. O el criterio funcional, que sería *el mecanismo creado por la Constitución Económica, mediante el cual, el Estado cohesiona toda la riqueza producida por quienes conforman dicho Estado, sean públicos o privados*. Para más detalles, véase E. J. Urbina Mendoza ... *La propiedad y los límites* ..., pág. 90.

54 E. J. Urbina Mendoza. ... *La propiedad y los límites* ..., pp. 120-123.

general, que, para muchos regímenes normativos, se conoce como *orden público económico*⁵⁵.

La corrección patrimonial no cuestiona las garantías del derecho de propiedad, sino que, verifica si hubo o no la forma adecuada a la legalidad para que ese derecho o atributo naciera a favor del supuesto titular aparente sin que alterara el principio de adquisición o destinación lícita del patrimonio. Esta verificación permanente es la forma de conjugar términos antitéticos como la libertad económica y la vigilancia para que esa libertad se mantenga dentro de los cauces legales sin apelar a fórmulas arbitrarias de inmiscuirse en la economía o el normal giro de los negocios jurídicos con el espectro ablatorio de una confiscación o nacionalización, que estudiaremos a seguidas.

1.3. Las fronteras entre la extinción de dominio y la confiscación

Planteamos una interrogante como título del presente trabajo, que se incorporará, en el libro homenaje al cincuentenario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, al cual, estuve adscrito hace algunos años como investigador invitado. Esta pregunta centra su atención sobre la extinción del derecho de propiedad a través del proceso de extinción de dominio. Aunque lingüísticamente resulte una tautología de vocablo equivalente, ya hemos indicado que no es una forma de ablación propietaria, mucho menos, un módulo de erradicación de los derechos y/o atributos que conlleva la propiedad.

Esto nos coloca en el trazado de la frontera, nítida para más señas, entre la extinción de dominio y la confiscación. En otros idiomas, con el prototípico anglosajón -sobre todo el norteamericano⁵⁶-, hablar de *civil forfeiture*, *seizure* o *non conviction based forfeiture*, es hacer alusión a una forma confiscatoria por

55 Véase F. Sainz Moreno, “El principio de libre competencia como manifestación del orden público económico”, en: *Revista española de Administración Pública*, n° 4, 1980, pp. 11-28.

56 Es importante diferenciar dentro del Derecho angloamericano, las diferencias entre los modelos que convergen dentro del concepto de extinción de dominio. Por ejemplo, en los Estados Unidos, el término es *non conviction based forfeiture*, entendida como una acción civil de confiscación por motivos criminales en la que se haya envuelto el bien o el patrimonio. Para más detalles, véase los fallos de la Suprema Corte de Justicia, *The Palmyra*, 25 US (12 Wheat.) 1, 1827; *Austin v. United States*, 509 U.S. 602 de 1993; *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267 de 1996 (considerado el precedente más emblemático hasta la fecha); *Bennis v. Michigan*, 516 U.S. 442 de 1996; *Timbs v. Indiana*, 586 U.S., de 2019; *Culley v. Marshall*, 601 U.S., de 2024. En el Reino Unido, la tradición judicial británica ha ensayado diferentes tipos de decomisos sin condena. Sin embargo, estos asumen rasgos más característicos de autonomía frente al proceso penal, tímidamente, cuando en 2002 se publicó la *Proceeds of Crime Act (POCA)*. Aunque debe resaltarse que el nacimiento de las *Unexplained wealth orders (UWOS)*, fueron finalmente concebidas en la *Criminal Finances Act* de 2017. Para más detalles, véase Blanco Cordero, I. “Contra las ganancias de origen delictivo: especial referencia a las Unexplained Wealth Orders del Reino Unido”, en: I. Berdugo Gómez de

motivos objetivos. Sin embargo, como hemos apuntado, todo está circunscrito a problemas de lenguaje. Es terminológicamente imposible hacer una equiparación de la confiscación con la extinción de dominio, ni siquiera, con el decomiso sin condena más radical.

En la extinción de dominio, es imprescindible ese vínculo directo entre el origen y empleo del bien, con un hecho calificado como ilícito, general y deseablemente como racional política criminal, propio de la delincuencia económica (tráfico ilícito de drogas, corrupción, delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo). Además, la extinción de dominio en ninguna arista es ablatorio de la propiedad, pues, sencillamente lo que busca como *actio in rem*, es una declaración de certeza judicial de que el bien jamás fue de origen lícito, y, por tanto, el principal efecto es que *nunca se gozó del derecho de propiedad, por tanto, jamás se constituyeron los atributos*.

Esto lo tomamos como referencia del sistema de acciones civiles construidas doctrinalmente por Chiovenda (mero-declarativas, constitutivas y de condena)⁵⁷. Mientras que, en la confiscación, jamás se pone en entredicho si el origen del bien fue lícito o ilícito, pues, es irrelevante. La confiscación siempre será una pena accesoria de naturaleza sancionatoria o punitiva, que, por razones de legalidad y constitucionalidad, exige imprescindiblemente una sentencia condenatoria penal definitivamente firme contra toda duda razonable. En la extinción de dominio, buscamos emanciparnos de esa sentencia penal.

El tratadista argentino, Marienhoff, define la confiscación como “*el apoderamiento, por el Estado, de todos los bienes de una persona, sin compensación alguna a favor de ésta, apoderamiento realizado a título de supuesta sanción al comportamiento o conducta del titular de los bienes confiscados, pero en realidad a título de represalia o venganza*”⁵⁸. Si bien puede compartir con la extinción el apoderamiento final por el Estado de los bienes declarados como tal⁵⁹, aquella no está vinculada en modo alguno con la culpabilidad del titular, sino que, como el bien es de origen ilícito, jamás configuró el derecho de propiedad sobre el titular aparente.

la Torre, y N. Rodríguez-García, (Edits.) *Decomiso y recuperación de activos. Crime Doesn't Pay*. Valencia, Edit. Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 561-585.

57 G. Chiovenda, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Bosch Editores, 1949, pág. 143.

58 M. S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1978, Vol. IV, pág. 495.

59 Artículo 5, numeral 3 de la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, extraordinario, 6.745, de fecha 28 de abril de 2023.

Por tanto, ambas figuras son diametralmente opuestas, a pesar de compartir la consecuencia de desposesión (pérdida del dominio), la confiscación nunca dejará ser un “apoderamiento arbitrario”⁶⁰, mientras que, la extinción de dominio es una consecuencia de un proceso con plenas garantías constitucionales y judiciales, incluyendo, el derecho a la tutela judicial efectiva. Como nota adicional, debemos indicar que la confiscación sólo puede ser regulada por el constituyente, nunca por el legislador, so pena de inconstitucionalidad⁶¹.

De esta manera, podemos responder que la extinción de dominio no es una forma de extinguir la propiedad, ya que, ¿cómo extinguimos un derecho si este nunca nació en cabeza del titular aparente?

1.4. Los principios garantistas en la extinción de dominio y el resguardo del derecho de propiedad

Sin embargo, a pesar de las nítidas diferencias entre confiscación y extinción de dominio; es plausible que un proceso *in rem*, pueda transmutarse en un procedimiento confiscatorio, y, por tanto, transformar impropiaamente a la extinción con una forma ablatoria de la propiedad. Este riesgo está presente, máxime, en Estados como el nuestro que están más cercanos a la defensa acérrima del poder político que a su efectivo control dentro del marco constitucional. Es lo que advierte el profesor Brewer-Carías⁶², citando a Calamandrei⁶³, como la “*legalidad falsificada, ilegitimidad legalizada y fraude constitucional*”.

Por ello, para evitar estos excesos, se plantea la necesidad de una teoría general sobre mecanismos de corrección patrimonial⁶⁴. Uno de los componentes de esta teoría descansa sobre el papel de los principios específicos, en este caso, de corte garantista, que eviten que la extinción se sitúe en la franja de la incerteza y la arbitrariedad, sobre todo, de un derecho tan especialmente sensible como es el derecho de propiedad. Si estos principios no operaran, o sencillamente no existieran, habría que otorgarles crédito a las versiones de protesta, tanto en América Latina como en Europa, sobre la denuncia de calificar a la extinción de dominio

60 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia número C-459-11 de fecha 01 de junio de 2011 (caso: *Juan Pablo Cardona González*).

61 Véase Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, sentencia número 319 de fecha 29 de marzo de 2005 (caso: *Servicios Campesinos Guanarito, C.A.*)

62 A. R. Brewer-Carías, *El juez constitucional y la aniquilación del Estado democrático. Algunas claves explicativas encontradas en una tesis secreta hallada en Zaragoza*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2024, pp. 189-194.

63 P. Calamandrei, *El fascismo como régimen de la mentira*. Valencia, Edit. Tirant Lo Blanch, 2019, Trad. Rachele Facchi, pág. 40.

64 R.S. Jiménez Tapia, R.S. y E. J. Urbina Mendoza ... *Los principios garantistas* ..., pág. 153.

como una sutileza confiscatoria de los Estados para aplicar el *Derecho penal del enemigo*⁶⁵.

Con los principios jurídicos, citando a Pérez Luño, no se les exige un comportamiento concreto o específico, sino que, establecen estándares genéricos de conductas dirigidos a la consecución de fines de interés general o para satisfacer exigencias éticas o postulados de justicia⁶⁶. Estos estándares pueden entenderse como *metanorma* (reglas orientadoras superiores), *principia essendi* (ontológicas autorizadas por el sistema normativo) y *prima principia* (axiomas que inspiran todo el orden jurídico)⁶⁷. De estas tres acepciones nos interesa el concepto de *metanorma*. Es decir, visto que la extinción de dominio es una materia novedosa, que comparte doble naturaleza como lo analizamos al principio, constitucionalmente sustantiva y adjetivamente civil patrimonial. Si el juzgador no entiende esta complejidad, en vez de “corregir” las desviaciones del sistema patrimonial, lo que estaría ejecutando es una deformación al mismo, introduciendo nuevas maneras -sutiles- para confiscar propiedades⁶⁸. De esta manera, siguiendo los razonamientos de los profesores García de Enterría⁶⁹ y Leguina Villa⁷⁰, si no se acuden a los principios propios para enfrentar cualquier mixtificación conceptual, no podría ese mismo juzgador tener sentido de las instituciones, así como, articular estas dentro del sistema general del ordenamiento.

Tomando como referencia lo anteriormente expuesto, podemos deducir la existencia de cinco (05) grandes principios garantistas en extinción de dominio⁷¹. Éstos, más allá de informar al momento de resolver un caso, previenen y otorgan las mayores garantías de seguridad jurídica al sistema, de cara a cualquier reforma legislativa que trasgrede la racionalidad, o bien, de una decisión de la justicia constitucional que la haga nugatoria, como dice Santander Abril, para “quitarle los dientes”⁷². Estos principios, que nos limitaremos en este estudio a

65 R.S. Jiménez Tapia, R.S y E. J. Urbina Mendoza ... *Los principios garantistas* ..., pág. 154.

66 A.E. Pérez-Luño, A-E. “La peculiaridad normativa de los principios generales del Derecho”, en: *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n° 42, 2000, pág. 138.

67 A.E. Pérez-Luño, A-E. ... La peculiaridad normativa ..., pp. 144-147.

68 R.S. Jiménez Tapia, R.S y E. J. Urbina Mendoza ... *Los principios garantistas* ..., pág. 155.

69 E. García de Enterría, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Madrid, Editorial Civitas, 1984, pág. 195.

70 J. Leguina Villa, “Principios generales del Derecho y Constitución”, en: *Revista de Administración Pública*, n° 114, 1987, pp- 7-37.

71 R.S. Jiménez Tapia, R.S y E. J. Urbina Mendoza ... *Los principios garantistas* ..., pág. 158.

72 G. Santander Abril, “Prólogo”, a libro de R.S. Jiménez Tapia, R.S y E. J. Urbina Mendoza *Introducción al estudio de la extinción de dominio y sus modelos globales*. Caracas, Editorial

mencionarlos, pudiendo ser consultados a profundidad en otra de nuestras obras especializadas sobre este tópico⁷³, son:

- Principio de la reserva judicial.
- Principio de progresividad y objetivación de la calificación de la actividad ilícita.
- Principio de la presunción de licitud.
- Principio del interés general del derecho de propiedad.
- Principio de la buena fe calificada.

Sucintamente, partimos que sólo el juez puede conocer de un proceso de extinción de dominio, debido a los intereses limitatorios que pudieran realizarse sobre las garantías del derecho de propiedad. Ahora bien, no cualquier actividad puede considerarse ilícita, así el legislador, en el uso de su poder casi omnímodo de ponderación de bienes, derechos e intereses, decida apelar a tipos penales que sobresalen el molde de la delincuencia económica. Por otra parte, el Ministerio Público no puede abusar de la presunción de ilicitud que le asiste al momento de formular una investigación patrimonial, y de esta manera, transpolar hacia el proceso de extinción de dominio violentando la presunción de licitud que encierra los actos y negocios jurídicos investigados judicialmente. La propiedad, en todos estos casos, responde al concepto de interés general que es un concepto diferenciado del interés social, no siendo lícito al juez confundir estos ejes límites de la propiedad⁷⁴. Finalmente, la buena fe que pueda alegar terceros afectados no es una buena fe simple, presumible según los cánones del Código Civil, sino que implica una diligencia especial, haciéndola buena fe calificada.

2. La potestad de corrección patrimonial del Estado. Alcances y desafíos

Queremos detenernos en un punto dentro de la extinción de dominio que es necesario recalcar, visto que, en los últimos meses se ha buscado darle un vuelco en Venezuela para desviarlo hacia conceptos que no se compaginan con la extinción de dominio, sobre todo, para aplicarla como una forma de persecución

Jurídica Venezolana-Avipri, 2023, pág. 21.

73 Específicamente en nuestro más reciente libro, publicado en España: R.S. Jiménez Tapia, R.S y E. J. Urbina Mendoza *Los principios garantistas en la extinción de dominio. Una perspectiva para su comprensión iberoamericana*. Valencia, Edit. Tirant Lo Blanch, 2025, pp. 158-181.

74 R.S. Jiménez Tapia, R.S y E. J. Urbina Mendoza ... *Introducción al estudio de la extinción de dominio* ..., pp. 218-235.

patrimonial sobre diferencias políticas o ideológicas. Si estas tentativas terminan por ejecutarse, entonces, no habría duda de que estaríamos en presencia de otro instituto confiscatorio y no de extinción de dominio o decomiso sin condena penal.

La potestad de corrección patrimonial del Estado, suficientemente explicadas en las líneas precedentes, exige que no se pierda la finalidad concebida en la propia Constitución económica, como es la conservación del sistema patrimonial de las contingencias de la sociedad del riesgo global⁷⁵. La Constitución Económica está obligada, en el contexto actual, a velar por la licitud en la creación y distribución de la riqueza, así como, asegurar -su clásica función- a todos una existencia digna y provechosa, como en su oportunidad apuntó el profesor Brewer-Carías⁷⁶.

Sin embargo, a pesar de estas ideas-fuerza, es importante recalcar los cuatro ámbitos en que debe la extinción de dominio -sobre todo el legislador- no perder el horizonte para evitar transformar a aquella en lo que el profesor Hernández denomina legalismo autocrático de control político⁷⁷. Esto es no descuidar el núcleo duro de la delincuencia económica; fortalecer los efectos procesales como *actio in rem*; precisar el alcance de los bienes sometidos a extinción, preferiblemente, los de origen ilícito a los instrumentalizados; y, entender que no imponer límites a la ponderación legislativa sería entrar en el terreno del movedizo concepto de *lawfare*.

2.1. Delincuencia económica como núcleo duro.

Ya hemos apuntado, citando a Roxin, que el proceso penal ha entrado en crisis para el juzgamiento de los llamados delitos económicos, éstos últimos, bien delimitados por la doctrina, jurisprudencia y convenios internacionales especializados⁷⁸. La extinción de dominio fue concebida exclusivamente para encarecer estos delitos, colocando gravámenes sobre la manera en que la propiedad se trans-

75 E. J. Urbina Mendoza ... *La propiedad y los límites* ..., pp. 124-128.

76 A. R. Brewer-Carías, "Reflexiones sobre la Constitución Económica", en: AAVV. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid, Editorial Civitas, 1991, pp. 3839-3853.

77 J. I. Hernández, "La "Ley Bolívar" y la extinción de dominio como instrumento de persecución política", en: *Revista de Derecho Público*, n° 179-180, 2024, pp. 343-348.

78 I. Blanco Cordero, I. "La aplicación retroactiva del decomiso directo de ganancias", en: *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológica*, n° 26-13, 2024, pp. 1-38. También, véase J.L. Barroso González, "Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica", en: *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n° 35, 2015, pp. 95-122. También, M.A. Moreno Castillo, y I.M. Aráuz Ulloa, "Delincuencia económica", *Revista de Derecho*, n° 5, 2003, pp. 215-230.

forma en derecho de propiedad, haciendo énfasis en el concepto de legitimidad propietaria (honestidad en la adquisición).

El valor constitucional que busca resaltarse es el relativo al trabajo honesto como forma exclusiva para hacer legítimo un negocio o acto jurídico traslativo de propiedad. Esta exigencia, totalmente objetiva, nos circunscribe en las manifestaciones delictuales en tráfico ilícito de drogas, corrupción administrativa y delincuencia organizada, agravada con el fenómeno de la globalización⁷⁹.

Si empleáramos la extinción de dominio fuera de este núcleo duro de ilicitud, entonces, ya no estaríamos en presencia de un mecanismo de corrección patrimonial constitucional, sino, en un vulgar medio confiscatorio que haría nugatorio cualquier garantía vinculada al derecho de propiedad.

Al concebir entonces a la delincuencia económica, no sólo en su dimensión delictiva (teoría del delito), sino como un problema de naturaleza contractual-económica, nos apunta hacia la aplicación propia del régimen jurídico negocial, que es incuestionablemente, el Derecho civil y mercantil. Esto nos abre las puertas para otras lógicas diferentes de la dogmática penal, a pesar de buscar una sanción no penal y ejemplarizante para precisamente radicar en el proceso penal aquello que sea realmente meritorio para su implementación. Además, este giro explicado hacia predios civiles y mercantiles, refuerza en demasía del principio de intervención mínima del Derecho penal, que, repetimos, no es su recorte o arrinconamiento; sino, su aplicación racional y eficiente⁸⁰.

79 Como indica J. M. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires, Euro Editores, 2011, pág. 106:“(…) El paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad. La delincuencia de la globalización es la delincuencia económica, a la que se tiende a asignar menos garantías por la menor gravedad de las sanciones, o es criminalidad perteneciente al ámbito de la clásicamente denominada legislación excepcional, a la que se tiende a asignar menos garantías por el enorme potencial peligros que contiene (...)”. En el mismo sentido, N. Rodríguez-García, *El decomiso de activos ilícitos*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2017, pág. 28 apunta que “(...) se ha favorecido indirectamente una globalización de la delincuencia, que exige de los Estados una globalización de la respuesta penal (...)”.

80 Véase S.E. Velásquez Velásquez, “Principio de intervención mínima penal”, en: I.B. Rodríguez Tapia,; A. Neira Pena,; P. J. Aguirre Castro, (Coord.). *Derecho procesal penal: aspectos probatorios*. Quito, Universidad Espíritu Santo, 2022, pp. 314-328. V. Magro Servet, “El principio de intervención mínima del derecho penal y su aplicación práctica: (Referencia a la reciente STS 185/2023 de 15 de marzo de 2023)”, en: *Diario La Ley*, n° 10258, 2023. A. García-Pablos de Molina, “Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del *ius puniendi*”, en: González Rus, J.J. (Coord.) *Estudios penales y jurídicos: homenaje al profesor Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1996, pp. 249-260. M. D. Serrano Tárraga, “La expansión del

2.2. Fortalecimiento del concepto de actio in rem

La segunda arista que debe reforzarse, no solo en el estudio sino en sus efectos prácticos, es la declaratoria de la naturaleza civil *in rem* de la acción de extinción de dominio. Debemos recordar que lo que se persigue en estas acciones, dentro del marco civil, son los bienes que objetivamente transgreden el ordenamiento jurídico, no las personas. Esto es lo que permite “extinguir el dominio” de quien nominalmente lo detente, por tanto:

“(...) no tiene el mismo objeto del proceso penal, no corresponde a una sanción de esa índole. Su carácter autónomo, con consecuencias estrictamente patrimoniales, tiene fundamento en el mismo texto constitucional y corresponde a la necesidad de que el *Estado desestime la delincuencia económica* (...)”⁸¹ (Cursivas nuestras).

Por estas razones siempre, como constante, tanto para el decomiso sin condena como la extinción de dominio, la jurisprudencia haga énfasis en el concepto *in rem*, puesto que, sobre los bienes no gravitan ningún principio penal ni mucho menos otras garantías propias del proceso criminal como es la presunción de inocencia. Quien alegue que en un juicio *in rem* se viola la presunción de inocencia o se aplica el principio de *in dubio pro-reo*, sencillamente estaría deformando la esencia de la extinción de dominio como proceso declarativo que busca una certeza ante la pregunta ¿cómo se obtuvo el bien?

2.3. Precisión sobre sus alcances en cuanto a los bienes

Si bien el artículo 8 de la LOED venezolana copia el catálogo de bienes indicados en la Ley Modelo de Extinción de Dominio, la especificación de los bienes tiende a simplificarse con los años. Al hacer referencia a la “simplificación”, no es sobre la especie o identidad del bien, sino uno de los puntos polémicos en la extinción de dominio sobre el llamado “comiso por equivalente”. Esta ha sido una querrela entre quienes han cultivado la extinción de dominio, visto que, quizá para la determinación de la ilicitud por origen no sea tan difícil precisarlo. Sin embargo, en la instrumentalización del bien (ilicitud por derivación), encontramos serios aprietos al momento de establecer hasta dónde puede el juez de extinción de dominio abarcar la cuantía de los bienes en su totalidad, incluyendo, los que nunca fueron empleados para cometer la actividad ilícita.

derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica: La tutela penal de los mercados financieros”, en: *Revista de Derecho*, Vol. 18, n° 1, 2005, pp. 213-237. E. Ruíz Vadillo, “Algunas reflexiones sobre justicia penal”, en: *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° 3, 1999, pp. 265-268.

81 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-409 de fecha 28 de agosto de 1997 (Caso: *M.P. José Gregorio Hernández Galindo*).

La jurisprudencia ha sido enfática en establecer los límites hasta donde opera y no la extinción. Esto ha sido vital a los efectos de evitar las excesivas consecuencias de la jurisdicción civil, en donde, no opera el principio de proporcionalidad propio de la jurisdicción penal. Es más, si aplicáramos estrictamente la gradación civil, basta con un solo elemento patrimonial envuelto en ilicitud para contaminar todo el patrimonio de una persona. Sin duda alguna, de maniobrar bajo estas coordenadas, no es distante afirmar que hay confiscación.

Al respecto tenemos dos hipótesis que han morigerado el efecto de una *actio in rem* con respecto a la imputación de consecuencias una vez declarado procedente la extinción de dominio. La primera, cuando se mezclan bienes lícitos con ilícitos en un mismo patrimonio. La segunda, ¿qué debemos entender por valor equivalente?

Con relación a la primera figuración, tenemos:

“(…) Si se mezclan bienes de procedencia ilícito con otros que fueron adquiridos lícitamente, la *extinción del dominio procederá solo hasta el monto del provecho ilícito*, distinción razonable y necesaria, porque el fundamento de la extinción de dominio está en la adquisición, no ajustada a Derecho (…)”⁸² (Cursivas nuestras)

Y, en lo que se entiende por valor equivalente, la jurisprudencia ha señalado que recaen:

“(…) sobre *bienes de legítima procedencia que tienen un valor igual o equiparable al valor predeterminado de otros bienes de origen ilícito que no se pueden extinguir y que pertenecen al mismo titular*; esto es, opera, por un lado, de *manera subsidiaria* cuando no es posible perseguir bienes de origen ilícito, y de otro, de forma excepcional, pues solo puede recaer sobre bienes ilícitos hasta por un *valor equivalente del provecho ilícito*.

En este sentido, la configuración de la extinción por valor equivalente pasa por *dos condiciones*: (I) Por una parte, que no sea posible la persecución de bienes que guardan relación con las actividades ilícitas de base; (II) y la otra parte, la extinción solo puede recaer sobre bienes lícitos hasta un valor equivalente del monto del provecho ilícito. (…)”⁸³ (Cursivas nuestras).

82 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-374 de fecha 13 de agosto de 1997 (Caso: *Constitucionalidad de la Ley 333 de 1996*).

83 Juzgado Transitorio Especializado en extinción de dominio, con sede en Lima (Perú). Sentencia número 30 de fecha 02 de mayo de 2023 (caso: *Sociedad conyugal Guevara Ortiz*). En este caso, fue motivado a una imputación realizada por la Fiscalía peruana, en 2009, contra uno de los cónyuges, quien en su condición de oficial del ejército peruano, no logró demostrar las fuentes lícitas del incremento injustificado de su patrimonio, justo en el momento en que había realizado operaciones bancarias en la época en que era Jefe de Eco-

En extinción de dominio, en ninguna circunstancia, debe identificarse los bienes supuestamente ilícitos de forma específica y aislada; si no, tomando en cuenta el patrimonio en general⁸⁴. Debemos recordar que los patrimonios quedan contaminados, por así decirlo, de “ilicitud” en la medida que las ganancias e incrementos *injustificados del mismo*, sean consecuencia de la actividad ilícita. Puede ocurrir, que, durante un tiempo, los bienes o capitales originales “ilícitos” o se pierden o se transforman, dando pie a la creación de actividades que sí son “lícitas” con ganancias que jurídicamente serían “lícitas”. Ahora bien, como nos hemos preguntado siempre, ¿en estos casos no sería la perfecta hipótesis de la pérdida de la cosa debida?⁸⁵ Y si esta ya no existe, además de no haber sido objeto de imputación formal de un delito, ¿cómo puede un bien “lícito” ser perseguido por extinción de dominio?⁸⁶

Las interrogantes las volvería a resolver la Corte Constitucional de Colombia, al señalar:

“(…) No es inconstitucional, como lo afirmaron varios de los demandantes. El legislador ha partido de un supuesto fundado en la realidad: quien adquirió un bien de manera ilícita *buscará muy probablemente deshacerse de él, aprovechando casi siempre la buena fe de otros, y, de todas maneras, si lo consigue, habrá logrado el provecho equivalente*, que estará radicado ahora en el dinero o en otros bienes. Sobre éstos o sobre *los que los sustituyan dentro de su patrimonio cabe la extinción de dominio para hacer realidad el principio según el cual la sociedad no puede premiar el delito ni la inmoralidad*. Establecer lo contrario llevará a aceptar figuras tan corruptoras y dañinas como el lavado de activos, que no están cobijadas por la protección constitucional de la propiedad.

De nuevo en esta norma quedan protegidos los derechos de los terceros de buena fe, por lo cual, si los bienes equivalentes a los ilícitamente adquiridos se traspasan

nomía del DINTE-LIMA, Jefe de Operaciones Externas de Economía del Ejército (Lima) y Jefe de Economía en el Cuartel General COINDE-LIMA entre otros cargos dentro de la institución castrense, encontrándose en situación de retiro desde 2003. La investigación patrimonial se efectuó sobre el período 1995-2002, mientras el citado oficial, ocuparía altos cargos de confianza en el manejo de recursos económicos del ejército peruano.

84 R.S. Jiménez Tapia, R.S. y E. J. Urbina Mendoza ... *Introducción al estudio de la extinción de dominio* ..., pp. 302-303.

85 Artículo 1344 del Código Civil Venezolano.

86 R.S. Jiménez Tapia, R.S. y E. J. Urbina Mendoza ... *Introducción al estudio de la extinción de dominio* ..., pág. 302.

a otra persona, que ha obrado sin dolo ni culpa grave, respecto de ella no tiene lugar la declaración de extinción de dominio. (...)”⁸⁷ (Cursivas nuestras).

Procesalmente esta determinación de bienes por equivalente se realiza en dos fases. La primera, en la investigación patrimonial prevista en el artículo 20 de la LOED. Allí el fiscal deberá identificar los bienes de procedencia “ilícita” de los bienes lícitos. Lo importante radicará en saber tomar una fecha referencial, una frontera de la cual el fiscal podrá presumir -basado en el balance de probabilidades- que a partir de allí comenzó la actividad ilícita y por consiguiente la contaminación patrimonial.

La segunda etapa ya ocurre en pleno proceso de extinción de dominio. Identificados los bienes, el juez, una vez comprobada la ilicitud, deberá abarcar también “por equivalente”, los bienes de procedencia lícita a los fines de cubrir el daño patrimonial cuantificado. En este punto, la trazabilidad de la línea sucesiva del tiempo es fundamental, ya que, como bien indicó la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-374-97, la necesidad de deshacerse de los “bienes ilícitos” para así producir ganancias con las cuales se adquirirán bienes “lícitos”, marcará un compás temporal de actividades de fácil seguimiento⁸⁸.

2.4. Límites a la actividad de ponderación legislativa y el lawfare

Como último de los alcances y desafíos de la potestad correctiva patrimonial del Estado, a través de la extinción de dominio, debemos también dirigirnos permanentemente al legislador. Como hemos apuntado, la concreción de los principios garantistas limita la potestad legislativa en estas materias. El legislador no tiene libertad de ponderación como para indicar que cualquier hecho puede ser “ilícito” en extinción de dominio. Como ya apuntamos, estos mecanismos de naturaleza dual se han concebido para la exclusiva persecución de la delincuencia económica, esta última, suficientemente identificada en la dogmática penal occidental. Por tanto, calificar más allá de los límites de esta tipología de delitos, facilitaría posteriormente al órgano jurisdiccional la insólita justificación legal de un *lawfare*⁸⁹. En este fenómeno, recordemos, se emplea la jurisdicción para la venganza por motivos políticos contra los “enemigos”. Así, si la extinción de dominio sale de sus moldes exclusivos de la delincuencia económica, estaríamos en

87 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-374 de fecha 13 de agosto de 1997 (Caso: *Constitucionalidad de la Ley 333 de 1996*).

88 R.S. Jiménez Tapia, R.S y E. J. Urbina Mendoza ... *Introducción al estudio de la extinción de dominio* ..., pág. 304.

89 Para más detalles, véase J. H. Gándara Pizarro, y F. H. Gándara Pizarro, “Lawfare”, en: *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 22, 2022, pp. 267-287.

presencia de la más abyecta de las confiscaciones, motivadas a fútiles argumentos por discrepancia político-ideológica. Un verdadero despropósito.

3. Conclusiones: la garantía del derecho de propiedad y su protección en la extinción de dominio

Corresponde ahora repasar aquellas argumentaciones que responderán negativamente a la pregunta que nos formulamos en el título del presente trabajo. La extinción de dominio no es una forma de “extinguir la propiedad”, ni en su sentido clásico del Derecho civil de bienes como en sus aristas constitucionales. Sencillamente el vocablo extinción de dominio responde al término “pérdida de la posesión efectiva”, es decir, el cuestionamiento no se realiza sobre si el Estado gana el pulso con respecto al reconocimiento de la propiedad privada. Al contrario. En extinción de dominio el Estado verifica, en uso de sus potestades constitucionales otorgadas por la Constitución Económica, si la adquisición -o destinación en menor medida- operaron de acuerdo con las formas de licitud. Si es así, si el juez confirma la licitud, entonces, el derecho de propiedad es pleno y queda blindado frente a cualquier otra tentativa de transgredirlo. Si el resultado es que se logra probar, contra toda duda razonable, las ilicitudes alegadas por el Ministerio Público, entonces, sencillamente el titular aparente jamás gozó del derecho de propiedad, es decir, nunca se consolidó en la cabeza de quien aparecía formalmente como propietario.

Por tanto, no es confiscación. La extinción de dominio no es una manera de extinguir el derecho de propiedad, visto que, no es una acción constitutiva ni de condena, sino, mero-declarativa de certeza. Y esa certeza sólo puede verificarse judicialmente, tras un proceso con plenas garantías de un contradictorio judicial civil, este último, territorio dentro de la función jurisdiccional donde tiene cabida por antonomasia las acciones *in rem*. Sin embargo, este tipo de acciones no se motorizan por cualquier actividad que caprichosamente el legislador de propiedad considere como “ilícitas”. Sólo pueden precisarse aquellas que dogmáticamente se incardinan dentro de la categoría de delincuencia económica, es decir, actos que generen réditos económicos provenientes del tráfico ilícito de drogas, corrupción administrativa y delincuencia organizada como lavado de activos o financiamiento al terrorismo⁹⁰. Así, la delincuencia económica como hecho reprochable es lo que diferencia a la extinción de dominio de una vulgar confiscación. Esa frontera debe necesariamente respetarla el legislador, ya que, de no hacerlo, además de introducirnos en una evidente inconstitucionalidad, nos arrastraría a un peligroso capítulo de *lawfare*, al desnaturalizar estos mecanismos.

90 Para más detalles de los tipos específicos aplicables a la extinción de dominio según la LOED, véase R. S. Jiménez Tapia y E. J. Urbina Mendoza ... *Introducción al estudio de la extinción de dominio* ..., pp. 236-258.

Finalmente, es importante destacar que, con la extinción de dominio, se materializaría uno de los anhelos más capitales de los cultores del liberalismo en Venezuela, como es, la concreción de la propiedad privada como derecho fundamental. Sólo que, su reconocimiento como tal, vendría a través de una *actio in rem*, es decir, que se pruebe que efectivamente se obtuvo ese bien por medios lícitos, de trabajo honesto y de forma transparente.

4. Referencias bibliográficas.

- Barroso González, J.L. “Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica”, en: *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n° 35, 2015.
- Blanco Cordero, I. “La aplicación retroactiva del decomiso directo de ganancias”, en: *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológica*, n° 26-13, 2024.
- _____. “Contra las ganancias de origen delictivo: especial referencia a las Unexplained Wealth Orders del Reino Unido”, en: Berdugo Gómez de la Torre, I y Rodríguez-García, N. (Edits.) *Decomiso y recuperación de activos. Crime Doesn't Pay*. Valencia, Edit. Tirant Lo Blanch, 2020.
- Boehm, F. y Graf Lambsdorff, J. “Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional”, *Revista de Economía Institucional*, Vol. II, N° 21, 2009.
- Brewer-Carías, A.R. *El juez constitucional y la aniquilación del Estado democrático. Algunas claves explicativas encontradas en una tesis secreta hallada en Zaragoza*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2024.
- _____. *Propiedad privada y Derecho Administrativo. Estudios*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-Cuadernos de la Biblioteca “Allan R. Brewer-Carías” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB, n° 18, 2023.
- _____. “Confiscación, comiso y extinción de dominio. Comentarios a la Ley Orgánica de Extinción de Dominio de 28 de abril de 2023, particularmente sobre su fundamento constitucional y sobre algunas de sus incongruencias inconstitucionales”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 173-174, 2023.
- _____. “El juez constitucional en Venezuela como instrumento para aniquilar la libertad de expresión plural y para confiscar la propiedad privada: el caso RCTV”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 110, 2007.
- _____. “Adquisición de la propiedad privada por parte del Estado en el Derecho venezolano”, en: AAVV. *Seminario Internacional sobre Derecho urbano*. Cali, Asociación Colombiana de Ingeniería Sanitaria y Ambiental, 1994.
- _____. “Reflexiones sobre la Constitución Económica”, en: AAVV. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid, Editorial Civitas, 1991

- _____. “El derecho de propiedad y la libertad económica. Evolución y situación actual en Venezuela”, en: AAVV. *Estudios sobre la Constitución. Libro Homenaje a Rafael Caldera*. Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, 1979.
- _____. *Urbanismo y propiedad privada*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1980.
- Calamandrei, P. *El fascismo como régimen de la mentira*. Valencia, Edit. Tirant Lo Blanch, 2019, Trad. Rachele Facchi.
- Carrillo del Teso, A. *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2018.
- Corte Constitucional de la República de Colombia:
- Sentencia número C-459-11 de fecha 01 de junio de 2011 (caso: *Juan Pablo Cardona González*).
- Sentencia C-740 de fecha 28 de agosto de 2003 (Caso: *Pedro Pablo Camargo Vs. Ley 793 de 2002*).
- Sentencia C-374 de fecha 13 de agosto de 1997 (Caso: *Constitucionalidad de la Ley 333 de 1996*).
- Sentencia C-409 de fecha 28 de agosto de 1997 (Caso: *M.P. José Gregorio Hernández Galindo*).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia-Sala de Casación Civil:
- Sentencia SC 9193-2017 de fecha 28 de junio de 2017 – Caso: *Luz Mery Zambrano Acevedo y otros*).
- Chiovenda, G. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Bosch Editores, 1949.
- Choclan Montalvo, J.A. “El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas”, en: *Estudios de Derecho Judicial*, n° 28, 2000.
- Domínguez Guillén, M.C. y Pérez Fernández, C. “Consensualismo y propiedad”, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n° 14, 2020.
- Duque Corredor, R.J. *Poder punitivo del Estado de Extinción de Dominio y las garantías del régimen constitucional de la propiedad y del debido proceso*. Caracas, Colección Estudios Jurídicos José Román Duque Sánchez, 2023.
- _____. *Procesos sobre la propiedad y la posesión*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011.
- _____. “La reforma constitucional y la desnaturalización del derecho de propiedad y su transformación en una simple relación de hecho permitida por el Estado”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 112, 2007.

- _____. “Constitución política y propiedad”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 19, 1984.
- Ferrajoli, L. “El actual significado del garantismo”, en: *Teoría y realidad constitucional*, n° 55, 2025.
- _____. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid, Edit. Trotta, 2011.
- _____. *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- Galloti, A. “La disminución progresiva del derecho de propiedad en Venezuela”, en: AAVV. *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación. 1915-2015*. Caracas, Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015.
- Gándara Pizarro, J. H y Gándara Pizarro, F.H. “Lawfare”, en: *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 22, 2022.
- García de Enterría, E. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Madrid, Editorial Civitas, 1984.
- García-Pablos de Molina, A. “Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del *ius puniendi*”, en: González Rus, J.J. (Coord.) *Estudios penales y jurídicos: homenaje al profesor Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1996.
- García Soto, C. “Notas sobre la doble valencia del derecho de propiedad. Comentarios a la Sentencia del TSJ-SC de 24 de febrero de 2006, caso Municipio Baruta del estado Miranda”, en: AAVV. *Estudios de Derecho constitucional y administrativo: libro homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*. Caracas, Ediciones FUNEDA, 2010.
- Ghazzaoui, R. *Propiedad y expropiación. Un estudio comparado entre los ordenamientos de España y Venezuela*. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2020.
- Hernández, J.I. “La “Ley Bolívar” y la extinción de dominio como instrumento de persecución política”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 179-180, 2024.
- _____. “Veinticinco ideas sobre la Constitución económica y la propiedad social”, en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n° 149, 2010.
- Hernández-Mendible, V. “El derecho humano de propiedad”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 175-176, 2023.
- Jiménez Tapia, R.S. y Urbina Mendoza, E.J. *Los principios garantistas en la extinción de dominio. Una perspectiva para su comprensión iberoamericana*. Valencia, Edit. Tirant Lo Blanch, 2025.

- _____. *Introducción al estudio de la extinción de dominio y sus modelos globales*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-Avipri, 2023.
- _____. *El Comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Buenos Aires, Ediciones Olejnik, 2021.
- _____. *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2020.
- Juzgado Transitorio Especializado en extinción de dominio, con sede en Lima: Sentencia número 30 de fecha 02 de mayo de 2023 (caso: *Sociedad conyugal Guevara Ortiz*).
- Leguina Villa, J. “Principios generales del Derecho y Constitución”, en: *Revista de Administración Pública*, n° 114, 1987.
- Locke, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Londres, 1690. Hemos utilizado como fuente, la versión publicada en Madrid (2010), por la Editorial Tecnos y traducción de Carlos Mellizo. Véase capítulo V: De la propiedad.
- Magro Servet, V. “El principio de intervención mínima del derecho penal y su aplicación práctica: (Referencia a la reciente STS 185/2023 de 15 de marzo de 2023)”, en: *Diario La Ley*, n° 10258, 2023.
- March Poquet, J.M. “Economía Pública y corrupción. Una ordenación de las propuestas anticorrupción”, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, N° 91, 2017.
- Marienhoff, M.S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1978.
- Moreno Castillo, M.A. y Aráuz Ulloa, I.M. “Delincuencia económica”, *Revista de Derecho*, n° 5, 2003.
- Novoa Monreal, E. “El derecho de propiedad en las sucesivas Constituciones y leyes sustantivas venezolanas”, en: *Revista de la Facultad de Derecho UCV*, n° 58, 1976.
- Pérez-Luño, A-E. “La peculiaridad normativa de los principios generales del Derecho”, en: *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n° 42, 2000.
- Rallo, R. de fecha 10 de enero de 2017, (véase <https://juanramonrallo.com/sobre-los-limites-de-la-propiedad/>)
- Rangel Lamus, A. “La propiedad, función social”, en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. 3, n° 1, 1938.
- Rodotà, S. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*. Il Mulino, 1990.
- Rodríguez-García, N. *El decomiso de activos ilícitos*. Navarra, Editorial Aranzadi, 2017.

- Rondón García, A. “El derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico venezolano”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 133, 2009.
- Roxin, C. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2003.
- Ruíz Vadillo, E. “Algunas reflexiones sobre justicia penal”, en: *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° 3, 1999.
- Sainz Moreno, F. “El principio de libre competencia como manifestación del orden público económico”, en: *Revista española de Administración Pública*, n° 4, 1980.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras
- Sentencia de fecha 14 de noviembre de 2013, caso *Christopher Reyes Gómez vs. Decreto Legislativo n° 27-2010*
- Santander Abril, G. “Prólogo”, a libro de Jiménez Tapia, R.S y Urbina Mendoza, E.J. *Introducción al estudio de la extinción de dominio y sus modelos globales*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-Avipri, 2023.
- _____. *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio: fundamentos de las causas extintivas*. Bogotá, Tesis de maestría en Derecho penal, consultada en original, Universidades Santo Tomás de Aquino y Salamanca, 2018.
- _____. “La emancipación del comiso del proceso penal: su evolución hacia la extinción de dominio y otras formas de comiso ampliado”, en: AAVV. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*, Ediciones de la Organización de Estados Americanos, Washington D.C., 2017.
- Serrano Tárraga, M.D. “La expansión del derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica: La tutela penal de los mercados financieros”, en: *Revista de Derecho*, Vol. 18, n° 1, 2005.
- Silva Bocaney, J.G. “El derecho a la propiedad y libertad en Venezuela. Del exceso de Estado al Estado totalitario”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 163-164, 2020
- Silva Sánchez, J. M. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Editorial Atelier, Barcelona, 2018.
- _____. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires, Euro Editores, 2011.
- Solórzano, O. “La extinción de dominio de la propiedad instrumentalizada para cometer crímenes”, en: Basel Institute on Governance. *La extinción de dominio de bienes instrumentalizados*. Lima, Basel Institute on Governance-Embajada de la Confederación Suiza en la República del Perú, 2024.
- Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América:
- Culley v. Marshall*, 601 U.S., de 2024.
- Timbs v. Indiana*, 586 U.S., de 2019.

Bennis v. Michigan, 516 U.S. 442 de 1996.

United States v. Ursery, 518 U.S. 267 de 1996.

Austin v. United States, 509 U.S. 602 de 1993.

The Palmyra, 25 US (12 Wheat.) 1, 1827.

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela-Sala de Casación Civil:

Sentencia número RC000292 de fecha 03 de mayo de 2016 – Caso: *Francisco Junior Duarte vs. Inversiones Duarte Molina, C.A.*)

Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional:

Sentencia número 319 de fecha 29 de marzo de 2005 (caso: *Servicios Campesinos Guanarito, C.A.*)

Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH):

Sentencia *Cecil Stephen Walsh v. Reino Unido*, de fecha 21 de noviembre de 2006.

Sentencia *Dassa Foundation and Others v. Liechtenstein*, de fecha 10 de julio de 2007.

Sentencia *Gogitidze and Others v. Georgia*, de fecha 12 de mayo de 2015.

Turuhpial Cariello, H. “Las limitaciones al derecho de propiedad y su sujeción a los principios generales del derecho”, en: *Revista de Derecho urbanístico*, n° 1, 1993.

Urbina Mendoza, E. J. *La propiedad y los límites de las potestades de corrección patrimonial del Estado*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana Internacional – Avipri, 2024.

_____. “Los valores constitucionales de la propiedad y la aplicación del concepto “interés general” como fundamento de la potestad constitucional de corrección patrimonial en la extinción de dominio. Una interpretación desde la peculiaridad constitucional venezolana”, en: *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 12, n° 1 (enero/junio), 2024.

_____. “Los límites al legislador para la calificación como actividad “ilícita” en la extinción de dominio. El principio de la progresividad y objetivación de la denominada “actividad ilícita”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 179-180, 2024.

_____. “La justicia constitucional y la extinción de dominio en América Latina. Una alta lección para su configuración, a propósito, de la sentencia 315 de 28.04.2023 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, en: *Revista de Derecho Público*, n° 173-174, 2023.

_____. “Los modelos del decomiso sin condena y la extinción de dominio en el Derecho Comparado Latinoamericano. Origen, tendencias y transformaciones por la Justicia Constitucional”, en: *Estudios de Deusto*, Vol. 71/2, 2023.

- _____. “El modelo civil propio de la extinción de dominio en Venezuela. Desafíos y complementos”, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n° 22, 2023.
- Velásquez Velásquez, S.E. “Principio de intervención mínima penal”, en: Rodríguez Tapia, I.B.; Neira Pena, A.; Aguirre Castro, P.J. (Coord.). *Derecho procesal penal: aspectos probatorios*. Quito, Universidad Espíritu Santo, 2022.
- Villegas Moreno, J.L. “El derecho de propiedad en la Constitución de 1999”, en: AAVV. *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela, 20 años de la especialización en Derecho Administrativo*. Caracas, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV-Tribunal Supremo de Justicia, 2001.

Derecho civil contemporáneo: adaptabilidad y permanencia de sus instituciones fundamentales

Enrique Urdaneta Fontiveros¹

Introducción

El Derecho Civil se manifiesta en la actualidad como una disciplina jurídica de extraordinaria vitalidad y adaptabilidad. Aunque algunas corrientes han sugerido una disminución de su protagonismo ante el creciente auge del Derecho Público y la proliferación de legislaciones especiales, la realidad demuestra que su importancia permanece intacta e incluso se ha fortalecido y acrecentado frente a los complejos desafíos del mundo contemporáneo. Esta capacidad de renovación, manteniendo sus principios esenciales, constituye el punto de partida para examinar el verdadero papel del Derecho Civil en el siglo XXI.

El Derecho Civil es, en pleno siglo XXI, el pilar fundamental del ordenamiento jurídico privado. Ha demostrado su vigor y capacidad de adaptación, transformándose sin quedar anclado en concepciones del pasado. Su carácter de Derecho Privado General le otorga una flexibilidad única, que se pone de relieve en su capacidad para enfrentar los desafíos actuales. La contratación electrónica, la protección de datos personales, las nuevas estructuras familiares, la función ecológica de la propiedad y la responsabilidad por daños ambientales son solo algunos ejemplos de cómo las instituciones civiles evolucionan para responder a las necesidades de nuestra época.

Además de su carácter esencialmente evolutivo y progresivo, un rasgo distintivo del Derecho Civil es su omnipresencia en nuestra existencia, la cual va mucho más allá de una mera tradición histórica. Desde el nacimiento hasta más allá de la muerte, regula los aspectos más fundamentales de la vida humana. No hay un solo día en que una persona no se vea afectada por normas del Derecho Civil, ya sea en su existencia personal, relaciones familiares o actividad patrimonial. Mientras que el contacto con el Derecho Penal puede ser ocasional o incluso

1 Profesor Titular en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

inexistente para muchas personas, el Derecho Civil se caracteriza por su presencia constante en nuestras relaciones interpersonales.

El Derecho Civil es, ante todo, el derecho de la persona, de la familia en sus múltiples manifestaciones actuales, y de las relaciones patrimoniales que permiten el desarrollo de la vida económica. Precisamente, este carácter esencial y fundamental de las materias que regula explica por qué el Derecho Civil nos acompaña constantemente. Esta presencia constante se fundamenta en la capacidad única del Derecho Civil para regular las relaciones más básicas y esenciales de la convivencia humana, aquellas que se desarrollan en un plano de igualdad y que constituyen el tejido fundamental de la vida en sociedad.

Por otra parte, la llamada constitucionalización del Derecho Civil ha supuesto su revitalización y fortalecimiento, potenciando su capacidad de respuesta ante las nuevas realidades sociales, en lugar de significar su debilitamiento. Los valores y principios constitucionales han encontrado en las instituciones civiles el vehículo idóneo para su concreción en las relaciones entre particulares.

Sobre la base de estas consideraciones, en el presente trabajo examinaremos la trascendencia actual del Derecho Civil, evidenciando cómo esta disciplina esencial del ordenamiento jurídico mantiene y acrecienta su importancia en el mundo contemporáneo. El Derecho Civil constituye hoy, más que nunca, un instrumento indispensable para la ordenación justa de las relaciones sociales. Este trabajo busca mostrar su función esencial en la sociedad actual, sin limitarse a proclamar su vigencia que -por lo demás- resulta evidente para cualquier observador atento de la realidad jurídica.

Partiendo de su conceptualización como Derecho Privado General, analizaremos en las siguientes secciones la presencia cotidiana del Derecho Civil en la vida de las personas, su papel como base y fundamento de otras disciplinas jurídicas, y su extraordinaria capacidad de adaptación ante los nuevos desafíos sociales y tecnológicos.

Asimismo, abordaremos el fenómeno de la constitucionalización del Derecho Civil que, más allá de una simple subordinación a los principios constitucionales, constituye un proceso de enriquecimiento recíproco entre el Derecho Civil y el Derecho Constitucional, permitiendo la actualización y el fortalecimiento de las instituciones civiles.

El Derecho Civil del siglo XXI se nos presenta así como una disciplina que ha sabido evolucionar para dar respuesta a las nuevas realidades. Como se examina poco más adelante, la tensión entre tradición y modernidad ha convertido al Derecho Civil en un instrumento más eficaz para la regulación justa y equilibrada de las relaciones entre particulares en un mundo cada vez más complejo.

El análisis de su trascendencia actual nos permitirá comprender por qué el Derecho Civil continúa siendo el eje fundamental del ordenamiento jurídico privado. Esta capacidad de adaptación, sin perder su esencia tradicional, es precisamente la que garantiza su posición central en el futuro del ordenamiento jurídico, cualesquiera que sean los desafíos que la evolución social nos depare.

El derecho civil como derecho privado general

A. Concepto y rasgos característicos

La definición del Derecho Civil como Derecho Privado General, aunque sintética, encierra un significado profundo que merece un análisis detallado. Más que una simple fórmula académica, esta noción expresa la esencia y el alcance de una disciplina fundamental dentro del ordenamiento jurídico.

La tradicional distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, pese a las múltiples controversias que ha suscitado en la doctrina moderna², mantiene su utilidad como criterio orientador para la comprensión del ordenamiento jurídico³. Sin embargo, en el caso del Derecho Civil, su caracterización como Derecho Privado requiere importantes consideraciones.

El Derecho Civil constituye el sustrato común de todo el ordenamiento jurídico privado. No se limita a ser un conjunto de normas que regulan relaciones entre particulares en un plano de igualdad.

El carácter “general” del Derecho Civil no debe entenderse como sinónimo de falta de especialización. Por el contrario, esta generalidad constituye su rasgo más distintivo y valioso: significa que el Derecho Civil proporciona los conceptos fundamentales, los principios rectores y las instituciones básicas sobre las que se construye todo el edificio del Derecho Privado. De él se han ido dependiendo históricamente otras ramas especiales, como el Derecho Mercantil o el Derecho

2 Como afirman Díez-Picazo y Gullón: “La distinción entre Derecho privado y Derecho público -que es para los estudiosos del Derecho la distinción por antonomasia- es quizá una de las cuestiones más oscuras, complejas y difíciles de la teoría general del Derecho. Durante siglos se han enconado las diferentes direcciones doctrinales, se han propuesto las fórmulas más dispares y no se ha llegado a la deseada solución”. (Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Tomo I, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1990, p. 37).

3 De ahí que, como afirma Fajardo Fernández, no podemos ni debemos prescindir de esta “eterna dualidad”, la cual conserva su relevancia y utilidad y, por ende, debe preservarse. (Javier Fajardo Fernández, “Derecho Público y Derecho Privado. Los cinco sentidos de una distinción”, en *Persona y Derecho*, Nro. 72, 2015, pp. 75-90. Disponible en: <https://dadun.unav.edu/server/api/core/bitstreams/70f42d71-d1e7-44f8-bb85-b7c9b3433062/content>).

del Trabajo, pero conservando siempre su papel como Derecho común o residual⁴.

Esta condición de Derecho común o residual constituye precisamente la mayor fortaleza del Derecho Civil, no una característica secundaria o subsidiaria⁵. En efecto, mientras las ramas especiales del Derecho Privado se ocupan de regular situaciones específicas o relaciones jurídicas particulares, el Derecho Civil mantiene su vigencia como disciplina que rige todas aquellas relaciones que no encuentran solución en las ramas especiales del Derecho Privado⁶. Pero más allá de esta función supletoria, el Derecho Civil conserva su papel fundamental en la regulación de las instituciones más fundamentales del Derecho Privado: la persona y sus atributos esenciales, la familia en sus diversas manifestaciones, y las relaciones patrimoniales⁷.

La generalidad del Derecho Civil se manifiesta también en su aplicación universal: todas las personas, por el solo hecho de serlo, están sujetas a sus normas y principios. A diferencia de las ramas especiales del Derecho Privado, que requieren determinadas cualidades o condiciones en sus destinatarios (comerciante, trabajador, consumidor, etc.), el Derecho Civil se aplica a todos los sujetos sin distinción⁸. Esta universalidad en su ámbito de aplicación personal se complementa con la amplitud de su ámbito material: desde el nacimiento hasta más allá de la muerte, desde las relaciones más íntimas hasta las más patrimoniales, el Derecho Civil está presente en todos los aspectos fundamentales de la vida humana (*infra*, Nro. III, A).

- 4 Christian Larroumet, *Derecho Civil, Introducción al estudio del derecho privado*, Traducción bajo la dirección de Christian Larroumet, Legis Editores, S.A., Colombia, 2008, pp. 50-51.
- 5 María Candelaria Domínguez Guillén, “La importancia del Derecho Civil hoy”, en *Derecho y Sociedad*, Nro. 17, Universidad Monteávila, Caracas, 2018, p. 49; León Henrique Cottin, “¿Por qué el Derecho Civil?”, en *La Importancia del Derecho Civil Hoy*, XI Jornada Aníbal Dominici, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2022, p. 71.
- 6 José Luis Aguilar Gorrondona, *Derecho Civil Personas*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, pp. 4-5.
- 7 Las grandes instituciones del Derecho Civil son la persona, la familia y el patrimonio (que comprende los derechos reales, los derechos de crédito y la sucesión hereditaria). Al respecto, véase: *Ibid.*, pp. 6-7; Domínguez Guillén puntualiza que la sucesión constituye un punto intermedio entre lo patrimonial y lo extrapatrimonial “porque presenta un componente familiar no obstante recaer sobre el destino del patrimonio de quien fue persona” (María Candelaria Domínguez Guillén, ob. cit., p. 51).
- 8 José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, Vol. I, Reus, S.A., Madrid, 2005, pp. 123 y 127.

El carácter general del Derecho Civil se evidencia, asimismo, en su función como proveedor de conceptos y categorías jurídicas fundamentales que son utilizados por todo el ordenamiento positivo⁹. Nociones básicas como persona, capacidad, obligación, contrato, responsabilidad, propiedad, entre otras, encuentran su desarrollo primario y esencial en el Derecho Civil, desde donde se proyectan hacia otras ramas del Derecho, tanto privado como público. Esta función conceptual básica explica por qué el Derecho Civil sigue siendo la disciplina fundamental en la formación de todo jurista, independientemente de su posterior especialización.

En la actualidad, frente al fenómeno de la “descodificación” y la proliferación de leyes especiales, el Derecho Civil mantiene su posición central precisamente por su capacidad para proporcionar los principios y conceptos que dan coherencia a todo el sistema jurídico privado. El Código Civil no se reduce, por tanto, a un conjunto de preceptos legales. Antes por el contrario, consagra los principios fundamentales del Derecho Privado que permiten interpretar y aplicar armónicamente todo el ordenamiento jurídico privado¹⁰.

En fin, esta caracterización del Derecho Civil como Derecho Privado General revela su función integradora y sistematizadora del derecho privado. Su generalidad, se insiste, constituye la garantía de su permanencia y actualidad en un mundo jurídico cada vez más especializado y complejo, no una mera delimitación formal de su ámbito de aplicación

B. Sistema de instituciones fundamentales

El Derecho Civil constituye un sistema orgánico de instituciones fundamentales que gravitan en torno a la persona como protagonista y razón de ser del ordenamiento jurídico. Esta estructura tampoco es arbitraria ni responde a meras necesidades académicas; por el contrario, refleja la forma natural en que el Derecho Civil ordena y regula las relaciones humanas más esenciales.

La persona ocupa, indiscutiblemente, el centro de este sistema. No podría ser de otra manera, pues el Derecho existe por y para la persona¹¹. El Derecho Civil regula a la persona tanto en su dimensión individual, mediante figuras jurídicas

9 Luis Díez-Picazo, “El sentido histórico del Derecho Civil”, en *Ensayos Jurídicos*, Tomo I, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 2011, p. 66.

10 Natalino Irti, *La edad de la descodificación*, traducción al español de Agustín Luna Serrano, Barcelona, 1992, pp. 33-35. Diponible en: <https://es.scribd.com/document/717132379/C1-La-Edad-De-La-Descodificacio-n-Natalino-IRTI>.

11 Hattenhauer, citado por María Candelaria Domínguez Guillén, en *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2007, p. 24.

como la capacidad, los atributos y los derechos de la personalidad, como en su proyección social. De ahí que la regulación civil de la persona no se limita a considerarla un sujeto abstracto de derechos y obligaciones, sino que la reconoce en su realidad concreta, teniendo en cuenta tanto sus circunstancias naturales (edad, capacidad) como sus relaciones fundamentales¹².

En un segundo nivel, pero íntimamente ligado al anterior, encontramos la familia como institución fundamental del Derecho Civil. El Derecho Civil regula la familia, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial. La regulación jurídica de la familia ha evolucionado desde concepciones rígidas y tradicionales hacia modelos más flexibles y plurales. En este contexto, el Derecho Civil ha demostrado su capacidad para adaptarse a las nuevas realidades familiares, reafirmando su papel esencial en la protección y regulación de las diversas formas de convivencia familiar contemporáneas¹³.

El patrimonio (que comprende tanto la propiedad y demás derechos reales como los derechos de crédito) constituye otro pilar fundamental del sistema de instituciones civiles. Si bien la función social de la propiedad fue reconocida ya desde mediados del siglo XX, en la actualidad esta dimensión ha cobrado una intensidad sin precedentes, transformando esta institución más allá de la concepción tradicional de dominio absoluto para incorporar dimensiones de creciente complejidad por razones de interés público y social. Como se examina con mayor profundidad poco más adelante, la propiedad se concibe hoy como una relación jurídica que debe armonizarse con nuevos imperativos, particularmente en materia ambiental y tecnológica, lo que ha significado una transformación adicional y profunda del instituto de la propiedad en el derecho contemporáneo¹⁴.

12 Al respecto, véase: María Candelaria Domínguez Guillén, *Manual de Derecho Civil I Personas*, Editorial RVLJ, Caracas, 2024, *passim*; Enrique Varsi Rospigliosi, *Tratado de Derecho de las Personas*, Gaceta Jurídica, Universidad de Lima, 2014. Disponible en: https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/5355/Varsi_Tratado_derecho_personas.pdf.

13 Al respecto, véase: Benjamín Aguilar Llanos, “Las nuevas tendencias del Derecho de Familia”, en *Foro Jurídico*, Nro. 13, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, pp. 228-235. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13789/14413>.

14 Sobre la evolución del derecho de propiedad frente a las exigencias ambientales, en el contexto del Derecho italiano, Tovani examina cómo la protección del ambiente ha llevado al establecimiento de nuevas limitaciones al derecho de propiedad, particularmente en lo referente a las inmisiones industriales, incorporando consideraciones sobre la salud pública y la salubridad ambiental, incluso cuando las emisiones estén dentro de los límites legales establecidos. (Flavio Tovani, “La protección del ambiente como límite al derecho de propiedad en Italia”, *Novum Jus*, Vol. 8, Nro. 1, Universidad Católica de Colombia, 2014, pp. 61-76. Disponible en: <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/download/649/667/1775>).

Las relaciones patrimoniales reflejan además la complejidad creciente de los intercambios económicos en la era digital. El contrato, figura tradicional del Derecho Civil, ha tenido que adaptarse a nuevas realidades como la contratación electrónica, los contratos inteligentes y las transacciones en entornos digitales.

La autonomía de la voluntad, si bien mantiene su importancia como principio fundamental, experimenta hoy nuevas limitaciones¹⁵. El principio de buena fe contractual, presente desde antiguo en la ejecución de los contratos, ha extendido su alcance; mientras que la protección de la parte más vulnerable en la relación contractual, surgida como preocupación en tiempos más recientes, se ha intensificado significativamente para responder a las complejidades de la contratación contemporánea (*infra*, Nro. IV.B).

Finalmente, la sucesión hereditaria representa la institución que cierra y sintetiza el ciclo de las relaciones civiles, conectando las generaciones y materializando la transmisión del patrimonio más allá de la existencia individual. Esta institución se enfrenta a un contexto de transformaciones sociales caracterizadas por nuevas estructuras familiares, mayor esperanza de vida, complejidad patrimonial y diversidad de formas de transmisión, lo que plantea consideraciones interesantes para su estudio y aplicación¹⁶.

15 Federico De Castro publicó en 1982 un trabajo en la Revista Anuario de Derecho Civil que lleva por título «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad». Se trata de un trabajo clásico sobre la materia, en el cual el autor aborda desde distintas perspectivas el esencial principio de la autonomía de la voluntad, su naturaleza, sus desviaciones, sus limitaciones propias, el concepto de orden público como límite, y sus repercusiones sobre las prácticas restrictivas de la competencia y la protección jurídica de los consumidores. (*Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35, Nro. 4, 1982, pp. 987-1086. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1982-40098701086). Más recientemente, véase: Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos, *La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: Desafíos inherentes y posibles soluciones. Informe y recomendaciones de buenas prácticas* (OEA, 2024). Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_contratos_asimetricos_2024.pdf.

En la doctrina nacional, respecto a los límites de la autonomía de la voluntad en materia contractual, véase: José Mélich Orsini, *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, Nro. 61, Caracas, 2013, pp. 21-24. Más recientemente, véase: Claudia Madrid Martínez, “La libertad contractual en el Código Civil: entre regulaciones, limitaciones y silencios”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Nro. 20, Caracas, 2023, pp. 107-157. La autora reflexiona sobre la libertad contractual, de marcada actualidad a raíz de la propensión en el Derecho nacional de limitar la autonomía privada. En concreto, examina —desde el Derecho de las Obligaciones— la regulación de la autonomía de la voluntad, sus limitaciones y omisiones, estas últimas en materia de interpretación del contrato, relaciones asimétricas y equilibrio económico del contrato.

16 Sobre algunos factores sociales relevantes para el estudio contemporáneo del Derecho de Sucesiones, véase: Arniches De Barrón, “Libertad de testar y desheredación en los Derechos

La confluencia de estas instituciones - persona, familia, patrimonio y sucesión - configura un sistema orgánico que pone de manifiesto la estructura característica y trascendencia del Derecho Civil¹⁷. Es un ordenamiento que debe adaptarse a las transformaciones sociales sin perder su carácter fundamental de regulación justa y equilibrada de las relaciones interpersonales.

Lejos de ser un conjunto de normas rígidas, estas instituciones representan cauces vivos de regulación. Son espacios de encuentro entre la tradición y la modernidad, entre el individuo y la sociedad. Su permanente capacidad de renovación constituye la prueba más fehaciente de la vigencia del Derecho Civil en el siglo XXI.

La omnipresencia del derecho civil

A. El Derecho de la vida cotidiana

El Derecho Civil está presente en prácticamente todos los aspectos de la vida cotidiana. Es un conjunto normativo que acompaña al individuo desde su mismo origen hasta más allá de su existencia física. Regula cada uno de los momentos fundamentales de su trayectoria vital. No es, por tanto, una disciplina que queda confinada a los códigos y tribunales¹⁸.

Desde el nacimiento (e incluso antes, pues el derecho protege al concebido *-conceptus-* en todo lo que lo beneficia), el Derecho Civil establece los primeros marcos de protección y reconocimiento de la persona. La inscripción del nacimiento, la determinación de la filiación, los derechos del recién nacido, son actos

civiles españoles”, citado por María Elena Cobas Cobiella y Christian de Joz Latorre, en “La modernización del Derecho de Sucesiones. Algunas propuestas”, en *Cuestiones de Interés Jurídico*, IDIBE, julio 2017. Disponible en: <https://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/cij-16.pdf>.

17 Sobre la trascendencia y aplicación práctica del Derecho Civil, y sus instituciones fundamentales, véase: María Candelaria Domínguez Guillén, *Instituciones Fundamentales de Derecho Civil*, Centro Latinoamericano de Estudios e Investigaciones Jurídicas (CENLAE), Caracas, 2018, pp. 11-20.

18 Refiriéndose a la omnipresencia del Derecho Civil en la vida diaria, La Cruz Berdejo afirma que este, como Derecho Privado General, constituye el derecho de la vida cotidiana, pues regula nuestra existencia jurídica desde el momento del nacimiento, durante toda la vida e incluso después de la muerte. (José La Cruz Berdejo, José Luis et al., *Elementos de Derecho Civil I Parte General del Derecho Civil*, José María Bosch editor S.A., Barcelona, 1988, Vol. I, p. 45). En el mismo sentido, en la doctrina nacional, véase: María Candelaria Domínguez Guillén, “La importancia del Derecho Civil...”, cit., p. 52. Ambos autores destacan cómo el Derecho Civil regula aspectos fundamentales de la existencia humana, desde el nacimiento hasta más allá de la muerte, abarcando las relaciones personales, familiares y patrimoniales que constituyen el tejido de la vida en sociedad.

de reconocimiento jurídico del individuo como sujeto de derechos. Cada nacimiento representa para el Derecho Civil la actualización de un sistema milenario de protección de la persona.

Los actos más íntimos de la existencia personal también se rigen por instituciones civiles. El consentimiento informado, la protección de datos personales, el derecho a la imagen, la libertad de testar, son manifestaciones de cómo el Derecho Civil tutela la autonomía individual en sus aspectos más personales. Su finalidad es garantizar un espacio de libertad y dignidad para cada persona. No se limita, por tanto, a establecer una mera regulación de las relaciones interpersonales. Se erige en un verdadero sistema de protección y promoción de valores fundamentales que hacen posible el desarrollo de la personalidad humana en sociedad.

Las relaciones familiares encuentran también en el Derecho Civil su espacio natural de regulación. La diversidad de los vínculos familiares contemporáneos - matrimonios, uniones civiles, familias monoparentales, familias reconstituidas - encuentra en esta disciplina el instrumento flexible capaz de reconocer y proteger las múltiples formas de convivencia y afecto. El Derecho Civil reconoce y legitima diversas formas de organización familiar, procurando asegurar en todas ellas el respeto, protección y promoción de los derechos de cada uno de sus miembros. No impone pues un modelo único de familia. En este contexto, el Derecho Civil regula aspectos fundamentales como el matrimonio, el divorcio, las obligaciones alimentarias, la filiación, la adopción, las uniones de hecho, los regímenes patrimoniales de la pareja, los derechos y deberes de los cónyuges o parejas, y la protección de menores y adultos mayores en el entorno familiar.

Del mismo modo, en el ámbito patrimonial el Derecho Civil acompaña constantemente los intercambios y transacciones cotidianas. Cada compraventa, cada contrato de arrendamiento, cada préstamo, cada donación, se desarrolla bajo el amparo de principios civiles que garantizan la autonomía de la voluntad¹⁹. Las relaciones económicas más simples - como la compra de un billete de transporte o el alquiler de una vivienda - hasta las más complejas - como los contratos de ingeniería o los contratos de desarrollo, instalación y mantenimiento de software - encuentran en el Derecho Civil su fundamento y garantía.

La responsabilidad civil es otro mecanismo fundamental en la regulación de la vida cotidiana. Su alcance va más allá de la mera compensación económica, ya que cumple una función de cohesión social al prevenir daños, incentivar conductas responsables y establecer mecanismos de reparación cuando las relaciones

19 Sin perjuicio de los límites tradicionales establecidos por el orden público y las buenas costumbres.

interpersonales se ven afectadas por conductas lesivas. Desde el pequeño accidente doméstico hasta los daños causados por productos defectuosos, pasando por los incidentes de tránsito o los perjuicios derivados de servicios inadecuados, el Derecho Civil provee herramientas para dirimir conflictos y restaurar el equilibrio social.

Incluso más allá de la muerte, el Derecho Civil continúa su labor reguladora e incide significativamente en las relaciones jurídicas a través del Derecho de Sucesiones. Esta rama del Derecho Civil acompaña a las familias en momentos cruciales, desde el otorgamiento del testamento, pasando por los trámites sucesorios tras el fallecimiento de un ser querido, hasta la partición de la comunidad hereditaria y adjudicación de los bienes a los respectivos herederos. El Derecho de Sucesiones va más allá de la mera transmisión de bienes, ya que también regula aspectos complejos como la determinación de la condición de heredero, la distribución del patrimonio, la validez y ejecución de testamentos, y la protección de los derechos de herederos y legatarios. Además, garantiza la continuidad de las relaciones jurídicas del causante, abarcando tanto sus deudas y obligaciones como la administración y liquidación de la herencia. Igualmente instituciones como la legítima aseguran que ciertos familiares del causante reciban una porción de la herencia, equilibrando así la voluntad del testador con la protección de determinados vínculos familiares.

Esta omnipresencia del Derecho Civil en la vida cotidiana es la manifestación de su naturaleza más profunda: ser un derecho verdaderamente humano²⁰, es decir, un derecho que nace de las propias dinámicas de convivencia, asegurando la protección de los derechos de cada persona a lo largo de su vida, en lugar de ser una imposición artificial. El Derecho Civil es, en definitiva, un sistema vivo de regulación que acompaña, protege y promueve la realización de la persona en sociedad. Su capacidad para regular desde los actos más simples hasta las relaciones más complejas, manifestación de su carácter de Derecho Privado común, fundamenta su permanente vigencia.

20 Ya en 1949, el ilustre jurista Antonio Hernández Gil expresaba con notable claridad que “la entraña misma del Derecho Civil no es otra que la defensa de la persona como realidad jurídica primaria”. Esta perspectiva antropológica del Derecho Civil, sostiene este autor, refuerza su concepción como un ordenamiento intrínsecamente vinculado a la condición humana, más allá de su función meramente reguladora de relaciones patrimoniales, constituyéndose así en un sistema normativo que emerge orgánicamente de las propias dinámicas sociales de convivencia y acompaña al individuo a lo largo de toda su existencia. (Antonio Hernández Gil, “El valor permanente del Derecho Civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Nro. 186-4, 1949, pp. 488-492. Más recientemente, en la doctrina nacional, véase: León Henrique Cottin, ob. cit., p. 84.

B. Base de otras disciplinas jurídicas

Como indicamos con anterioridad, el Derecho Civil establece principios generales y proporciona conceptos fundamentales que inspiran y orientan el conjunto del sistema jurídico. Sirve, por tanto, como base estructural para otras ramas del ordenamiento²¹.

En el ámbito del Derecho Mercantil esta influencia resulta particularmente evidente²². Las figuras e institutos propios del Derecho Civil - como la persona jurídica, la capacidad, la representación, las obligaciones y los contratos - constituyen el sustrato sobre el cual se estructura el Derecho Mercantil. Entre estas figuras, destaca especialmente la teoría general de las obligaciones y contratos desarrollada por el Derecho Civil, que opera como fundamento interpretativo y sistemático para las relaciones comerciales, dotándolas de coherencia y principios generales de interpretación. El régimen jurídico de los contratos mercantiles se basa en el principio general y común de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1159 del Código Civil. Conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Código de Comercio, el Derecho Civil tiene carácter supletorio respecto del Derecho Mercantil²³. De este modo, esta base civil del Derecho Mercantil permite una comprensión más profunda de las relaciones comerciales.

Desde luego, el Derecho Mercantil ha desarrollado sus propias instituciones y figuras, creando nuevos contratos como el de transporte y seguro, así como la figura de las sociedades mercantiles (sociedad en nombre colectivo, anónima, en comandita), la letra de cambio, el cheque, toda la teoría de los títulos valores, etc. Sin embargo, en nuestro concepto, lo que se produce, en esencia, es una

21 Desde luego, esta consideración del Derecho Civil como base de otras disciplinas jurídicas debe entenderse sin menoscabo de la autonomía científica y metodológica que caracteriza a cada rama especializada del Derecho. Los conceptos, categorías y principios que aporta el Derecho Civil son reinterpretados y modulados por cada disciplina jurídica conforme a sus particularidades. La relación entre el Derecho Civil y las demás ramas es de complementariedad, donde cada sector normativo desarrolla adaptaciones particulares de estos elementos fundamentales para responder a sus específicas finalidades y exigencias técnicas y funcionales.

22 Respecto a los límites entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil, véase: Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 7^{ma} ed., Madrid, 1976, pp. 28-35.

23 Como afirma Mármol Marqués. "El Código Civil entonces es tenido presente permanentemente por el mercantilista porque ante cada norma de Derecho Mercantil debe preguntarse siempre, en qué está cambiando la misma al Derecho Civil y porque a falta de norma, es al Derecho Civil a donde debe acudir, en primer lugar, en busca de solución: así lo señala el Código de Comercio, en forma genérica, en su artículo 8 y lo repite luego constantemente en muchas instituciones específicas (Cf. Artículos 141, 144, 149, 200, 379, 543, etc.)". (Hugo Mármol Marqués, *Fundamentos de Derecho Mercantil. Parte General*, Ediciones Librer, 5^{ta} ed., Caracas, 2010, p. 26).

especialización y adaptación de los principios generales de la contratación civil a las particularidades del tráfico económico. La autonomía de la voluntad, la buena fe, la responsabilidad contractual, encuentran en el Derecho Civil su formulación más acabada y universal, y desde allí informan y orientan las relaciones mercantiles, sin que esto implique reducir el Derecho Mercantil a un mero apéndice del Derecho Civil.

El Derecho Administrativo, por su parte, encuentra en el Derecho Civil un referente conceptual fundamental. Nociones como persona, capacidad, patrimonio, responsabilidad, tienen su origen y desarrollo primario en el Derecho Civil, desde donde se proyectan al ámbito público²⁴. La distinción entre persona física y jurídica, los mecanismos de representación, los principios de responsabilidad extracontractual, son ejemplos claros de cómo las categorías civiles sirven de referencia a la construcción jurídico-administrativa²⁵. Como afirma Brewer-Carías, la autonomía del Derecho Administrativo, en todo caso, no debe implicar “el relegamiento de los principios del derecho privado, de donde, en definitiva, provienen buena parte de las instituciones de nuestra disciplina”²⁶.

Esta proyección no es unidireccional. El Derecho Administrativo también ha enriquecido las categorías civiles, especialmente por lo que respecta a la función social de la propiedad o las exigencias de transparencia y equilibrio en la contratación. La idea de servicio público, la protección de los administrados, los principios de buena administración, han contribuido a una comprensión más dinámica

24 Como afirma Aguilar Gorrondona: “Buena parte de las teorías generales a todo el Derecho (Público y Privado) tienen origen civilista” (José Luis Aguilar Gorrondona, ob. cit., p. 5). Brewer-Carías, por su parte, pone de relieve cómo el Derecho Privado “está en la génesis de tantas instituciones del Derecho Administrativo, ...el cual siempre conforma el derecho supletorio ante la ausencia de principios generales del propio derecho administrativo” (Allan R. Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo, Derecho Público en Iberoamérica. El Derecho Administrativo y sus Principios Fundamentales*, Vol. I, Civitas Thomson Reuters/ Editorial Jurídica Venezolana, Madrid, 2013, pp. 688-689).

25 De ahí que, con respecto a esta disciplina del Derecho Público, se reconoce al civil, un cierto carácter de Derecho común (José Castán Tobeñas, ob. cit., p. 145). Por lo cual, por ejemplo, en materia contractual, la Administración puede acudir a la regulación del contrato establecida en el Código Civil ya que esta regulación permite la gestión eficiente de los asuntos públicos a su cargo. En tal sentido, véase: José Ignacio Hernández “El rapto del Derecho Civil por el Derecho Administrativo: A propósito del contrato administrativo. Un ensayo crítico”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Nro. 10, Caracas, 2018, p. 202.

26 Allan R. Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Administrativo...* cit., p. 296.

y social de las instituciones civiles. Numerosas leyes típicamente administrativas condicionan y limitan el ejercicio de los derechos privados²⁷.

En el ámbito del Derecho Constitucional, la influencia del Derecho Civil resulta igualmente significativa. Los conceptos civiles de persona, capacidad, autonomía y libertad constituyen el sustrato sobre el cual se construyen los derechos fundamentales. La teoría de los derechos de la personalidad desarrollada por el Derecho Civil ha sido fundamental para la configuración de los derechos humanos y las libertades públicas. La persona, concebida por el Derecho Civil no como un sujeto abstracto, sino como un ser concreto con derechos y obligaciones, dotado de los atributos de la personalidad (nombre, domicilio, capacidad), sirve de base a la teoría constitucional. Los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen, encuentran en el Derecho Civil su primera formulación y desarrollo sistemático, antes de ser elevados a la categoría de derechos fundamentales²⁸.

La interrelación entre el Derecho Civil y las otras disciplinas jurídicas pone de relieve una nota característica de esta disciplina. El Derecho Civil no es un derecho obsoleto o meramente tradicional. Por el contrario, se configura como un sistema abierto y dinámico. Su capacidad para proveer conceptos fundamentales, principios interpretativos y categorías sistemáticas evidencia su permanente vigencia en el ordenamiento jurídico. Constituye un verdadero derecho matriz que garantiza la coherencia del ordenamiento jurídico en su conjunto, y no un derecho meramente residual o subsidiario.

En este sentido, el Derecho Civil constituye una verdadera teoría general del Derecho Privado, capaz de nutrir y ser nutrido por otras ramas del Derecho. No se limita a ser una disciplina específica. Su función trasciende la mera regulación de relaciones concretas para proporcionar el marco conceptual que permite la comprensión y articulación de todo el sistema jurídico.

27 De este modo, el Derecho Administrativo ha penetrado progresivamente en campos que antes eran propios y exclusivos del Derecho Civil y Mercantil. En relación con este proceso de publicización de campos de actividad que en su origen estaban solo regulados por el Derecho Privado, véase: *Ibid.*, pp. 715-717; Fernando Fueyo Laneri, “Derecho público y Derecho privado: ‘publicización’ del Derecho privado y ‘privatización’ del Derecho público. Simbiosis de ramas del derecho”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Nro. 224, Editorial Reus, 1968, pp. 935-955.

28 Los derechos de la personalidad constituyen la protección civil de la persona. Se caracterizan por ser derechos privados, con proyección privatística, de particular a particular, sin perjuicio de que los mismos sean también objeto de derechos subjetivos públicos y elevados al plano constitucional. En tal sentido, véase: María Candelaria Domínguez Guillén, “Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Nro. 7, 2016, pp. 73-74 y 87; José Luis Aguilar Gorrondona, ob. cit., p. 149.

Adaptabilidad y nuevos desafíos

A. Retos contemporáneos

El Derecho Civil del siglo XXI se encuentra ante un horizonte de desafíos sin precedentes que ponen a prueba su capacidad de adaptación y su función esencial de regulación de las relaciones humanas. Las transformaciones vertiginosas de nuestra época constituyen una valiosa oportunidad para demostrar la vitalidad y potencial de renovación de esta disciplina fundamental²⁹.

Pasamos a referirnos someramente a los principales desafíos que enfrenta el Derecho Civil en la actualidad.

1. La revolución digital constituye sin duda uno de los retos más complejos y significativos. Las nuevas tecnologías han transformado radicalmente las formas de interacción, comunicación y transacción entre las personas. El Derecho Civil está llamado a regular nuevas realidades como la identidad digital, la protección de datos personales, los contratos inteligentes, la propiedad intelectual en entornos virtuales y las responsabilidades derivadas de la inteligencia artificial³⁰. Esta transformación digital se manifiesta especialmente en el ámbito patrimonial, donde han surgido fenómenos jurídicos que desafían las categorías clásicas. Los activos digitales, las criptomonedas y las transacciones en entornos virtuales desafían conceptos fundamentales sobre la naturaleza misma de los bienes y las relaciones jurídicas tradicionales. No pueden considerarse, por tanto, como meros

29 Fernando de Trazegnies Granda aborda esta cuestión en su artículo “El Derecho Civil: Perspectivas Futuras”, donde analiza los desafíos que enfrenta esta disciplina ante los cambios sociales, tecnológicos y políticos, y propone soluciones para su transformación y adaptación. Según este autor “no hay otra manera de conservar que transformando” (p. 34) y señala que el Derecho Civil debe convertirse en “un zócalo firme del pensamiento jurídico” que regule las relaciones horizontales dentro de la sociedad, de manera que cumpla una función de fundamento permanente sobre el cual pueden construirse los derechos especializados y variables (p. 38). (Fernando de Trazegnies Granda, “El Derecho Civil: Perspectivas Futuras”, en *Revista de Derecho*, Nro. 66, Themis, 2014, pp. 25-38. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12686/13239>).

30 En esta dirección, Gallardo Rodríguez analiza específicamente cómo la evolución de la identidad digital, desde las redes sociales hasta el metaverso, plantea importantes cuestiones sobre la responsabilidad civil de las plataformas digitales. La autora examina el tratamiento de datos personales que conforman esta identidad digital y anticipa los cambios que el modelo de identidad auto-soberana, basado en tecnología blockchain, supondrá para el régimen de responsabilidades en el futuro digital. (Almudena Gallardo Rodríguez, “Identidad digital y responsabilidad civil de las plataformas digitales: de las redes sociales al metaverso”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nro. 18, febrero 2023, pp. 1008-1033. Disponible en: https://revista-aji.com/articulos/2023/18/AJI18_35.pdf).

objetos nuevos que requieren regulación³¹. El desarrollo de nuevos marcos conceptuales capaces de proteger los derechos fundamentales de la persona y sus atributos esenciales en ecosistemas digitales resulta pues imprescindible. De ahí que no baste con adaptar las normas existentes a las complejas realidades virtuales. La persona, como eje del sistema civil, debe ser reconocida y protegida tanto en su dimensión física como en su presencia en entornos digitales, los cuales influyen cada vez más en su desarrollo y autonomía personal.

2. La crisis ambiental representa otro desafío fundamental que cuestiona las instituciones civiles tradicionales. En efecto, la sostenibilidad ambiental ha dejado de ser un aspecto secundario para convertirse en un principio fundamental que debe integrarse en todas las relaciones jurídicas. De ahí que institutos como la propiedad, el contrato y la responsabilidad civil, deben ser repensados desde una perspectiva ecológica que equilibre los intereses individuales con la preservación del entorno natural³².
3. Las transformaciones sociales también introducen complejidades inéditas en la regulación de las relaciones humanas. Los cambios en la composición familiar, en los roles de género y en las formas de convivencia plantean serios desafíos que el Derecho Civil debe abordar con flexibilidad y sensibilidad³³.

31 Al respecto, véase: Juan Antonio García García, *Régimen Jurídico Civil de los Criptoactivos*, Colex, 2022, pp. 13-15 y 51-80; Faustino Gudín Rodríguez-Margariños, *Criptoactivos: de la paralegalidad a la paulatina legalización*, Editorial Jurídica Sepín, 2022, pp. 67-80; María Parga Landa y Diego García Novillo, “La Nueva Era de las Criptofinanzas”, en *Criptoactivos. Retos y desafíos normativos*, Moisés Barrio Andrés (editor), Wolters Kluwer España, 2021, pp. 39-44.

32 En esta línea, Foy Valencia, en el contexto del ordenamiento peruano, realiza una aproximación ambiental a diversas instituciones clásicas del Código Civil, examinando cómo figuras tradicionales como el derecho de propiedad, la servidumbre, la responsabilidad civil extracontractual y los derechos de vecindad pueden ser reinterpretadas desde una perspectiva ecológica. El autor propone la necesidad de concebir “pautas mínimas ambientales en el Código Civil que lo conecten con el resto del (sub) sistema jurídico ambiental” para responder a los nuevos imperativos de sostenibilidad e intergeneracionalidad (Pierre Foy Valencia, “Aproximación ambiental al Código Civil”, en *Revista Kawsaypacha: Sociedad y Medio Ambiente*, Nro. 2, 2018, pp. 69-86. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/Kawsaypacha/article/view/20259/20208>).

33 Sobre la adaptación del Derecho de Familia a las nuevas realidades sociales y el análisis del tránsito de la familia tradicional hacia modalidades como las familias monoparentales, ensambladas y uniones de hecho, así como los desafíos que estas presentan para la regulación jurídica, incluyendo temas como la filiación y la maternidad asistida desde una perspectiva

En fin, de lo que se trata es de reconocer y proteger la diversidad de formas de organización familiar y personal, sin imponer un modelo único de familia.

4. Por otra parte, la globalización económica ha desdibujado las fronteras tradicionales, generando nuevas dinámicas de intercambio que desafían los marcos jurídicos nacionales. El Derecho Civil debe adaptar y perfeccionar sus mecanismos de interpretación y regulación para ofrecer soluciones efectivas a los conflictos de leyes que inevitablemente surgen en las transacciones internacionales, armonizando la aplicación de normas de distintos ordenamientos en este escenario de intercambios globales cada vez más complejos y dinámicos³⁴.
5. Del mismo modo, la biotecnología y la medicina avanzada introducen dilemas éticos y jurídicos de extraordinaria complejidad. La manipulación genética, la reproducción asistida, las nuevas prácticas de alteración corporal, cuestionan directamente las nociones tradicionales de persona, integridad y disponibilidad del propio cuerpo. El Derecho Civil además de desarrollar nuevos marcos interpretativos, debe formular categorías jurídicas innovadoras y principios específicos para estas realidades emergentes. Estas nuevas construcciones jurídicas deberán establecer límites claros a la disposición del cuerpo humano y sus componentes, definir el estatuto jurídico de los materiales biológicos y determinar el alcance de la autonomía personal en las intervenciones biotecnológicas. Todo ello con el doble objetivo de proteger los derechos fundamentales de la persona y facilitar el avance de la investigación científica³⁵.

flexible e inclusiva, véase: Benjamín Aguilar Llanos, “Las nuevas tendencias...”, cit., pp. 228-235.

- 34 En esta dirección, el profesor Carlos Clerc examina, de manera breve y concisa, cómo el concepto de “frontera nacional” ha sido erosionado en sus fundamentos debido a la expansión del comercio transnacional, generando espacios globales de interacción que superan las previsiones normativas del Derecho Internacional Privado tradicional. El autor sostiene que este fenómeno ha trascendido el modelo territorial centrado en la soberanía estatal, creando nuevas cadenas de valor global que operan más allá de las fronteras nacionales, lo que exige una reconfiguración de los marcos jurídicos existentes. (Carlos Clerc, “El Derecho Internacional Privado y los procesos globalizadores”, en *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, Vol. 16, Nro. 32, 2013, pp. 15-30. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4723002.pdf>). En la doctrina nacional, véase: James Otis Rodner, *La globalización (globalización de la norma jurídica)*, Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales, Serie Estudios, Nro. 101, Caracas, 2012, pp. 211 y ss.
- 35 Al respecto, el profesor Rafael Santa María D’Angelo, en un reciente trabajo analiza el complejo campo del derecho de la biotecnología abarcando diversos niveles normativos

6. Igualmente, la inteligencia artificial y la robótica avanzada plantean interrogantes fundamentales sobre la personalidad jurídica, la capacidad de obrar y la atribución de responsabilidad. Entre las cuestiones cruciales que el Derecho Civil deberá resolver destacan, por ejemplo: ¿Pueden las entidades dotadas de inteligencia artificial, como los robots autónomos y los sistemas automatizados de toma de decisiones, ser considerados sujetos de derecho? Persisten algunos problemas fundamentales, como los límites de actuación de estos sistemas cada vez más autónomos, así como el alcance de su responsabilidad. El Derecho Civil está llamado a desarrollar nuevas categorías conceptuales para abordar estas realidades emergentes³⁶.
7. Finalmente, la creciente desigualdad económica y social representa otro desafío estructural para el Derecho Civil. Las instituciones tradicionales han evolucionado hacia una concepción sustantiva de la igualdad, superando la mera igualdad formal que las caracterizaba originalmente. Esta evolución debe continuar su transformación hacia mecanismos que garanticen una verdadera igualdad sustantiva³⁷. Los principios de buena fe, abuso del derecho y función social de las instituciones civiles sin duda serán herramientas fundamentales para corregir desequilibrios.

y advierte sobre el desfase de las normas jurídicas frente a los rápidos avances científicos, haciendo evidente la necesidad de desarrollar marcos regulatorios adecuados para las innovaciones biotecnológicas en consonancia con los principios generales del Derecho, de manera tal que permitan el desarrollo de estas tecnologías sin comprometer los valores jurídicos fundamentales. (Rafael Santa María D'Angelo, "Desafíos de la Biotecnología para el Derecho y la Alteridad", en *Revista Direitos Fundamentais e Alteridade*, Vol. V, Nro. 01, 2017, pp. 88-98. Disponible en: <https://portaldeperiodicos.ucsal.br/index.php/direitosfundamentaisalteridade/article/download/430/349>).

- 36 Al respecto, véase: Silvia Díaz Alabart, *Robots y Responsabilidad Civil*, Editorial Reus, Madrid, 2018, pp. 89-94; Carlos Rogel Vide, "Robots y Personas", en *Los robots y el derecho*, Carlos Rogel Vide (Coord.), Editorial Reus, Madrid, 2018, pp. 7-23; Javier Ercilla García, *Normas de Derecho Civil y Robótica. Robots inteligentes, personalidad jurídica, responsabilidad civil y regulación*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, *passim*.
- 37 En esta dirección, el autor Íñigo de la Maza examina cómo el Derecho Civil ha evolucionado desde la igualdad formal hacia la consideración de desigualdades materiales entre las partes, analizando dispositivos jurídicos que permiten reconocer y corregir vulnerabilidades en las relaciones contractuales (Íñigo de la Maza Gazmuri, "Desigualdad y vulnerabilidad: Desde las leyes especiales al derecho común", en *Estudios de Derecho Civil XVI, XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Thomson Reuters, Santiago, 2023, pp. 415-432. Disponible en: <https://derecho.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2023/07/Estudios-de-Derecho-Civil-XVI-Inigo-de-la-Maza.pdf>).

Esta enumeración de los principales retos que enfrenta el Derecho Civil en la actualidad tiene como objeto reflejar la magnitud y complejidad de los desafíos que esta disciplina debe afrontar en el siglo XXI, sin que constituya por supuesto un listado exhaustivo.

La complejidad de estos retos exige un enfoque interdisciplinario que desborda lo estrictamente jurídico y debe contemplarse también desde perspectivas éticas, tecnológicas y sociales. Por consiguiente, para enfrentar estos desafíos, el Derecho Civil del siglo XXI deberá enriquecerse con el aporte de otras disciplinas y saberes, sin perder su especificidad y su función fundamental de regulación de las relaciones humanas.

B. Respuestas del Derecho Civil

Después de referirnos a los principales desafíos que enfrenta el Derecho Civil en la actualidad, corresponde examinar cómo esta disciplina está respondiendo a estas exigencias.

La adaptación a estos desafíos comienza por la renovación de las instituciones fundamentales del Derecho Civil. Esta disciplina, preservando sus principios esenciales, desarrolla nuevas categorías conceptuales y herramientas jurídicas. En efecto, como se señaló anteriormente al examinar las instituciones civiles básicas, figuras jurídicas como la propiedad, el contrato y la responsabilidad experimentan una evolución significativa.

Así, la propiedad evoluciona hacia una concepción que enfatiza su función social y ecológica. Para responder a estas exigencias, el Derecho Civil desarrolla nuevos instrumentos jurídicos que permiten armonizar el ejercicio del derecho de propiedad con la protección ambiental. Estos instrumentos incluyen desde mecanismos de compensación por servicios ambientales hasta nuevas modalidades de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. La doctrina y jurisprudencia civiles elaboran criterios para determinar el alcance de las obligaciones ambientales del propietario sin desnaturalizar la esencia del derecho de propiedad³⁸.

38 En el contexto del ordenamiento colombiano, Solano Bilbao, Ortiz Figueroa y Posada Martínez examinan cómo la legislación y jurisprudencia han desarrollado instrumentos jurídicos que permiten armonizar el ejercicio del derecho de propiedad con la protección ambiental, abordando los límites que pueden imponerse al propietario sin vulnerar el núcleo esencial de su derecho (Sofía Cristina Solano Bilbao, María Antonieta Ortiz Figueroa y Martín Posada Martínez, *Límites al derecho de propiedad: función social y ecológica en el ordenamiento jurídico colombiano*, Universidad Externado de Colombia, 2022. Disponible en: <https://red.uexternado.edu.co/limites-al-derecho-de-propiedad-funcion-social-y-ecologica-en-el-ordenamiento-juridico-colombiano>).

El contrato también evoluciona respondiendo a los requerimientos de la economía digital y las nuevas formas de intercambio económico. Sin modificar sus fundamentos esenciales, la teoría general del contrato se adapta para abordar las particularidades de la contratación en entornos digitales, contempla mecanismos de protección reforzada para la parte más vulnerable, y desarrolla criterios de interpretación que responden a estas nuevas modalidades de intercambio³⁹.

La responsabilidad civil, por su parte, experimenta una profunda metamorfosis. De un sistema tradicional de reparación de daños, evoluciona hacia un mecanismo de prevención y gestión de riesgos. Las nuevas tecnologías, los desafíos ambientales y las transformaciones sociales exigen un concepto de responsabilidad más dinámico, capaz de anticipar y mitigar potenciales daños antes que limitarse a su reparación posterior⁴⁰.

En línea con la evolución de las instituciones fundamentales, el Derecho Civil ha desarrollado respuestas específicas y particularmente innovadoras para abordar los desafíos tecnológicos sin precedentes en la tradición jurídica. En el ámbito probatorio, ha elaborado criterios para determinar la validez y eficacia de los documentos electrónicos, las firmas digitales y los registros *blockchain*, estableciendo estándares específicos de autenticidad e integridad⁴¹.

39 Mariana López Varas, “Regulación jurídica de la contratación electrónica”, Instituto de Transparencia y Acceso a la Información, México, 2010. Disponible en: https://infoem.org.mx/sipoem/ipo_capacitacionComunicacion/pdf/pet_tesis_001_2009.pdf. En la doctrina nacional, véase: Claudia Madrid Martínez, “El derecho de los contratos frente a la tecnología”, en *La importancia del derecho civil hoy*, XI Jornada Aníbal Dominici en memoria de María Candelaria Domínguez Guillén, ABediciones / Asociación Civil Juan Manuel Cajigal, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2022, pp. 101-130; Rafael Bernad Mainar, “Nuevos modelos de contratación: La contratación electrónica”, en *Estudios de Derecho Procesal Libro homenaje al doctor Adán Febres Cordero*, Salvador Yannuzzi (Coord.), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2013, pp. 211-241; James Otis Rodner, “El negocio jurídico electrónico en Venezuela”, en *La regulación del comercio electrónico en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2001, pp. 17 y ss.

40 Emiliano Lamanna Guinázú, “Reflexiones en torno a la responsabilidad civil en la Revolución Industrial 4.0”, en *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, Vol. 10, Nro. 2, 2020, pp. 87-124. Disponible en: <https://doi.org/10.19137/perspectivas-2020-v10n2a05>.

41 Para un reciente análisis sobre la validez y eficacia probatoria de los archivos digitales en la contratación *online*, así como los desafíos que se plantean para establecer estándares de autenticidad e integridad en el ámbito procesal, véase: Carlos Tur Faúndez, *Derecho probatorio de los contratos online automatizados*, Editorial Colex, La Coruña, 2024. En la doctrina nacional, para un análisis de la complejidad probatoria del documento electrónico y su autenticidad, véase: Rómulo Velandia Torres, *El documento electrónico y sus dificultades probatorias*, Editorial Álvaro Nora, Caracas, 2015, pp. 97-138 y 275-281. Véase, igualmente: José Vicente Urdaneta Benítez, *Los mensajes de datos y la firma electrónica (seguridad*

En materia contractual, el Derecho Civil ha profundizado en aspectos específicos de la contratación por medios electrónicos, reconociendo que esta no implica una nueva concepción de la teoría general del contrato⁴². Sin embargo, para los contratos inteligentes (*smart contracts*), ha sido necesario elaborar reglas especiales considerando sus características únicas de autoejecutabilidad⁴³. La doctrina civil también ha avanzado en la conceptualización de los activos digitales, determinando su naturaleza jurídica, su régimen de transmisión y su tratamiento sucesorio⁴⁴. Empero, persisten importantes desafíos que requieren mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial. Por ejemplo, la regulación de la

jurídica que ofrecen y valor probatorio), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, pp. 33-46; Juan M. Raffalli, “El mensaje de datos o documento electrónico. Valor probatorio, usos y costumbres mercantiles”, en *La regulación del comercio electrónico en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2001, pp. 137-157.

42 Claudia Madrid Martínez, ob. cit., p. 105. En la misma dirección, Bernad Mainar afirma “Y es que el fenómeno en ciernes [refiriéndose a la contratación electrónica] no conlleva en modo alguno la modificación de las normas generales de contratación, puesto que los problemas que suscita la contratación electrónica no difieren en sustancia de los que plantea la contratación ordinaria, razón por la cual, en principio, las herramientas que nos suministra el Derecho general de las obligaciones y de los contratos bastarían para resolver las principales cuestiones que presenta esta variedad de contratación” (Rafael Bernad Mainar, ob. cit., p. 217).

43 En esta dirección, en la doctrina española, la profesora Luquín Bergareche realiza una aproximación al concepto, tipología, características y efectos de los *smart contracts* desde el punto de vista del Derecho privado (Raquel Luquín Bergareche, *Smart Contracts aplicaciones jurídicas y de salud digital*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2024). Igualmente, en el contexto del sistema jurídico español, en un reciente trabajo, Candelaria Martín Quesada se refiere a los contratos inteligentes o *smart contracts* como “un nuevo paradigma en la contratación digital”, destacando los desafíos para su incardinación en el ordenamiento jurídico tradicional. La autora examina las particularidades propias de estos contratos, basados en la tecnología blockchain, que derivan de su naturaleza electrónica y su autoejecutabilidad. Asimismo, aborda la formación del consentimiento y la atribución de responsabilidades en caso de incumplimiento del contrato por fallas del programa, aspectos esenciales para el desarrollo de reglas específicas en entornos digitales. (Candelaria Martín Quesada, “Retos jurídicos de los contratos inteligentes (*smart contracts*)”, *Notarios y Registradores*, 2023. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/tecnologia/retos-juridicos-contratos-inteligentes-smart-contracts/>). En la doctrina francesa, véase: Claire Deveneur, *Les Smart contracts, Étude des contrats à l'aune de la blockchain*, Editions Dalloz, París, 2024, *passim*.

44 Al respecto, véase: Faustino Gudín Rodríguez-Margariños, ob. cit., pp. 80-101; Javier Ibáñez Jiménez, “Emisión, Representación y Gestión de Criptoactivos”, en *Criptoactivos. Retos y desafíos normativos*, Moisés Barrio Andrés (editor), Wolters Kluwer España, 2021, pp. 217-227. En la doctrina nacional, véase: Juan Cristóbal Carmona Borjas, *Mundo Jurídico de las Criptomonedas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2019, pp. 159-187 y 262-269; Juan Cristóbal Carmona Borjas, *Múltiples caras de los criptoactivos. Especial referencia al caso del PETRO*. Discurso y trabajo

propiedad y transmisión de bienes digitales en el metaverso, el establecimiento de criterios claros sobre la validez y ejecución de contratos completamente automatizados, o la asignación y distribución de la responsabilidad civil en casos de daños causados por sistemas autónomos de inteligencia artificial⁴⁵. La digitalización ofrece herramientas para una aplicación más precisa y transparente del Derecho Civil, pero es necesario continuar desarrollando marcos conceptuales y normativos que respondan a estas nuevas realidades tecnológicas en constante evolución.

Igualmente significativas son las respuestas que el Derecho Civil ha desarrollado en materia de protección de los más vulnerables. Como se dijo, el Derecho Civil ha evolucionado desde una igualdad meramente formal hacia mecanismos concretos de protección material de aquellas personas que, por sus condiciones particulares o su posición en determinadas relaciones jurídicas, se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad o desventaja.

En el ámbito contractual, por ejemplo, ha desarrollado nuevas categorías como los contratos asimétricos, donde se presume el desequilibrio entre las partes y se establecen mecanismos específicos de protección para la parte más débil⁴⁶. Ha elaborado también criterios más estrictos de control sobre cláusulas abusivas, extendiendo su aplicación más allá del Derecho del Consumo hacia cualquier relación contractual donde exista un desequilibrio significativo entre las partes⁴⁷.

En materia de responsabilidad civil, el Derecho Civil ha desarrollado mecanismos como la inversión de la carga probatoria y la objetivación de la responsabilidad en ciertos ámbitos para facilitar la reparación de daños a las víctimas. Además, se ha acentuado la función preventiva de la responsabilidad civil,

de incorporación como individuo de número a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018, pp. 30 y ss.

45 Al respecto, véase: María Jorqui Azofra, *Responsabilidad por los daños causados por productos y sistemas de inteligencia artificial*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2023, *passim*; María Luisa Atienza Navarro, *Daños causados por inteligencia artificial y responsabilidad civil*, Editorial Atelier, Barcelona, 2022, *passim*; Susana Navas Navarro, *Daños ocasionados por sistemas de inteligencia artificial. Especial atención a su futura regulación*, Editorial Colmares, Granada, 2022, *passim*.

46 Al respecto, véase: Valeria Pardo, *El contrato asimétrico entre empresas*, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2025, pp. 160-163, 289-291. En la doctrina nacional, véase: Claudia Madrid Martínez, “La libertad contractual...”, cit., pp. 141-147.

47 Al respecto véase: Vincenzo Roppo, “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo”, en *Revista de Derecho Privado*, Nro. 20, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2011, pp. 210-216. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537594006>.

promoviendo la adopción de medidas eficaces para evitar daños potenciales⁴⁸. Paralelamente, se han perfeccionado los mecanismos de seguros de responsabilidad, permitiendo una distribución más eficiente de los riesgos⁴⁹. En el ámbito digital, para proteger a las víctimas en un contexto donde los entornos virtuales generan nuevas formas de vulnerabilidad, se incorporan conceptos como el daño informático, que incluye los daños y perjuicios derivados de la violación de la privacidad digital, el robo de identidad en línea, o los daños causados por fallos en sistemas automatizados⁵⁰.

El Derecho de Familia, por su parte, ha evolucionado significativamente en su concepción y regulación de la familia. De un modelo tradicional basado en el matrimonio entre un hombre y una mujer, se ha pasado a reconocer y proteger una diversidad de estructuras familiares. Esto incluye, entre otros aspectos, el reconocimiento legal de las uniones de hecho, las diversas modalidades de uniones afectivas, la modernización de los sistemas de determinación de la filiación y la evolución de los conceptos de patria potestad hacia modelos más equitativos de responsabilidad parental⁵¹. Además, ha establecido protecciones reforzadas para miembros vulnerables como menores, adultos mayores o personas con discapacidad, desarrollando figuras como la compensación económica después del divorcio o la protección patrimonial específica del incapaz, sin perjuicio de que la protección de algunos de estos sectores más vulnerables se haya elevado posteriormente a rango constitucional⁵².

48 Enrique Urdaneta Fontiveros, “Contornos actuales de la responsabilidad civil”, en *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich-Orsini*, Claudia Madrid Martínez (Coord.), Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Asociación Venezolana de Derecho Privado/Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2012, pp. 513 y ss.

49 En la obra *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil* se recogen diversos trabajos que abordan la cuestión de los seguros de responsabilidad civil en varios ámbitos contractuales, como los contratos de administración de sociedades (D&O), compraventa de empresas (seguros R&W), asistencia sanitaria, contratos de transporte, y contratos de arrendamiento de buques, entre otros. (*Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil*, Abel B. Veiga Copo (director) y Miguel Martínez Muñoz (Coord.), Editorial Civitas, Pamplona, 2021).

50 Al respecto, en la doctrina española, véase: *Nuevas tecnologías y responsabilidad civil*, Domingo Bello Janeiro (Coord.), Editorial Reus, Madrid, 2020, *passim*.

51 Enrique Urdaneta Fontiveros, “Palabras pronunciadas en el acto de presentación de mi libro Estudios de Derecho Civil” el 5 de noviembre de 2024, en *Boletín de La Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nro. 17 (julio-diciembre 2024), Caracas, 2025, (en prensa).

52 Para un análisis sistemático de los mecanismos de protección patrimonial de personas con discapacidad en el sistema español, incluyendo figuras como el patrimonio protegido, la sustitución fideicomisaria, y otras instituciones preventivas, véase: Patricia Escribano Tortajada, *El patrimonio de las personas con discapacidad*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, *in toto*; Ignacio Serrano García, *Protección patrimonial de las personas con discapaci-*

Como puede fácilmente apreciarse, la respuesta del Derecho Civil ante los nuevos desafíos supone una auténtica renovación conceptual -según algunos, una actualización funcional- no simples ajustes en sus instituciones tradicionales. El Derecho Civil, en cualquier caso, desarrolla nuevas categorías y mecanismos jurídicos adaptados a la especificidad de los fenómenos propios de la realidad actual sin renunciar a sus principios fundamentales

Esta capacidad de adaptación se ha convertido en una característica esencial del Derecho Civil del siglo XXI. Mantiene la estabilidad que requieren sus instituciones fundamentales mientras desarrolla soluciones flexibles para responder a las vertiginosas transformaciones de nuestro tiempo. No se trata, por tanto, de una constante modificación de sus principios sino de una reinterpretación de algunos de ellos, preservando su vocación esencial de ser un instrumento de organización justa de las relaciones humanas, capaz de proteger la dignidad de la persona en contextos cada vez más complejos y dinámicos.

En resumidas cuentas, a nuestro modo de ver, el Derecho Civil responde a los desafíos actuales mediante un proceso de evolución desde sus propios fundamentos. Lejos de ser una disciplina que cambia por imposiciones externas, preserva su papel central en la protección de la persona y la regulación de sus relaciones jurídicas básicas. Su mayor desafío —y al mismo tiempo su mayor potencial— radica en su capacidad de renovarse continuamente sin perder su identidad característica.

La constitucionalización como proceso de actualización

A. Noción general

La constitucionalización del Derecho Civil representa un fenómeno jurídico de gran complejidad, cuyo examen en un espacio reducido solo permite esbozar sus líneas generales y destacar la riqueza doctrinal que ha generado en la literatura jurídica, tanto a nivel nacional como internacional. Se trata, sin duda, de uno de los procesos más significativos de las últimas décadas. Autores como Pietro Perlingieri, Francesca Benatti, Miguel Ángel Fernández González y, en la doctrina nacional, María Candelaria Domínguez Guillén, han analizado con rigor este proceso, poniendo de relieve que no significa simplemente una subordinación jerárquica a las normas constitucionales. Se trata, por el contrario, de una trans-

dad: tratamiento sistemático de la Ley 41/2003, Iustel Publicaciones, Madrid, 2008, *passim*; Sobre la compensación económica tras el divorcio como mecanismo de protección para el excónyuge más vulnerable, véase: Mauricio Mizrahi, *Divorcio, alimentos y compensación económica*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2018, pp. 137-199. El autor examina detalladamente los fundamentos, presupuestos y criterios para fijar esta compensación en el ordenamiento argentino, así como su relación con otras instituciones del Derecho de Familia.

formación profunda en la que los valores y principios constitucionales permean y reconfiguran las instituciones civiles fundamentales.

Este proceso se manifiesta principalmente de dos formas: a través de reformas legislativas que incorporan directamente principios constitucionales al ordenamiento civil (*constitucionalización legislativa*) y mediante la interpretación de las normas civiles existentes a la luz de los principios constitucionales (*constitucionalización judicial*). Como señala Corral Talciani, la constitucionalización puede tener lugar también por aplicación directa de la norma constitucional a un caso de conflicto entre particulares a falta de ley sobre la materia⁵³. En la doctrina nacional, Domínguez Guillén precisa que la constitucionalización propiamente dicha consiste en incorporar al texto constitucional características típicas del Derecho Civil, confiriéndoles con ello carácter imperativo, lo que implica que su supresión no será posible por vía legislativa so pena de inconstitucionalidad⁵⁴. El resultado, en todo caso, es una actualización del Derecho Civil el cual, sin perder su identidad, incorpora una dimensión constitucional a sus instituciones fundamentales.

Este fenómeno ha llevado a replantear la tradicional distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. Se transita así desde una concepción liberal clásica, que separaba tajantemente lo público de lo privado, hacia una visión donde los principios constitucionales impregnan las relaciones jurídicas civiles, redefiniendo su sentido y alcance, sin que ello implique la desaparición de las características propias de cada una de estas ramas del Derecho⁵⁵.

La constitucionalización implica que los derechos fundamentales ya no operan únicamente como límites al poder público. Estos derechos se proyectan también en las relaciones entre particulares, modificando la configuración tradicional de las instituciones civiles básicas. Así, los derechos fundamentales se convierten en verdaderos principios que informan el contenido de las normas civiles, impulsan reformas de la legislación civil, orientan la interpretación judicial, establecen nuevos parámetros para el ejercicio de la autonomía privada e introducen criterios de justicia material en las relaciones interpersonales. De este

53 Sobre estas vías por las cuales se desarrolla el proceso de constitucionalización del Derecho Civil, véase: Hernán Corral Talciani, «Constitucionalización del Derecho Civil. Reflexiones desde el sistema jurídico chileno», en *Derecho Civil Constitucional*, Carlos Villabella, Leonardo Pérez y Germán Molina (editores), Grupo Editorial Mariel, México, 2014, pp. 2-16.

54 María Candelaria Domínguez Guillén, *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*, Editorial Jurídica Venezolana / Centro para la Integración y Derecho Público, Caracas, 2018, p. 74.

55 *Ibid.*, pp. 35-38 y 83-85.

modo, los derechos fundamentales evolucionan y superan su condición de meras declaraciones formales. Esta proyección, sin embargo, debe realizarse respetando las características propias del Derecho Civil, de modo que los principios constitucionales enriquezcan y actualicen, sin desnaturalizar, las instituciones civiles.

B. Impacto en las instituciones civiles

El impacto de la constitucionalización en las instituciones civiles ha sido profundo y generalizado. Como se examina de seguidas, los principios constitucionales han servido de base tanto para importantes reformas legislativas, como para una nueva interpretación de las instituciones civiles fundamentales. Este proceso ha conllevado la modificación del ordenamiento civil, la relectura de figuras tradicionales y el desarrollo de nuevos mecanismos de protección de las personas en sus relaciones personales, familiares y patrimoniales. Examinaremos primero, sumariamente, algunas manifestaciones significativas de este fenómeno tanto en el ámbito legislativo como judicial, comenzando por el Derecho Comparado para luego referirnos a su incidencia específica en Venezuela.

Persona y familia

1.1. Constitucionalización legislativa

En el ámbito de la persona y la familia, el Derecho Comparado muestra numerosas reformas legislativas que procuran desarrollar los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, adaptando las instituciones jurídicas a las realidades sociales contemporáneas. Entre algunas significativas y recientes, inspiradas en los principios de igualdad y libre desarrollo de la personalidad, destacan, entre otras, la Ley francesa de bioética de 2021 sobre técnicas de reproducción asistida⁵⁶, la Ley alemana de matrimonio para todos de 2017⁵⁷, la Ley 76/2016 Cirinnà italiana sobre uniones civiles entre personas y regulación de la

56 Ley francesa Nro. 2021-2017 de 2 de agosto de 2021 sobre bioética (*Loi No. 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique*), publicada en el *Journal Officiel de la République Française* del 3 de agosto de 2021. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=Kfhp4uzKYCIO4d0RRPB2AAAlgj8aUOv1MZCf1HPdWY3s=>.

57 Ley alemana de Matrimonio para Todos (*Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*) del 20 de julio de 2017, publicada en el Boletín Federal de Leyes (*Bundesgesetzblatt*) del 28 de julio de 2017. Disponible en: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=/*%5b@attr_id=%27bgbl117s2787.pdf%27%5d#/switch/tocPane?_ts=1744826816192.

convivencia de hecho⁵⁸, la Ley 13/2005 española sobre matrimonio igualitario⁵⁹, y la Ley 15/2005 española que flexibilizó el divorcio eliminando sus causales⁶⁰. En el contexto latinoamericano es significativa la reforma del Código Civil y Comercial argentino de 2015 que incorporó una visión constitucionalizada del Derecho de Familia⁶¹.

Además, a partir de la segunda década de este siglo, han entrado en vigencia en Europa otras importantes reformas legislativas en el ámbito de las relaciones personales y familiares que buscan desarrollar diversos principios constitucionales relativos a la persona. Entre algunas de las más significativas se encuentran la Ley 4/2023 española orientada a asegurar la igualdad real y efectiva de las personas trans y los derechos de las personas LGTBI⁶²; la Ley francesa de 2022, que reforma el régimen de adopción⁶³; la Ley 8/2021 española que reformó la legislación civil para garantizar el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁶⁴; la Ley Orgánica española 3/2021 que regula

58 Ley italiana Nro. 76/2016 del 20 de mayo de 2016 sobre las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo y Regulación de la Convivencia de Hecho (*Legge 20 maggio 2016, No. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*), publicada en la *Gazzetta Ufficiale* Nro. 118, del 21 de mayo de 2016. Disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/21/16G00082/sg>.

59 Ley española Nro. 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, publicada en el Boletín Oficial del Estado Nro. 157 de 2 de julio de 2005. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364>.

60 Ley española Nro. 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, publicada en el Boletín Oficial del Estado Nro. 163 de 9 de julio de 2005, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864>.

61 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, aprobado por la Ley 26.994 en 2014 y en vigencia desde 2015. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf.

62 Ley española Nro. 4/2023 de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, publicada en el Boletín Oficial del Estado Nro. 51 de 1 de marzo de 2023. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-5366>.

63 Ley francesa Nro. 2022-219 de 21 de febrero de 2022 (*Loi No. 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption*), publicada en el *Journal Officiel de la République Française* de 22 de febrero de 2022. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORF-TEXT000045197698>.

64 Ley española Nro. 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, publicada en el Boletín Oficial del Estado Nro. 132 de 3 de junio de 2021. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9233.

la eutanasia⁶⁵; la Ley portuguesa 90/2019, de 4 de septiembre, sobre protección en la parentalidad y la conciliación familiar y laboral⁶⁶; y el Decreto Legislativo italiano Nro. 154 de 2013, que revisó la normativa sobre filiación⁶⁷.

En Venezuela, bajo la Constitución de 1961, el proceso de constitucionalización del Derecho Civil por vía legislativa, en el campo de las relaciones personales y familiares, tuvo un hito importante con la promulgación de la Ley de Reforma Parcial del Código Civil de 1982⁶⁸, que consagró los principios de igualdad entre los cónyuges y de no discriminación entre los hijos. Además, flexibilizó el divorcio permitiendo la conversión de la separación prolongada de hecho en divorcio. Posteriormente, bajo la Constitución de 1999, se han dictado importantes leyes que desarrollan los principios constitucionales de protección integral y preferente de la persona, entre las cuales cabe mencionar las siguientes: la Ley para las Personas con Discapacidad que garantiza su integración social y equiparación de oportunidades⁶⁹, la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad que desarrolla el principio constitucional de protección familiar⁷⁰, la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia que desarrolla el derecho constitucional a la integridad personal⁷¹, la Ley Orgánica

- 65 Ley Orgánica española Nro. 3/2021 de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, publicada en el Boletín Oficial del Estado Nro. 72 de 25 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-4628>.
- 66 Ley portuguesa Nro. 90/2019 de 4 de septiembre (*Lei No. 90/2019, de 4 de setembro*), sobre la protección en la parentalidad y la conciliación familiar y laboral, publicada en el *Diário da República* Nro. 169/2019, de 4 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/90-2019-124417103>.
- 67 Decreto Legislativo italiano Nro. 154 de 28 de diciembre de 2013 (*Decreto Legislativo 28 dicembre 2013, No. 154*), sobre la revisión de la normativa sobre filiación, publicado en la *Gazzetta Ufficiale* Nro. 5 del 8 de enero de 2014. Disponible en: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2013-12-28;154>.
- 68 Ley de Reforma Parcial del Código Civil, Gaceta Oficial Nro. 2.990 (Extraordinario) del 26 de julio de 1982.
- 69 Ley para las Personas con Discapacidad, Gaceta Oficial Nro. 38.598 del 5 de enero de 2007. Esta ley fue posteriormente derogada por la Ley Orgánica para la Inclusión, Igualdad y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad, Gaceta Oficial Nro. 6.817 (Extraordinario) del 27 de junio de 2024.
- 70 Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, Gaceta Oficial Nro. 38.773 del 20 de septiembre de 2007. Esta ley fue reformada por la Ley de Reforma de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad, y la Paternidad, Gaceta Oficial Nro. 6.686 (Extraordinario) del 15 de febrero de 2023.
- 71 Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Gaceta Oficial Nro. 38.770 del 17 de septiembre de 2007. Esta ley fue modificada por la Ley de Reforma de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una vida Libre de Violencia, Gaceta Oficial Nro. 40.548 del 25 de noviembre de 2014, posteriormente reformada por

para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que establece un sistema integral de protección⁷², y más recientemente, la Ley para la Atención Integral a las Personas con Trastorno del Espectro Autista que garantiza su atención integral y no discriminación⁷³.

Si bien las reformas legislativas han sido fundamentales, no menos importante ha sido el papel que ha desempeñado la jurisprudencia constitucional en la interpretación y aplicación de las normas civiles desde una perspectiva constitucional.

1.2. Constitucionalización judicial

La jurisprudencia constitucional ha sido abundante y variada, por lo que respecta a la interpretación de normas y relaciones civiles de carácter personal y familiar conforme a los principios constitucionales.

En la jurisprudencia extranjera, la protección de la persona se ha ampliado más allá de los derechos de la personalidad tradicionales, incorporando nuevas dimensiones derivadas de la dignidad humana. A título de ejemplo, destacamos algunas decisiones significativas de tribunales constitucionales europeos sobre la materia. Así, la jurisprudencia ha expandido el derecho a la identidad para incluir aspectos como la identidad de género y la autodeterminación personal. El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, ha desarrollado el derecho a la propia imagen más allá de su concepción civil tradicional, incorporando elementos como la autodeterminación informativa y la protección frente a nuevas tecnologías⁷⁴. De manera similar, la jurisprudencia italiana ha abordado cuestiones relacionadas con la protección de la privacidad, incluyendo aspectos vinculados al derecho al olvido digital⁷⁵; y, por su parte, el Tribunal Constitucional Federal

la Ley Orgánica de Reforma a la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Gaceta Oficial Nro. 6.667 (Extraordinario) del 16 de diciembre de 2021.

72 Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Gaceta Oficial Nro. 5.859 (Extraordinario) del 10 de diciembre de 2007. Esta ley fue modificada por la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Gaceta Oficial Nro. 6.185 (Extraordinario) del 8 de junio de 2015.

73 Ley para la Atención Integral a las Personas con Trastorno del Espectro Autista, Gaceta Oficial, Nro. 6.744 (Extraordinario) del 24 de abril de 2023.

74 Al respecto, véase la Sentencia Nro. 81/2001, de 26 de marzo de 2001, del Tribunal Constitucional español, en la que se desarrolla el derecho fundamental a la propia imagen como derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4377>.

75 En esta dirección, los tribunales italianos han reconocido que el transcurso del tiempo puede transformar una noticia originalmente legítima en lesiva para la dignidad personal. Al respecto, véase: Giulia Barrera, G “El derecho al olvido en la jurisprudencia italiana y el

alemán ha elaborado una doctrina exhaustiva sobre el derecho a la autodeterminación informativa como manifestación del derecho general de la personalidad⁷⁶.

En materia familiar, la jurisprudencia constitucional extranjera también ha sido fundamental en el reconocimiento y protección de nuevas formas de familia, sustentadas en los principios de igualdad y libre desarrollo de la personalidad. Son numerosas las decisiones que han desarrollado estos principios constitucionales en el ámbito familiar. En esta dirección, la Corte Constitucional italiana fue pionera en reconocer derechos derivados de las uniones de hecho⁷⁷, reconocimiento que posteriormente se consolidó legislativamente con la mencionada Ley Cirinnà de 2016⁷⁸. Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha desarrollado una extensa jurisprudencia sobre la igualdad de derechos entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales⁷⁹. En América Latina, la jurisprudencia de

Reglamento Europeo de Protección de Datos Personales”, en *Desafíos en el acceso a archivos y consulta de documentos: V jornadas de AEFP sobre Acceso a los Documentos Públicos y Oficiales*, Universidad Complutense de Madrid, 2020. Disponible en: <https://bit.ly/4jQbJxg>.

76 Sentencia Nro. 1 BvR 370/07, del 27 de febrero de 2009, del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*) que reafirma la doctrina sobre el derecho a la autodeterminación informativa en la era digital, estableciendo límites a la conservación y uso de datos personales por parte de las autoridades. Disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2008/02/rs20080227_1bvr037007.html. Un examen de esta sentencia puede consultarse en: María Isabel González Pascual, “El Tribunal Constitucional Federal Alemán ante la Compatibilidad con los Derechos Fundamentales de la Normativa Nacional de Origen Europeo de Prevención de Delitos”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nro. 34, Madrid, 2009, pp. 945-966. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/27673mariaisabelgonzalezpasualrdce34.pdf>.

77 Al respecto, véase la Sentencia Nro. 404/1988, de 7 de abril de 1988, de la Corte Constitucional italiana (*Corte Costituzionale*), que marcó un hito al reconocer el derecho de sucesión en el arrendamiento al conviviente de hecho, ampliando así el concepto tradicional de familia. Esta decisión fue publicada en la *Gazzetta Ufficiale* Nro. 15 del 13 de abril 1988. Disponible en: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1988&numero=404>.

78 Ley italiana Nro. 76/2016 del 20 de mayo de 2016 sobre las Uniones Civiles entre Personas del Mismo Sexo y Regulación de la Convivencia de Hecho (*Legge 20 maggio 2016, No. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*), publicada en la *Gazzetta Ufficiale* Nro. 118, del 21 de mayo de 2016. Disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/21/16G00082/sg>.

79 Al respecto, véase la explicación del profesor Vega García sobre la sentencia Nro. 1 BvR 611-07 del Tribunal Constitucional Alemán, del 21 de julio de 2010, sobre la inconstitucionalidad de la normativa del Impuesto sobre Sucesiones que trataba de forma diferente a los integrantes de una pareja de hecho registrada (*eingetragene Lebenspartnerschaft*) y a los de un matrimonio, por ser contraria al principio de igualdad ante la ley. (Alberto Vega García, “La equiparación en Alemania de las parejas de hecho registradas a los matrimonios en el

la Corte Constitucional colombiana ha sido abundante en esta materia, reconociendo derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo y desarrollando el concepto de familia diversa⁸⁰.

En Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha desarrollado una gran variedad de interpretaciones, en el ámbito del derecho de la persona, fundamentadas en los principios constitucionales. Así, por ejemplo, ha establecido la diferencia entre el nombre civil y el seudónimo, con base en el derecho a la identidad y libre desarrollo de la personalidad⁸¹; ha aclarado aspectos relativos a la función registral reconociendo pleno valor probatorio a las declaración conjunta de un hombre y una mujer ante el Registro Civil de mantener una unión estable de hecho, fundamentándose en la seguridad jurídica y en la presunción de exactitud registral⁸²; ha desarrollado criterios sobre la protección del honor amparados en el artículo 60 constitucional⁸³; y ha fijado la edad mínima para contraer matrimonio en 16 años para ambos sexos aplicando los principios de igualdad, no discriminación y protección integral de adolescentes⁸⁴. Igual-

Impuesto Sobre Sucesiones”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2011, pp. 4-12. Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/793_es.pdf. Véase también: José Manuel De Torres Perea, “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59, Nro. 2, 2006, pp. 689-695 y las sentencias allí citadas del Tribunal Constitucional Federal alemán que garantizan la total equiparación entre los hijos independientemente de su condición matrimonial. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2006-20067500742.

- 80 Al respecto, véase: la Sentencia Nro. C-577/11 del 26 de julio de 2011 de la Corte Constitucional colombiana, que reconoció a las parejas del mismo sexo como una forma de familia constitucionalmente protegida, exhortando al Congreso a legislar sobre la materia. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>. Véase también la Sentencia Nro. SU-214/16 del 28 de abril de 2016, que reconoció el matrimonio igualitario en Colombia. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>.
- 81 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 1020 del 11 de agosto de 2000. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1020-110800-00-1140.HTM>.
- 82 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 767 del 18 de junio de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/178710-767-18615-2015-15-0342.HTML>.
- 83 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 1503 del 11 de octubre de 2011. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1503-111011-2011-11-0855.HTML>.
- 84 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 1353 del 16 de octubre de 2014. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/170070-1353-161014-2014-10-0161.HTML>.

mente, ha profundizado en instituciones fundamentales como la patria potestad desde la perspectiva del interés superior del niño⁸⁵; la tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales⁸⁶; y aspectos relativos a la incapacitación de personas con discapacidad desde la minoridad a la luz del derecho a la dignidad humana⁸⁷. También ha abordado la protección al concebido con fundamento en el derecho a la vida⁸⁸. Estas decisiones ponen de manifiesto el importante papel desarrollado por la Sala Constitucional en la interpretación y aplicación de principios constitucionales en el campo del derecho de la persona, aun cuando no siempre compartamos el fundamento de tales interpretaciones.

En el ámbito familiar, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, excediéndose frecuentemente en sus funciones interpretativas, ha desarrollado una extensa jurisprudencia que pretende aplicar las normas del Derecho de Familia a la luz de los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1999. Destacan particularmente las sentencias que han equiparado los efectos de las uniones estables de hecho a los del matrimonio con base en el artículo 77 constitucional⁸⁹, las relativas a la filiación, como las que admiten el reconocimiento de la mujer casada por un tercero distinto al cónyuge⁹⁰, y la impugnación de la paternidad por persona diferente al marido de la madre⁹¹, las relativas a la presunción en contra del demandado que se niega a practicarse la

85 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 1763 del 14 de agosto de 2007. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1763-140807-07-0514.HTM>.

86 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 359 del 23 de marzo de 2012. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/359-23312-2012-08-0855.HTML>.

87 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 289 del 18 de marzo de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/175530-289-18315-2015-15-0050.HTML>.

88 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 609 del 10 de junio de 2010. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/609-10610-2010-09-0849.HTML>.

89 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 1682 del 15 de julio de 2005. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1682-150705-04-3301.HTM>.

90 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 1443 del 14 de agosto de 2008. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1443-140808-05-0062.HTM>.

91 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 868 del 8 de julio de 2013. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/868-8713-2013-11-0820.HTML>.

experticia de ADN⁹² y las que consagran la imprescriptibilidad de la acción de inquisición de la maternidad o paternidad, incluso frente a los herederos del padre o la madre⁹³. Igualmente relevantes son las decisiones sobre el carácter potestativo de la regularización de la filiación ante el Registro Civil⁹⁴, la reproducción asistida post mortem⁹⁵, y la flexibilización del régimen del divorcio⁹⁶.

Obligaciones y contratos

2.1. Constitucionalización legislativa

En el ámbito de las obligaciones y contratos, el Derecho Comparado ofrece una muestra significativa de recientes reformas legislativas que incorporan o desarrollan principios constitucionales fundamentales. Son particularmente relevantes, en primer lugar, la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones alemana de 2002, que constituyó la reforma más profunda del Código Civil alemán (BGB) desde su promulgación en 1900⁹⁷. Esta ley, además de actualizar el régimen general de las obligaciones y contratos, entre otros aspectos, reconfi-

92 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 1235 del 14 de agosto de 2012. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1235-14812-2012-10-0831.HTML>.

93 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 806 del 8 de julio de 2014. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/166602-806-8714-2014-11-0970.HTML>.

94 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 1757 del 22 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/184219-1757-221215-2015-12-0493.HTML>.

95 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 1456 del 27 de julio de 2006. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1456-270706-05-1471.HTM>.

96 Al respecto véase: Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 446 del 15 de mayo de 2014. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/164289-446-15514-2014-14-0094.HTML>; Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 693 del 2 de junio de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/178096-693-2615-2015-12-1163.HTML>; Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 1070 del 9 de diciembre de 2016. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/193699-1070-91216-2016-16-0916.HTML>.

97 Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones alemana (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*) del 26 de noviembre de 2001, en vigor desde el 1 de enero de 2002, publicada en el Boletín Federal de Leyes (*Bundesgesetzblatt*) del 29 de noviembre de 2001. Disponible en: <https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?startbk=BundesanzeigerBGB1&jumpTo=bgb1101s3138.pdf>. Para un examen de la reforma del BGB, puede consultarse: Horst Ehmann y Holger Sutscher, *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, 2006.

guró sustancialmente el sistema de incumplimiento contractual estableciendo un concepto unitario de ‘perturbación de la prestación’ (*Leistungsstörung*) (art. 280), incorporó al BGB la figura de la ‘base del negocio jurídico’ (*Geschäftsgrundlage*) para regular la alteración de las circunstancias contractuales (art. 313), reformuló el régimen de la prescripción (arts. 194-218), y codificó la doctrina de la *culpa in contrahendo* (art. 311). Esta reforma se enmarca en los principios constitucionales de la Ley Fundamental alemana, particularmente en el principio del Estado social de derecho (*Sozialstaatsprinzip*), la garantía de la dignidad humana (*Menschenwürde*) y el libre desarrollo de la personalidad (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*), buscando un equilibrio entre la autonomía privada y la justicia contractual⁹⁸.

En Francia, la reforma del Código Civil de 2016, conocida como Ordenanza Nro. 2016-131 de 10 de febrero de 2016⁹⁹, representó la modificación más importante del derecho de obligaciones y contratos desde la promulgación del Código Civil en 1804¹⁰⁰. Esta reforma, además de modernizar sustancialmente el derecho contractual, consagró expresamente principios fundamentales como la buena fe (*bonne foi*) en la formación, interpretación y ejecución del contrato (art. 1104), reconoció el desequilibrio significativo (*déséquilibre significatif*) como límite a la libertad contractual (art. 1171), introdujo la figura de la imprevisión

98 La prenombrada ley ha sido objeto de diversas modificaciones posteriores, siendo particularmente relevantes la implementación de la Directiva sobre Derechos de los Consumidores, y la Ley de Contratos Justos para Consumidores. Véase: Ley de Implementación de la Directiva sobre Derechos de los Consumidores (*Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlicherichtlinie*) del 13 de junio de 2014, publicada en el Boletín Federal de Leyes. Disponible en: https://www.bgb.de/xaver/bgb1/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGB1&jumpTo=bgb1113s3642.pdf; y Ley de Contratos Justos para Consumidores (*Gesetz für faire Verbraucherverträge*) del 25 de junio de 2021, publicada en el Boletín Federal de Leyes. Disponible en: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/BGB1/Bgb1_Faire_Verbrauchervertraege.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

99 Ordenanza francesa Nro. 2016-131 del 10 de febrero de 2016 de reforma del derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones (*Ordonnance No. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*), publicada en el *Journal Officiel de la République Française* Nro. 0035 del 11 de febrero de 2016. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=uNpE2icpAZrhs7GxvVHBoeNldSv3V6deoj07JYZtOrw=>.

100 Ley francesa Nro. 2018-287 del 20 de abril de 2018 (*Loi No. 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'Ordonnance No. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*), que ratificó la Ordenanza Nro. 2016-131 e introdujo ulteriores modificaciones sin alterar la estructura fundamental de la reforma, publicada en el *Journal Officiel de la République Française* Nro. 0093 del 21 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=2AYl4F4KuvLAQ72JhKXS1c1EHFQ2DgWXsjxXY-a5RFQ=>.

(*imprévision*) para resolver casos de alteración sobrevenida de las circunstancias (art. 1195), y estructuró coherentemente el régimen de las nulidades contractuales (arts. 1178-1185). Esta modernización se fundamenta en los principios de la Constitución francesa de 1958 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, particularmente en los valores de libertad contractual equilibrada (*liberté contractuelle*), igualdad ante la ley (*égalité devant la loi*) y solidaridad social (*solidarité*), armonizando la autonomía de la voluntad con la protección de la parte más vulnerable en las relaciones contractuales.

En materia de responsabilidad civil, destacamos la Ley italiana de responsabilidad ambiental (Ley 349/1986, modificada en 2006 y 2013) que desarrolló el principio constitucional de protección ambiental ampliando las categorías de daño resarcible¹⁰¹. En el ámbito de la protección del consumidor, principio de rango constitucional en varios ordenamientos, son significativas la Ley francesa 2014-344 de Consumo del 17 de marzo de 2014 (Ley Hamon) que reforzó la protección contra cláusulas abusivas¹⁰² y el Código de Consumo italiano del 6 de septiembre de 2005 que desarrolló principios constitucionales de protección a los consumidores y usuarios¹⁰³.

101 Ley italiana Nro. 349 de responsabilidad ambiental del 8 de julio de 1986 (*Legge 8 luglio 1986, No. 349, Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale*), publicada en la *Gazzetta Ufficiale* Nro. 162 del 15 de julio de 1986. Disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1986/07/15/162/so/59/sg/pdf>. Esta ley fue modificada en 2006 por el Decreto Legislativo Nro. 152 del 3 de abril de 2006 (*Decreto Legislativo No. 152, 3 aprile 2006, Norme in materia ambientale*), publicado en la *Gazzetta Ufficiale* Nro. 77 del 14 de abril de 2006. Disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2006/04/14/88/so/96/sg/pdf>. Posteriormente el Decreto Legislativo Nro. 152 fue modificado, entre otras, por la Ley Nro. 97 del 6 de agosto de 2013 (*Legge 6 agosto 2013, No. 97, Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea*), publicada en la *Gazzetta Ufficiale* Nro. 194 del 20 de agosto de 2013. Disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2013/08/20/194/sg/pdf>. Para un examen de las principales modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo Nro. 152 y la Ley Nro. 97, véase: Barbara Pozzo, "Liability for Environmental Harm in Europe: Towards a Harmonised Regime?", *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, Nro. 44, Universidad Hitotsubashi, 2016, pp. 44-45 y 63-64. Disponible en: <https://hermes-ir.lib.hit-u.ac.jp/hermes/ir/re/27743/HJlaw0440000430.pdf>.

102 Ley francesa Nro. 2014-344 sobre el Consumo del 17 de marzo de 2014 (*Loi No. 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation*), conocida como "Loi Hamon", publicada en el *Journal Officiel de la République Française* Nro. 0065 del 18 de marzo de 2014. Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=PsCvPyoQUFqTZoeTZ_d16XB0La5rYk6ys5dm_FwTPZs=.

103 Código de Consumo italiano del 6 de septiembre de 2005 (*Codice del consumo, Decreto Legislativo No. 6 settembre 2005, n. 206*), publicado en la *Gazzetta Ufficiale* Nro. 235 del 8 de octubre de 2005. Disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2005/10/08/235/so/162/sg/pdf>.

Pero adicionalmente en la última década, se han promulgado en Europa otras reformas legislativas en el ámbito de las obligaciones y contratos que desarrollan diversos principios constitucionales.

A título ejemplificativo cabe mencionar la Ley española 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que desarrolla el principio de protección del consumidor en la contratación de préstamos y créditos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial¹⁰⁴; la Ley española 4/2022 de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, que concreta los principios de igualdad material y protección de los más vulnerables¹⁰⁵; la Ley francesa de 2016 para una República Digital que desarrolló principios constitucionales de protección de datos personales en la contratación electrónica y reguló aspectos de la economía digital¹⁰⁶; y la Ley francesa Nro. 2021-1104, relativa a la lucha contra el cambio climático, que incorpora el principio constitucional de protección ambiental en las relaciones contractuales¹⁰⁷.

Por otra parte, para buscar soluciones a los problemas causados en la contratación entre particulares por la pandemia del COVID-19, fundamentadas en los principios de solidaridad, seguridad jurídica y equilibrio contractual, numerosos países dictaron leyes especiales sobre imprevisión contractual, entre las cuales cabe citar la Ley portuguesa Nro. 4-C/2020, que estableció un régimen excepcional para situaciones de mora en el pago de los cánones en contratos de arrendamiento¹⁰⁸; el Real Decreto-ley español Nro. 8/2020, que introdujo moratorias

- 104 Ley española Nro. 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, publicada en el Boletín Oficial del Estado Nro. 65 de 16 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2019-3814>.
- 105 Ley española Nro. 4/2022 de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, publicada en el Boletín Oficial del Estado Nro. 51, de 1 de marzo de 2022. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-3198.
- 106 Ley francesa Nro. 2016-1321 del 7 de octubre de 2016 para una República Digital (*Loi No. 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*), publicada en el *Journal Officiel de la République Française* Nro. 0235 del 8 de octubre de 2016. Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=SJ9w29KN2wvvWjcmiPwHr3B0La5rYk6ys5dm_FwTPZs=.
- 107 Ley francesa Nro. 2021-1104 del 22 de agosto de 2021, relativa a la lucha contra el cambio climático y el fortalecimiento de la resiliencia frente a sus efectos, (*Loi No. 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*), publicada en el *Journal Officiel de la République Française* Nro. 0196, de 24 de agosto de 2021. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=x7Gc7Ys-Z3hzgxO5KgI0zSu1fmt64dDetDQxhvJZNMc=>.
- 108 Ley portuguesa Nro. 4-C/2020 del 6 de abril (*Lei No. 4-C/2020, de 6 de abril*), que estableció un régimen excepcional para situaciones de mora en el pago de los cánones en contratos

para los créditos hipotecarios y mecanismos de flexibilización contractual¹⁰⁹; y el Decreto-Ley italiano Nro. 18/2020, que estableció medidas sobre suspensión de determinadas obligaciones contractuales, particularmente hipotecas, alquileres y préstamos a pequeñas empresas¹¹⁰.

Por último, para hacer frente a los retos de la contratación de contenidos y servicios digitales, concretando los principios de protección del consumidor y seguridad jurídica en el entorno digital, cabe hacer notar que el Parlamento Europeo y el Consejo dictaron la Directiva (UE) 2019/770, que establece un marco armonizado sobre conformidad, suministro y remedios en los contratos de contenidos y servicios digitales, incluyendo aquellos en los que el consumidor proporciona datos personales como contraprestación¹¹¹. Esta directiva fue implementada por los Estados miembros mediante diversas leyes nacionales, entre las que destaca el reciente Decreto Legislativo italiano Nro. 173 de 2021, que refuerza la protección del consumidor mediante la regulación detallada de aspectos como la integración de contenidos digitales, el derecho de desistimiento y las garantías específicas aplicables a bienes con elementos digitales¹¹².

En Venezuela, después de la promulgación de la Constitución de 1999, se han dictado leyes que desarrollan principios constitucionales en el ámbito de las obligaciones y contratos. Entre ellas, en materia de protección de la parte débil

de arrendamiento, publicada en el *Diário da República* Nro. 68/2020, del 6 de abril de 2020. Disponible en: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/4-c-2020-131193441>.

- 109 Real Decreto-ley español Nro. 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, publicado en el Boletín Oficial del Estado Nro. 73, de 18 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3824>.
- 110 Decreto-Ley italiano Nro. 18/2020, de 17 de marzo de 2020 (*Decreto-Legge 17 marzo 2020, n. 18*), conocido como “Decreto Cura Italia”, que estableció medidas sobre suspensión de pagos de préstamos hipotecarios, contratos de alquiler, moratorias para préstamos a pequeñas y medianas empresas, y otras obligaciones específicas, publicado en la *Gazzetta Ufficiale* Nro. 70 del 17 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2020/03/17/70/sg/pdf>.
- 111 Directiva (UE) Nro. 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea Nro. 136/1, de 22 de mayo de 2019. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0770>.
- 112 Decreto Legislativo italiano Nro. 173 del 4 de noviembre de 2021 (*Decreto Legislativo 4 novembre 2021, n. 173*) que refuerza los principios de igualdad jurídica y protección del consumidor en el entorno digital, publicado en la *Gazzetta Ufficiale* Nro. 282 del 26 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2021/11/26/282/sg/pdf>.

de la relación contractual, cabe mencionar la Ley de Protección de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (LEDAPABIS)¹¹³, lamentablemente derogada por la Ley Orgánica de Precios Justos dictada en 2014 y reformada en 2015, que eliminó las disposiciones que traía la LEDAPABIS sobre protección de los consumidores¹¹⁴. De igual manera, son relevantes la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios¹¹⁵, la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial¹¹⁶ y la Ley de Alquileres de Vivienda¹¹⁷, que incorporan mecanismos de protección para arrendatarios, la reciente reforma de la Ley de la Actividad Aseguradora que establece nuevos límites a las cláusulas abusivas en el contrato de seguros, ampliando los mecanismos de protección de los asegurados¹¹⁸. En el ámbito de la responsabilidad civil por daño ambiental, la Ley Orgánica del Ambiente¹¹⁹ y la Ley de Gestión Integral de Riesgos Socio-Naturales y Tecnológicos¹²⁰ establecen un marco normativo que amplía las categorías de responsabilidad civil para incluir el daño ambiental, desarrollando el principio constitucional de protección del ambiente.

Asimismo, en Venezuela en el contexto de la pandemia del COVID-19, se dictaron medidas especiales para los contratos de arrendamiento, fundamentadas en los principios constitucionales de justicia social, solidaridad y protección de la

- 113 Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (LEDAPABIS), Gaceta Oficial Nro. 39.358 del 1 de febrero de 2010.
- 114 Decreto Nro. 600, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, Gaceta Oficial Nro. 40.340 del 23 de enero de 2014. Este decreto fue modificado por el Decreto Nro. 1.467 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, Gaceta Oficial Nro. 6.156 (Extraordinario) del 19 de noviembre de 2014, posteriormente reformado por el Decreto Nro. 2.092 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, Gaceta Oficial Nro. 6.202 (Extraordinario), del 8 de noviembre de 2015.
- 115 Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, Gaceta Oficial Nro. 36.845 del 7 de diciembre de 1999.
- 116 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, Gaceta Oficial Nro. 40.418 del 23 de mayo de 2014.
- 117 Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, Gaceta Oficial Nro. 6.053 (Extraordinario) del 12 de noviembre de 2011.
- 118 Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora, Gaceta Oficial Nro. 6.770 (Extraordinario), del 29 de noviembre de 2023.
- 119 Ley Orgánica del Ambiente, Gaceta Oficial Nro. 5.833 (Extraordinario) del 22 de diciembre de 2006.
- 120 Ley de Gestión Integral de Riesgos Socio-Naturales y Tecnológicos, Gaceta Oficial Nro. 39.095 del 9 de enero de 2009.

vivienda familiar, que impusieron moratorias y mecanismos de reestructuración contractual¹²¹.

2.2 Constitucionalización judicial

Como complemento de las reformas legislativas a las que nos referimos en la subsección 2.1. precedente, la jurisprudencia constitucional ha sentado importantes criterios interpretativos de diversas normas sobre obligaciones y contratos que incorporan y desarrollan principios constitucionales fundamentales. Esta labor interpretativa de los tribunales constitucionales ha sido particularmente relevante, incluso en países donde las reformas legislativas han sido menos profundas.

Así, la libertad contractual experimenta una relectura constitucional profunda. Los tribunales constitucionales extranjeros han desarrollado criterios rigurosos para invalidar cláusulas contractuales que, aunque formalmente válidas, vulneran derechos fundamentales o generan desequilibrios significativos entre las partes. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha sido particularmente activo en el control de contratos bancarios y de arrendamiento, estableciendo límites al principio de autonomía de la voluntad cuando se comprometen derechos fundamentales de la parte más débil de la relación contractual¹²². La Corte Constitucional colombiana, por su parte, ha impuesto limita-

121 Entre estas medidas cabe citar el Decreto Nro. 4.169 del 23 de marzo de 2020, mediante el cual se estableció la suspensión del pago de cánones de arrendamiento de inmuebles de uso comercial y de vivienda principal, Gaceta Oficial Nro. 6.522 (Extraordinario) del 23 de marzo de 2020; y la Resolución del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda, Nro. 023, que fijó los parámetros para implementar dicha suspensión, publicada en la Gaceta Oficial Nro. 41.852 del 1 de abril de 2020. Posteriormente, el Decreto Nro. 4.279 del 2 de septiembre de 2020, prorrogó por seis meses adicionales esta suspensión, publicado en la Gaceta Oficial Nro. 41.956 del 2 de septiembre de 2020.

122 Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*) en la sentencia Nro. BVerfGE 89, 214 del 19 de octubre de 1993 (caso “Bürge”) estableció límites constitucionales al principio de autonomía de la voluntad en contratos bancarios, específicamente en contratos de fianza, cuando se comprometen derechos fundamentales de la parte más débil de la relación contractual. Para un examen de esta sentencia véase: Pablo Gómez Blanes, “La protección del fiador en el Derecho alemán: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 19-10-1993”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nro. 683, (2004), pp. 1337-1350. Disponible en: <https://vlex.es/vid/fiador-aleman-proposito-constitucional-19-328710>. Asimismo, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha confirmado la constitucionalidad de diversas medidas de protección al arrendatario como parte vulnerable de la relación contractual. Esto incluye la regulación de los cánones de arrendamiento en ciertos casos, así como las limitaciones al derecho del arrendador de rescindir unilateralmente los contratos de arrendamiento por uso propio. Al respecto, véase: “Germany’s Tenancy Law Amendment Act Upheld by Federal Constitutional Court”, en *Housing Rights Watch*, 24 de septiembre 2019. Disponible en: <https://bit>

ciones significativas a la libertad contractual por razones de solidaridad social y establecido mecanismos para proteger a la parte más vulnerable en determinadas relaciones contractuales, ampliando las fronteras del control constitucional en el ámbito de los contratos¹²³. En materia de cláusulas abusivas en contratos hipotecarios, el Tribunal Constitucional español ha desarrollado una jurisprudencia que refuerza la protección del deudor, particularmente en los procesos de ejecución hipotecaria¹²⁴.

Una decisión paradigmática en el ámbito de la contratación electrónica es la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Schrems II (2020), en la que se fijaron criterios fundamentales para la protección de datos personales en transferencias digitales internacionales, garantizando la autodeterminación informativa de los usuarios¹²⁵.

En materia de responsabilidad civil, la constitucionalización ha llevado, en otras jurisdicciones, a una mayor protección de bienes jurídicos fundamentales y a una ampliación de las categorías tradicionales de daño. Los tribunales constitucionales extranjeros han expandido significativamente los supuestos indemnizables para incluir nuevas formas de afectación a derechos constitucionalmente protegidos. Por ejemplo, la Corte Constitucional italiana ha desarrollado el innovador concepto de daño existencial como una categoría de daño que afecta directamente la esfera de derechos fundamentales de la persona, más allá del

ly/42EqZGO; Wolfgang Wurmnest, *German Report – Research Project: Tenancy Law and Procedure in the EU*, Florencia, EUI, 2005, pp. 7-51 y la jurisprudencia allí citada. Disponible en: <https://bit.ly/3RrSDSa>.

- 123 Sentencia Nro. T-517/16 del 7 de julio de 2006 de la Corte Constitucional colombiana, que estableció limitaciones a la libertad contractual por razones de solidaridad social en protección de la parte débil, ordenando a una aseguradora expedir una póliza de seguro de vida a una persona recientemente liberada de un secuestro. La aseguradora había rechazado inicialmente la solicitud alegando que el solicitante representaba un “riesgo no asegurable” debido a su condición de ex-secuestrado. La Corte consideró especialmente la situación de vulnerabilidad del solicitante y concluyó que la negativa vulneraba sus derechos fundamentales. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-517-06.htm>; Sentencia Nro. C-909/12 del 7 de noviembre de 2012 de la Corte Constitucional colombiana, que confirmó la constitucionalidad de normas que prohíben cláusulas abusivas en contratos de adhesión entre consumidores e instituciones financieras, aseguradoras y del mercado de valores. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-909-12.htm>.
- 124 Sentencia Nro. 24/2021 de 15 de febrero de 2021 del Tribunal Constitucional español, publicada en el Boletín Oficial del Estado Nro. 69, de 22 de marzo de 2021. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-4499.
- 125 Sentencia Nro. C-311/18 del 16 de julio de 2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso Schrems II. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228677&pageIndex=0&doclang=ES>.

tradicional daño no patrimonial o moral¹²⁶. Esta doctrina fue posteriormente sistematizada por las *Sezioni Unite* de la Corte de Casación italiana en 2008, a través de una sentencia que amplió los límites del daño no patrimonial, estableciendo su directa vinculación con los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos¹²⁷. La Corte Suprema peruana, por su parte, ha realizado una notable contribución al reconocer el daño al proyecto de vida como una derivación directa del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, estableciendo que ciertos daños pueden alterar sustancialmente las expectativas y potencialidades vitales de un individuo¹²⁸.

En Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha desarrollado una extensa jurisprudencia en materia de obligaciones y contratos, pretendiendo fundamentarse en la noción de Estado de derecho y de justicia que consagra el artículo 2 de la Constitución. Así, a título meramente ejemplificativo, podemos mencionar que, en materia de créditos indexados, la Sala basándose en esta concepción del Estado y en el orden público y las buenas costumbres, limitó la autonomía de la voluntad de créditos hipotecarios, estableciendo criterios sobre cláusulas usurarias, intereses y anatocismo¹²⁹. En materia de contratos de adhesión, la Sala avaló el sistema de protección al consumidor, incluyendo la declaración de nulidad de cláusulas abusivas¹³⁰ y, en una sentencia objeto de

126 Sentencia Nro. 233/2003 del 11 de julio de 2003 de la Corte Constitucional italiana (*Corte Costituzionale*). Esta decisión fue publicada en la *Gazzetta Ufficiale* Nro. 28 del 16 de julio de 2003. Disponible en: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2003&numero=233>.

127 Sentencia Nro. 26972/09 del 11 de noviembre de 2008 de la Corte de Casación italiana (*Corte di Cassazione, Sezioni Unite*). Disponible en: <https://www.ordineavvocatitrani.it/2008/11/13/cassazione-civile-ssuu-sentenza-11112008-n-26972/>.

128 Sentencia Nro. 1020 del 17 de diciembre de 2020 del Tribunal Constitucional del Perú. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/04566-2019-AA.pdf>; Sentencia Nro. 6873 del 28 de septiembre de 2023 de la Corte Suprema de Justicia del Perú, Cuarta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/03/Casacion-6873-2021-Lima-LPDerecho.pdf>. Para un examen de la noción del daño al proyecto de vida en la jurisprudencia peruana y latinoamericana, véase: Carlos Fernández Sessarego, “El ‘daño al proyecto de vida’ en la doctrina y la jurisprudencia contemporánea”, en *Foro Jurídico: Revista de Derecho*, Nro. 10, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, pp. 85-104. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18545/18785>.

129 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 85 del 24 de enero de 2002. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM>.

130 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 1419 del 10 de julio de 2007. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1419-100707-04-0204.HTM>.

severas críticas, estableció el criterio de la necesaria intervención judicial para la terminación del contrato por aplicación de la denominada cláusula resolutoria expresa, con lo cual contradijo la naturaleza misma de estas cláusulas pretendiendo fundamentar su criterio en una pretendida derivación del principio de la tutela judicial efectiva¹³¹.

Estas decisiones de la Sala Constitucional, aunque formalmente se presentan como manifestaciones de la proyección de principios constitucionales en el Derecho de las Obligaciones y Contratos, lo que ponen de relieve, en numerosas ocasiones, es una evidente extralimitación de funciones interpretativas por parte de la Sala, que ha invadido competencias propias del Poder Legislativo. A nuestro modo de ver, se requiere una judicatura más preparada para abordar los desafíos tecnológicos y transformaciones sociales contemporáneas, capaz de desarrollar una interpretación constitucional que equilibre la protección de derechos fundamentales con la innovación y las nuevas realidades jurídicas.

C. Límites necesarios

La constitucionalización del Derecho Civil no puede ser un proceso ilimitado ni irrestricto. Un riesgo fundamental es la posibilidad de que los tribunales constitucionales, so pretexto de interpretar la Constitución, terminen actuando como legisladores positivos, usurpando las funciones que corresponden al órgano legislativo.

Esta extralimitación constituye una grave distorsión del principio de separación de poderes. Los tribunales constitucionales, al modificar disposiciones legales mediante interpretaciones que constituyen una verdadera reforma legislativa, están invadiendo un terreno que constitucionalmente no les corresponde¹³². En el caso venezolano, estas extralimitaciones resultan particularmente evidentes.

Para ilustrar este problema con meridiana claridad, basta examinar las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia en materia de divorcio. A partir del año 2014, la Sala Constitucional invadió flagrantemente la esfera de competencia le-

131 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 167 del 4 de marzo de 2005. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/167-040305-04-1518.HTM>.

132 Daniela Urosa Maggi, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como Legislador Positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011, pp. 217-218; Allan R. Brewer-Carías, *Tratado de Derecho Constitucional: Justicia Constitucional y Jurisdicción Constitucional*, Tomo XII, Fundación Estudios de Derecho Público / Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 1105-1107.

gislativa de la Asamblea Nacional, actuando como legislador positivo al reformar el régimen legal del divorcio establecido en el Código Civil¹³³. Veamos.

Conforme a la Constitución, corresponde en forma exclusiva a la Asamblea Nacional legislar en las materias de competencia nacional (art. 187(1)), entre las cuales está sancionar la legislación civil y de procedimientos (art. 156(32)). Esta competencia solo puede ejercerse según el procedimiento previsto para la formación de las leyes en los artículos 204 y siguientes de la Constitución. Las leyes, además, solo pueden ser reformadas o derogadas, total o parcialmente, por otras leyes (art. 218).

Sin embargo, a pesar de la claridad del texto constitucional, la Sala Constitucional, en una serie de sentencias; primero, modificó sustancialmente el procedimiento para obtener el divorcio por la separación prolongada de hecho previsto en el artículo 185-A del Código Civil¹³⁴; posteriormente, declaró que las causales ‘únicas’ de divorcio contenidas en el artículo 185 no son taxativas¹³⁵; y luego, cerró el círculo al consagrar que el desafecto y la incompatibilidad de caracteres constituyen causales de divorcio y que la manifestación por uno de los cónyuges de incompatibilidad o desafecto para con el otro no precisa de contradictorio para que se pronuncie el divorcio por tratarse de un “sentimiento intrínseco de la persona... que difiere de las demandas contenciosas”¹³⁶. Mediante estas decisiones, cualquiera de los cónyuges puede ahora solicitar el divorcio por las causales previstas en dicha disposición legal o por cualquier otro motivo, sin necesidad siquiera de acreditar ninguna situación objetiva de cese efectivo de la vida en común.

Del mismo modo, la Sala de Casación Civil usurpó la función propia y exclusiva de la Asamblea Nacional al legislar en las materias de la competencia nacional previstas en el artículo 156(32) de la Constitución, determinando “el

133 Para un examen detallado y un análisis crítico de las reformas legales al régimen del divorcio efectuadas por vía jurisprudencial, véase lo que expongo en mi trabajo “Régimen del divorcio y recientes sentencias del Tribunal Supremo de Justicia”, publicado en mis *Estudios de Derecho Civil*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios, Nro. 152, Caracas, 2024, pp. 711-752.

134 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 446 del 15 de mayo de 2014. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/164289-446-15514-2014-14-0094.HTML>.

135 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 693 del 2 de junio de 2015. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/178096-693-2615-2015-12-1163.HTML>.

136 Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 1070 del 9 de diciembre de 2016. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/193699-1070-91216-2016-16-0916.HTML>.

procedimiento de divorcio, por separación de cuerpos y separación de hecho por más de cinco años, desafecto y/o incompatibilidad de caracteres (Artículo 185-A del Código Civil) a seguir por el cónyuge interesado en obtener una sentencia con esta finalidad”¹³⁷. Esta actuación viola la garantía de la reserva legal sobre la regulación de los procedimientos, consagrada en el artículo 156(32) de la Constitución Nacional, el principio de la separación de poderes establecido en el artículo 136 de la Constitución y el principio de legalidad previsto en el artículo 137 de la Constitución.

Estas sentencias, por supuesto, modificaron el texto legal, Pero adicionalmente lo hicieron sin cumplir con la obligación que impone el artículo 201 de la Constitución al legislador ordinario de realizar siempre una consulta popular, y en esta materia relativa a la estabilidad de la familia, consultar especialmente a los órganos y entes especializados del Estado que conforman el Sistema Rector Nacional para la Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes, a los ciudadanos y a la sociedad organizada.

Con estas decisiones, la Sala Constitucional, se insiste, usurpó las facultades legislativas propias de la Asamblea Nacional. En efecto, lo que hizo la Sala fue establecer mediante sentencia, con carácter general y abstracto, el llamado divorcio libre a través de un procedimiento sumario sin contradictorio para su obtención (divorcio *express*), en contravención a lo dispuesto en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil. Con ello, el Tribunal Supremo de Justicia modificó el régimen legal del divorcio, legislando sobre materias que son de la reserva legal y violando de manera ilegal e ilegítima el principio de separación de poderes, que es uno de los presupuestos para el mantenimiento del Estado de Derecho y la democracia representativa, con el agravante de que la actuación de la Sala Constitucional, como es bien sabido, no es susceptible de control jurisdiccional alguno¹³⁸.

137 Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 136 del 30 de marzo de 2017. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/197371-RC.000136-30317-2017-16-476.HTML>.

138 Cabe hacer notar que las tendencias contemporáneas del Derecho de Familia, en lo relativo al matrimonio, se orientan hacia facilitar la disolución del vínculo, ampliando el margen de libertad para hacer prevalecer la voluntad de los cónyuges que deciden poner fin a su unión matrimonial. Sin embargo, es lamentable que en el caso venezolano estas transformaciones se hayan introducido mediante sentencias del Tribunal Supremo de Justicia que han reformado el Código Civil en materia de divorcio puesto que, por un lado, esto significa una usurpación de las funciones legislativas exclusivas de la Asamblea Nacional y, por el otro, representa una modificación de las estructuras básicas del Derecho Familiar venezolano, contenidas en nuestro Código Civil, realizada sin el suficiente estudio, meditación y ponderación que exige una materia de tal trascendencia social. Al respecto, véase lo que exponemos en nuestro trabajo “Régimen del Divorcio y Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia” citado en la nota 132 *ut. supra*.

En el proceso de constitucionalización, es fundamental mantener un equilibrio entre la necesaria actualización constitucional del Derecho Civil y el respeto a su autonomía científica y metodológica. Los principios constitucionales deben pues enriquecer, no desplazar, los principios y categorías propias del Derecho Civil. Como lo ha advertido la doctrina, una hiper-constitucionalización genera inseguridad jurídica y afecta la coherencia del sistema. Este riesgo se materializa cuando se pasa de un saludable constitucionalismo a lo que algunos autores denominan ‘autarquía constitucional’, fenómeno que puede producirse por dos vías: primero, cuando se postula que las leyes no han previsto regulación de una determinada materia, permitiendo al intérprete colmar esa supuesta laguna mediante la interpretación de preceptos constitucionales; y segundo, más peligrosamente, cuando se sentencia contra ley expresa con la excusa de que dicha ley sería contraria a la Constitución. En ambos casos, se desconoce la deliberación democrática realizada por el Poder Legislativo y se sustituye por la interpretación subjetiva del juzgador¹³⁹. Esto es lo que ha ocurrido en Venezuela no solo en materia de divorcio, que hemos señalado a modo de ejemplo, sino en numerosas decisiones que afectan las relaciones personales, familiares y patrimoniales, donde la Sala Constitucional ha excedido palmariamente sus funciones interpretativas para convertirse en un legislador de facto.

En resumidas cuentas, un límite que siempre debe respetarse en la constitucionalización del Derecho Civil por la interpretación conforme a la Constitución por parte de los tribunales constitucionales es el respeto al principio de separación de poderes. Los tribunales constitucionales deben circunscribir su labor a interpretar las normas a la luz de los principios constitucionales, sin sustituir al legislador en la creación de nuevas disposiciones legales o en la modificación sustancial de las instituciones jurídicas. La interpretación constitucional no puede convertirse en un mecanismo para reformar el ordenamiento jurídico, desplazando la función legislativa que corresponde exclusivamente al órgano democráticamente elegido.

Respetando estas limitaciones, cabe considerar la constitucionalización como un proceso de enriquecimiento mutuo: el Derecho Civil se actualiza incorporando valores constitucionales, mientras que estos últimos encuentran en las instituciones civiles cauces concretos para su realización en las relaciones entre

139 Al respecto, véase: Hernán Corral Talciani, “Constitucionalización del Derecho Civil, neo-constitucionalismo y activismo judicial”, en *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, Nro. 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, diciembre 2018, pp. 9-11, donde el autor advierte sobre los riesgos de la ‘autarquía constitucional’, sus manifestaciones y la problemática de la sobreinterpretación judicial de las intenciones del constituyente. Disponible en: <https://ojs.uc.cl/index.php/RDA/article/view/149/609>.

particulares. Esta interacción permite una evolución armónica del ordenamiento jurídico en su conjunto.

A modo de conclusión

El recorrido realizado nos permite comprender la profunda vitalidad y relevancia del Derecho Civil en el siglo XXI. Lejos de ser una disciplina obsoleta, el Derecho Civil se presenta como un sistema jurídico dinámico, capaz de adaptarse a las transformaciones más complejas sin perder su esencia. Su tradición jurídica no es una carga. Por el contrario, es un fundamento sólido desde el cual desarrolla su extraordinaria capacidad de renovación. Sus instituciones fundamentales -la persona, la familia, el patrimonio - y figuras jurídicas centrales como el contrato y la responsabilidad civil- son cauces vivos que canalizan las relaciones humanas esenciales.

Los desafíos contemporáneos -la revolución digital, la crisis ambiental, las transformaciones sociales, la globalización- constituyen una oportunidad para demostrar la versatilidad del Derecho Civil. Su aptitud para renovar sus instituciones sin destruirlas se evidencia en múltiples ámbitos: desde la regulación de la contratación electrónica y la protección de datos personales, hasta la incorporación de la función ecológica de la propiedad y el reconocimiento de nuevas formas de familia. Esta flexibilidad reafirma su papel fundamental como marco normativo capaz de ofrecer soluciones justas a los nuevos problemas jurídicos que se plantean en las relaciones interpersonales.

La constitucionalización, en lugar de debilitar al Derecho Civil, lo ha fortalecido. Este proceso ha puesto de manifiesto la notable capacidad de esta disciplina jurídica para incorporar y desarrollar los principios constitucionales. Estos principios se incorporan al Derecho Civil, enriqueciendo su capacidad de respuesta en un contexto de constantes transformaciones, ampliando sus criterios de interpretación y reforzando su aptitud para proteger los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

El Derecho Civil del siglo XXI se configura así como una disciplina viva y dinámica, capaz de equilibrar tradición y modernidad. Se presenta como un conjunto normativo flexible que encuentra en el diálogo entre lo tradicional y lo emergente su mayor potencial de renovación. Su perspectiva de futuro se presenta prometedora y llena de desafíos, llamado a seguir siendo el eje fundamental del ordenamiento jurídico privado. La capacidad del Derecho Civil para equilibrar intereses diversos, proteger la dignidad individual, y ordenar las relaciones en un mundo globalizado y tecnológicamente avanzado, lo convierte en un ins-

trumento insustituible para la adecuada regulación de las relaciones entre los particulares.

Más allá de las transformaciones coyunturales, el Derecho Civil mantiene y reafirma su vocación esencial: ser un derecho verdaderamente humano que no se impone desde la exterioridad, sino que emerge de las propias dinámicas de convivencia, reconociendo y promoviendo la dignidad de cada persona. En un mundo de creciente complejidad, se afirma como un baluarte de la justicia en las relaciones interpersonales y un instrumento de cohesión social. Esta natural habilidad para evolucionar lo consolida como un pilar fundamental del ordenamiento jurídico, esencial para mantener el equilibrio en las complejas interacciones humanas del nuevo milenio.

Enrique Urdaneta Fontiveros
Pascua de Resurrección, 2025.

El matrimonio en Venezuela. Tratamiento jurisprudencial en el marco de la Constitución venezolana de 1999 (balances y perspectivas)

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez¹

Introducción

Al revisar la jurisprudencia en nuestro país, nos percatamos de la casi inexistencia de decisiones que se refieran al matrimonio, a la familia o a la protección de esta derivada de la unión conyugal de manera directa, porque fundamentalmente las sentencias existentes conciernen a la disolución del matrimonio mediante el divorcio y, en su mayoría, están referidas a la comunidad de bienes nacida del matrimonio. Por tanto, no encontramos fallos que traten -en Venezuela- el tema relativo al matrimonio como fuente de la familia y la protección que debería otorgársele por mandato constitucional, salvo que -eventualmente- en algunas decisiones se hace referencia a algún aspecto relacionado con el matrimonio, la familia, las uniones de hecho o el divorcio.

Por ello, al no encontrar referencia de doctrina jurisprudencial que aborde el tema, nos permitimos -en este trabajo- hacer alusión a la normativa que regula el matrimonio, a las condiciones exigidas por la ley para su celebración, a su disolución, y a los derechos y deberes que legalmente se imponen a los cónyuges y en las oportunidades en que existía algún pronunciamiento judicial sobre el aspecto tratado, procedimos a realizar la cita de la decisión, las que se fundamentan en el mandato contenido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

1.- Normativa Constitucional y sustantiva referente al matrimonio

Antes de revisar la normativa constitucional que regula lo referente a la celebración del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, estimamos

1 Profesor jubilado de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Central de Venezuela. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

oportuno hacer referencia a las regulaciones establecidas en el Código Civil². En efecto, una de las primeras normas que hace referencia a dicha institución es el artículo 44 del Código sustantivo, que dispone: “El matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer. La Ley no reconoce otro matrimonio contraído en Venezuela sino el que se reglamenta por el presente Título, siendo el único que producirá efectos legales, tanto respecto de las personas como respecto de los bienes”.

Si analizamos la transcrita norma, podemos realizar diversas precisiones, a saber:

1.- En primer lugar, pensamos que esa norma fue inspirada en las descripciones que se encuentran en la Biblia católica³, la que refiere al matrimonio como una unión especial entre un hombre y una mujer, creada por Dios para servir de base a la familia⁴. Es decir, se establece el matrimonio como un medio estable para la procreación y crianza de los hijos, lo que se encuentra en consonancia con el contenido del artículo 76 constitucional que establece que “las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir”, independiente del estado civil de los padres, pero inserta la disposición en el capítulo correspondiente a los Derechos Sociales y de la Familia; pero, la regulación está enfocada a la procreación.

Lo anterior se refuerza con las prohibiciones contenidas en la ley para contraer matrimonio. Así tenemos, que no se considera válido el matrimonio cuando la mujer no haya cumplido catorce años⁵, y el varón que no haya cumplido dieciséis⁶. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,

2 La reforma del Código Civil venezolano fue publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 2.990 del 26 de julio de 1982.

3 La Biblia católica es una compilación de libros que los cristianos interpretamos como la revelación de Dios.

4 En Génesis 2:24 y Mateo 19:5, 6 se refieren a la unión entre un hombre y una mujer, que no deben separarse. Es decir, deben mantenerse unidos siempre. En la cita de Génesis se indica que Dios dijo que el hombre dejaría a sus padres y se uniría a su esposa, y que los dos serían una sola carne. Mientras que, en la cita de Mateo, de manera similar, se refiere a que el hombre dejará a su padre y a su madre para unirse a su mujer, y los dos no serán sino una sola carne. De manera que ya no son dos, sino una sola carne. Que el hombre no separe lo que Dios ha unido. Por lo tanto, lo que Dios ha unido, ningún ser humano debe separarlo. Es decir, que en la concepción católica el matrimonio es para siempre, aunque esto ha variado debido a la evolución social.

5 Se considera que la edad óptima para la reproducción en la mujer está comprendida entre los 19 y 30 años. En el Código Civil de 1942 se establecía que la edad mínima para que la mujer contrajera matrimonio era la de 12 años.

6 Ver artículo 46 del Código Civil. En el Código Civil de 1942 se establecía que la edad mínima para que el varón contrajera matrimonio era la de 14 años. Aunque la fertilidad

mediante la sentencia número 1.353 proferida el 16 de octubre de 2014, realizó una interpretación de la normativa de referencia, y determinó que no podía existir la distinción de género aludida en el artículo 46 del Código Civil, y procedió a equiparar a la mujer y al varón en la edad de 16 años, como edad mínima, para contraer matrimonio; agregó la sentencia que a partir de la publicación de ese fallo -tanto en la Gaceta Judicial como en la Gaceta Oficial- decisión que debía aplicarse con efectos *ex nunc*, en el sentido que no podrá contraer válidamente matrimonio la persona que no haya cumplido 16 años. No obstante dicha determinación, la Sala Constitucional exhortó a la Asamblea Nacional a considerar la reforma del artículo 46 del Código Civil para establecer como edad válida para contraer matrimonio la de 18 años, oportunidad en que la persona adquiere la mayoría de edad.

Además, el Código sustantivo -como manera de protección al matrimonio- contempla prohibiciones para contraer nupcias derivadas del parentesco, sea este en línea recta ascendente o descendente, o entre algunos colaterales⁷.

2.- En segundo lugar, tenemos que la citada norma dispone que la ley, solamente, reconoce y otorga efectos jurídicos al matrimonio civil⁸, al señalar que el vínculo matrimonial válido es aquel que se celebre de acuerdo a la normativa contemplada en el Código Civil; ello, sin perjuicio de que los contrayentes, según los dictámenes de su conciencia, podrán cumplir con los ritos de la religión que profesen, previa la celebración del matrimonio conforme a lo dispuesto en el Có-

masculina comienza en la pubertad, entre los 11 y 15 años, y dura toda la vida; sin embargo, no pareciera adecuado que a las indicadas edades un varón tenga descendencia, porque debe dedicarse -por mandato de la Constitución- a la crianza de los hijos, por lo que debe proporcionarle el cuidado para que puedan desarrollarse física, intelectual, social y emocionalmente, y se considera que la madurez intelectual se produce a los 18 años.

7 Ver artículos 51, 52, 53 y 54 del Código Civil. En el supuesto de tíos y sobrinos pueden contraer nupcias sólo con dispensa, la que debe ser otorgada por el juez de primera instancia en lo civil, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65 *eiusdem*. En Venezuela ha habido casos de uniones matrimoniales entre tíos y sobrinos, pero no han sido frecuentes; sin embargo, los matrimonios entre primos – hermanos (parientes colaterales en cuarto grado de consanguinidad) han sido más asiduos. Posiblemente, la prohibición de matrimonio entre consanguíneos puede ser por el riesgo de padecer enfermedades genéticas, tales como mortalidad infantil, malformaciones, discapacidad intelectual, enfermedades complejas como esquizofrenia, entre otras.

8 El matrimonio civil se estableció en Venezuela el 1º de enero de 1873, mediante el Decreto-Ley sobre el Matrimonio Civil. Antes de esa fecha el matrimonio se realizaba por el rito de la religión profesada por los contrayentes. La Iglesia Católica, para tener un registro de los principales eventos de la vida de los católicos, estableció la obligación de llevar los libros de bautismo, matrimonio y defunción en las parroquias, decisión que fue tomada durante la celebración del Concilio de Trento (1545-1563).

digo Civil⁹. Adicionalmente, existe la prohibición de contraer válidamente matrimonio el que adolece de impotencia manifiesta y permanente¹⁰, y asumimos que ello se debe a la circunstancia de la imposibilidad de reproducir que afecta al cónyuge que la sufra, lo que refuerza la tesis de que la unión matrimonial persigue ser el inicio de la familia¹¹.

Con respecto a esta regla, es decir la impotencia manifiesta y permanente, tenemos que el juzgado superior tercero en lo civil, mercantil y del tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en sentencia proferida el 29 de septiembre de 2008 (Exp. No. 9870), al referirse al artículo 47 del

9 Ver artículo 45 del Código Civil.

10 Ver artículo 47 del Código Civil.

11 Es muy diversa la manera como en el Derecho comparado se maneja el tema de la impotencia, así tenemos lo siguiente: “Enuncian a la impotencia como impedimento dirimente las legislaciones de España (cód. civ., art. 83, inc. 3), Chile (ley mat., art. 4, inc. 3), Ecuador (cód. civ., art. 109, inc. 5), Honduras (cód. civ., art. 97), Méjico (cód. civ. del distrito y territorios federales, art. 156, inc. 8), Nicaragua (cód. civ., arts. 111 y 115), Panamá (cód. civ., art. 92, inc. 3), y Licchtenstein (cód. civ., art. 60). En cambio, es una causal autónoma de nulidad relativa del matrimonio en Italia —que además de la impotencia propiamente dicha (impotentia *coéundi*) incluye la imposibilidad de engendrar (impotentia *generandi*) cuando alguno de los cónyuges carece de órganos necesarios para la generación (cód. civ., art. 123) —, Bolivia (cód. fam., art. 88, norma similar a la italiana), Perú (cód. civ., art. 145), Venezuela (cód. civ., art. 119), Costa Rica (cód. civ., art. 56, inc. 4), Guatemala (cód. civ., art. 145, inc. 3), Noruega (ley mat., art. 35), Islandia (ley mat., art. 43), Taiwan (cód. civ., art. 995), Corea del Sur (cód. civ., art. 816), e Islas Filipinas (cód. civ., art. 85, inc. 6). Es asimismo la solución del derecho británico, que se reitera en el norteamericano, así como en dominios británicos y países donde persiste la influencia del derecho inglés: Irlanda, Canadá, Australia (*Matrimonial Causes Act*, sec. 21), Nueva Zelandia (*Matrimonial Proceedings Act*, sec. 18), República Sudafricana, Tanzania (*Matrimonial Causes Ordinance*, sec. 16) y Uganda (*Divorce Act*, sec. 13). Explícitamente la incluye en el error el art. 1636, inc. d, del código portugués, según el cual lo configura la ignorancia de “la impotencia funcional incurable, absoluta o relativa, ya existente al tiempo del casamiento”. Igual solución se registra en Dinamarca (ley mat., art. 44) y en Yugoslavia (ley fundamental sobre el matrimonio, art. 42). En la doctrina y la jurisprudencia alemanas, la impotencia perpetua es considerada una de las cualidades personales acerca de las cuales el error autoriza a demandar la anulación del matrimonio, conforme al art. 32, ley mat. Igual es la solución en Austria, frente al texto similar del art. 37, ley mat. También en Suiza justifica la anulación por error sobre las cualidades esenciales del cónyuge cuya ausencia hace la vida común insoportable, según la norma del art. 124, inc. 2, cód. civ. En Brasil, es considerada el caso típico de defecto físico irremediable cuya ignorancia permite la anulación por error. Ésta es, por otra parte, la solución que se insinúa en los últimos fallos sobre la materia provenientes tribunales franceses, propuesta también en el derecho uruguayo, cuyo código guarda silencio sobre el punto, lo mismo que el francés”. Información tomada de “Nulidad de matrimonio por impotencia”. CIJUL en línea. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr>. Consulta realizada el 30/3/2025.

Código Civil, indicó que era necesario que el otro cónyuge ignorara la afectación de salud o patología de la persona con la que contrajo matrimonio, para que sea procedente la demanda de nulidad del matrimonio, con fundamento a la citada norma, porque la acción de nulidad le corresponde al otro cónyuge, es decir al que no la sufre. Esta decisión confirmó la sentencia dictada por el tribunal de primer grado, en la que el juzgador expresó lo siguiente:

“En el caso de marras, nos encontramos ante lo que la doctrina ha llamado impotencia *coeundi* (incapacidad para el coito), que posee importancia jurídica por constituir causa modificativa de la capacidad como impedimento para contraer matrimonio o causa de nulidad del contraído por ocultamiento o ignorancia de tal incapacidad (sic), ... por lo que resulta forzoso para esta juzgadora declarar con lugar la presente demanda con todos los pronunciamientos”¹².

3.- Debe considerarse que en el encabezamiento del artículo 75 de la Constitución de la República se dispone que “El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia”¹³.

La transcrita norma, le impone al Estado la obligación de proteger a la familia, por considerar que esta es la asociación natural de la sociedad al considerarla como el espacio idóneo para el desarrollo de las personas, lo que se complementa con el dispositivo del artículo 76 de la misma Carta Magna, que establece la pro-

12 Información tomada de la página web <https://es.slideshare.net/slideshow/impotencia-manifiesta-y-matrimonio-art-47-del-codigo-civil-venezolano/234567002>, el 28 de marzo de 2025. Es importante señalar que hoy en día, la impotencia *coeundi*, también conocida como disfunción eréctil, es curable en la mayoría de los casos. El tratamiento depende de la causa y puede incluir medicamentos, terapia, o cirugía. No podemos perder de vista que la norma que contempla la nulidad del matrimonio por dicha causa es de vieja data, cuando no existía tratamiento para esa afección.

13 En relación con ello, es oportuno citar la concepción que sobre el particular expone la Sala Constitucional en la sentencia número 693, dictada el 2 de junio de 2025, en la que, al referirse a la familia, señaló: “El artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de manera expresa establece: “*Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges...*”. Esta formulación normativa acorde con una larga tradición constitucional, legal, histórica y hasta universal reconoce el matrimonio como una institución de donde deriva la familia, como grupo primario del ser humano y base de la sociedad. Concebida la familia en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), como el elemento natural, universal y fundamental de la sociedad, que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (artículo 16).

tección a la maternidad y a la paternidad, como medio para la crianza adecuada de la descendencia, al imponerle a la madre y al padre, el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas; por tanto, se ha considerado a la familia como el grupo de personas que se encuentran vinculadas por lazos de parentesco consanguíneos o políticos, cuya relación les permite hacer vida en común, con la finalidad de transmitir valores cívicos y morales, así como las tradiciones que permiten crear sólidas bases sociales y culturales, lo que el Estado debe proteger.

No puede perderse de vista que la familia, en sentido restringido, está conformada por el padre, la madre y sus hijos biológicos¹⁴, y es el primer contexto social en el que un individuo se desarrolla, por lo que debe entenderse que cuando la familia se encuentra bien constituida, permite que los hijos reciban una adecuada formación de su personalidad, puedan conseguir una estabilidad emocional debido a la protección y comprensión que deben recibir, lo que posibilita planificar su futuro; así mismo, la familia se convierte en la fuente para la toma de decisiones importantes para el desarrollo de los hijos, porque propicia que aprendan a relacionarse y a recibir afecto. La familia es un soporte para enfrentar las alegrías, tristezas, éxitos o fracasos, que indiscutiblemente afectan a todos los seres humanos en su existencia.

Lo anterior implica diversos deberes que se les imponen a los padres, con motivo del nacimiento del hijo, como lo son el derecho a la identidad, la que desde el momento del nacimiento, que corresponde a la existencia legal de la persona, se impone la necesidad de individualizar al nuevo ser para diferenciarlo del resto de los individuos existentes; si bien es un interés personal y particular, por razones obvias un recién nacido no está en capacidad de afirmar esa individualidad que lo diferencia del resto del género humano, por lo que esa labor corresponde, en principio, a los progenitores, quienes deben establecer esa singularidad en beneficio de su descendiente, de conformidad con las regulaciones que sobre el particular existan en el lugar en donde se haya producido el nacimiento¹⁵; el derecho que incumbe al hijo de guarda y custodia, previsto en el citado artículo 76 constitucional; el derecho a tener una familia, en el sentido amplio, lo que implica relacionarse con los ascendientes y parientes colaterales; además el derecho al desarrollo de su personalidad, a ser escuchado, de acuerdo a las previsiones de la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y Adolescentes.

Es decir, la legislación impone la necesidad de proporcionarle al hijo

14 También pueda estar conformada la familia por hijos adoptivos y, en casos, por los que se denominan coloquialmente, hijos de crianza.

15 S. Yannuzzi Rodríguez, “¿Es posible cambiar el nombre y apellido de las personas naturales en Venezuela?” En *Libro Homenaje a Eugenio Hernández-Bretón*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. 2017.

todas las condiciones para el desarrollo integral de su personalidad.

2.- Las uniones estables de hecho como sucedáneo del matrimonio

En Venezuela se ha reconocido -con efectos jurídicos- la convivencia estable de una pareja, tutelada bajo la figura del concubinato¹⁶, hoy denominada como la unión estable de hecho¹⁷. En efecto, el artículo 767 del Código Civil¹⁸, regula la figura de la unión concubinaria¹⁹, entre un hombre y una mujer, y se ha señalado que dicha convivencia se equipara al matrimonio, y se ha extendido -de acuerdo

- 16 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al interpretar el artículo 77 constitucional, en la sentencia número 1682 del 15 de julio de 2005, con carácter vinculante, expresó: “El concubinato es un concepto jurídico, contemplado en el artículo 767 del Código Civil, y tiene como característica –que emana del propio Código Civil- el que se trata de una unión no matrimonial (en el sentido de que no se han llenado las formalidades legales del matrimonio) entre un hombre y una mujer solteros, la cual está signada por la permanencia de la vida en común (la soltería viene a resultar un elemento decisivo en la calificación del concubinato, tal como se desprende del artículo 767 de Código Civil y 7, letra a) de la Ley del Seguro Social)”.
- 17 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al interpretar el artículo 77 constitucional, en la sentencia número 1682 del 15 de julio de 2005, con carácter vinculante, indicó que la “la unión estable de hecho” es el género, mientras que “el concubinato” es la especie. Además, determinó: “En primer lugar considera la Sala que, para reclamar los posibles efectos civiles del matrimonio, es necesario que la “unión estable” haya sido declarada conforme a la ley, por lo que se requiere una sentencia definitivamente firme que la reconozca”. Agregó dicha sentencia que “el concubinato es por excelencia la unión estable señalada en el citado artículo 77”. El aludido fallo, también estableció: “Lo anterior no significa que la ley no pueda tipificar otros tipos de relaciones entre hombres y mujeres como uniones estables a los efectos del artículo 77 constitucional, tomando en cuenta la permanencia y notoriedad de la relación, cohabitación, etc. y, por ello, el Proyecto de Ley Orgánica de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad, discutida en la Asamblea Nacional, en los artículos 40 al 49, desarrolla las uniones estables de hecho, como una figura propia mientras que el concubinato como figura distinta a la anterior, fue desarrollado en los artículos 50 al 53”.
- 18 Artículo 767.- Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer o el hombre en su caso, demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado, aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción sólo surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado.
- 19 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al interpretar el artículo 77 constitucional, en la sentencia número 1682 del 15 de julio de 2005, con carácter vinculante, al referirse a la unión concubinaria, determinó lo siguiente: “Debe la Sala acotar que el único concubinato que produce efectos equiparables al matrimonio, es el que se delinea en este fallo; y se hace tal acotamiento porque algunas leyes denominan concubina a la mujer que vive con un hombre a pesar que éste tiene impedimento para contraer matrimonio con ella, cuando en realidad tal concubinato es contrario al artículo 767 del Código Civil y a lo que conceptualiza este fallo. El mal uso de la palabra concubina, en el sentido

a un sector de la doctrina autoral- a todas las personas, independientemente de su sexo²⁰. A esta unión -la concubinaria- se le atribuyen efectos legales similares a los del matrimonio²¹, tales como la posibilidad de adoptar hijos, derechos patrimoniales²², y derechos sucesorales²³. El artículo 77 de la Constitución, estipula que

inmediatamente indicado, aparece en los artículos 397 y 399 del Código Penal, y así se declara”.

- 20 La sentencia 190 proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 28 de febrero de 2008, determinó que las uniones estables de hecho solo aplican a las parejas constituidas por un hombre y una mujer y rechazó la posibilidad de que esas uniones coexistieran entre parejas homosexuales, sin perjuicio de la existencia de una comunidad ordinaria. Consideró dicho fallo que no se permita a parejas del mismo sexo utilizar la institución de las uniones estable de hecho, no comporta discriminación.
- 21 Ver artículo 211 del Código Civil, referente a la presunción de paternidad de los hijos nacidos durante la unión concubinaria.
- 22 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al interpretar el artículo 77 constitucional, en la sentencia número 1682 del 15 de julio de 2005, con carácter vinculante, en cuanto al régimen patrimonial indicó: “Al aparecer el artículo 77 constitucional, surgen cambios profundos en el régimen concubinario del artículo 767 del Código Civil, ya que existiendo la unión estable o permanente, no hay necesidad de presumir, legalmente, comunidad alguna, ya que ésta existe de pleno derecho –si hay bienes- con respecto de lo adquirido, al igual que en el matrimonio, durante el tiempo que duró la unión y, como comunidad, no es que surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos, o entre uno de ellos y los herederos del otro, como lo contempla el artículo 767 del Código Civil, sino que, al igual que los bienes a que se refiere el artículo 168 del Código Civil, los terceros que tengan acreencias contra la comunidad podrán cobrarse de los bienes comunes, tal como lo pauta dicha norma”. También, la misma Sala, con carácter vinculante, en la sentencia número 652 del 26 de noviembre de 2021, determinó que la interpretación constitucionalizante del artículo 767 del Código Civil regulatorio de la comunidad concubinaria en ausencia de matrimonio, en el sentido de que “En ausencia de las Capitulaciones patrimoniales admitidas en el concubinato por inexistencia o nulidad de ellas, deberá presumirse la comunidad de bienes salvo prueba en contrario”.
- 23 En el fallo citado en la nota precedente, de la Sala Constitucional, en cuanto a los derechos sucesorales se estableció lo siguiente: “Como resultado de la equiparación reconocida en el artículo 77 constitucional, en cuanto a los efectos y alcances de la unión estable (concubinato) con el matrimonio, la Sala interpreta que entre los sujetos que la conforman, que ocupan rangos similares a los de los cónyuges, existen derechos sucesorales a tenor de lo expresado en el artículo 823 del Código Civil, siempre que el deceso de uno de ellos ocurra durante la existencia de la unión. Una vez haya cesado, la situación es igual a la de los cónyuges separados de cuerpos o divorciados. Al reconocerse a cada componente de la unión derechos sucesorales con relación al otro, el sobreviviente o supérstite, al ocupar el puesto de un cónyuge, concurre con los otros herederos según el orden de suceder señalado en el Código Civil (artículo 824 y 825) en materia de sucesión ab intestato, conforme al artículo 807 del Código Civil, y habrá que respetársele su legítima (artículo 883 del Código Civil) si existiere testamento. Igualmente, las causales de indignidad que haya entre los concubinos se aplicarán conforme al artículo 810 del Código Civil”.

la unión estable de hecho, entre un hombre y una mujer, tiene los mismos efectos que el matrimonio²⁴. La norma de referencia -en la doctrina autoral venezolana-

- 24 Artículo 77. Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio. En relación con ello, es oportuno citar la concepción que sobre el particular expone la Sala Constitucional en la sentencia número 693, dictada el 2 de junio de 2025, en la que, al referirse a la familia y a las uniones estables de hecho, indicó lo siguiente: “En este sentido debe esta Sala destacar que, ciertamente, la familia deriva de manera inmediata de la unión matrimonial, pero no toda familia deriva solo y necesariamente de un matrimonio. En este sentido, el artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela recoge un amplio concepto de familia el mismo universalizado por la Organización de Naciones Unidas y que entiende a la familia como “*asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de los derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia*”. Este concepto alude a la familia extensiva o ampliada que rebasa el concepto tradicional de familia nuclear conformada por el padre, la madre y los hijos derivada históricamente del matrimonio (véase sentencia de la Sala Constitucional núm. 1687/2008, caso: *Rosana Barreto*). Esta distinción paradigmática ha sido determinante en las decisiones de la Sala Constitucional y ciertamente asistimos a un momento en que el concepto de familia ha sufrido modificaciones y se ha ampliado, para incluir a otras personas distintas a las que normalmente la sociedad concebía dentro de la conformación familiar. Así, adicional a la familia nuclear, patriarcal, bilateral y consanguínea, observamos otras categorías como la familia sustituta; la adoptiva; la recompuesta; por procreación asistida; la monoparental y la pluriparental; donde no necesariamente hay menores de edad o hijos, pero, en caso de haberlos, se desenvuelven con una maternidad o paternidad subrogadas por figuras atípicas (madrastras, padrastros) que son adultos que sirven de referentes significativos a aquellos (Zuleta, 2012). Lo importante de estas categorías familiares es que se caracterizan por la igualdad de derechos y deberes entre sus integrantes, por su solidaridad, esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco; independientemente de su origen, tal como lo señala nuestro Texto Fundamental en su artículo 75”. ... “La Sala ha realizado las anteriores consideraciones para explicar que en la actualidad el Estado no debe su protección exclusivamente al matrimonio sino a la familia constituida como espacio social vital provenga ella del matrimonio, de una unión estable o de un concubinato. Lo ha reconocido recientemente esta Sala en sentencia Núm. 446 del 15 de mayo de 2014, con ocasión de un examen de la constitucionalidad del artículo 185-A del Código Civil, al sostener que “*la actual Constitución tiene otros elementos para entender jurídica y socialmente a la familia y al matrimonio*. Corolario de la protección a la familia concebida al margen del matrimonio, es el reconocimiento que realiza la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de las uniones estables de hecho, que en la parte *in fine* del aludido artículo 77 dispone: “*Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio*”. Asimismo, es demostrativo de ello el contenido del artículo 76 que dispone: “*La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre*”. (Resaltado de la Sala).

na- fue objeto de una severa polémica, en particular por haber dispuesto que las uniones estables de hecho producirían los mismos efectos que el matrimonio²⁵. Posteriormente, la Ley Orgánica de Registro Civil promulgada en el 2009, en su Capítulo VI, específicamente en los artículos 117 al 122 regula lo concerniente a la inscripción y registro de las uniones estables de hecho, lo que fue objeto de reglamentación en el respectivo Reglamento, en los artículos 65 al 68.

Con respecto al concubinato que, de acuerdo con lo sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, es una especie de la unión estable de hecho, exclusivamente, entre una mujer y un hombre, lo que la asimila a la unión matrimonial; sin embargo, en su formación no ha habido la participación de algún funcionario o autoridad, por lo que -los interesados- de manera directa deciden compartir su vida. Por tanto, doctrinariamente, se han establecido diversos requerimientos que permiten identificar la unión concubinaria, a saber:

- A.- Es una unión de hecho entre un hombre y una mujer²⁶.
- B.- Esa unión debe ser libre y prestar su consentimiento.
- C.- Los cohabitantes deben otorgarse de manera recíproca el trato de marido y mujer²⁷.

25 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al interpretar el artículo 77 constitucional, en la sentencia número 1682 del 15 de julio de 2005, indicó: “En consecuencia, no es posible una declaración general que asimile las uniones (de cualquier tipo) al matrimonio y, por lo tanto, observa la Sala, hay que distinguir cuáles efectos del matrimonio se aplican al concubinato y a las posibles otras uniones estables. Estas uniones (incluido el concubinato) no son necesariamente similares al matrimonio, y aunque la vida en común (con hogar común) es un indicador de la existencia de ellas, tal como se desprende del artículo 70 del Código Civil, este elemento puede obviarse siempre que la relación permanente se traduzca en otras formas de convivencia, como visitas constantes, socorro mutuo, ayuda económica reiterada, vida social conjunta, hijos, etc.

26 Se ha reseñado en las notas de pie de página que la Sala Constitucional se ha pronunciado sobre tales requerimientos, es decir que debe tratarse de una pareja compuesta, exclusivamente, por un hombre y una mujer. La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia número 510 del 28 de octubre de 2022, expresó: “Concubinato resulta de la unión entre un hombre y una mujer sin formalidades del matrimonio, siendo la soltería y la cohabitación o vida en común lo importante para la determinación”. La misma Sala en sentencia número 037 del 21 de febrero de 2025, reiteró que la unión estable de hecho debía ser entre personas de diferente sexo.

27 La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia número 037 del 21 de febrero de 2025, determinó que la unión estable de hecho debía ser pública y notoria, debiendo ser reconocidos como esposos ante la sociedad.

D.- Debe haber una convivencia permanente y estable, por lo que es inadmisibile una unión que sea eventual²⁸.

E.- Ninguno de los concubinos ha de estar casado o tener algún impedimento dirimente²⁹.

3.- El régimen patrimonial del matrimonio

Cuando reseñamos el régimen patrimonial del matrimonio nos referiremos a la normativa jurídica que regulan las relaciones económicas entre los cónyuges, que están referidas a la propiedad de inmuebles y muebles para establecer si son propios o comunes, a su administración y a la disposición de ellos.

Nuestra legislación dispone que en relación con los bienes, con respecto al matrimonio, se rige por las convenciones de las partes y por la ley³⁰, y en esta se contempla la posibilidad de celebrar capitulaciones matrimoniales, que constituyen un acuerdo contractual que los futuros cónyuges hacen antes (o durante) el matrimonio cuyo objeto es regular el régimen económico que regirá durante el matrimonio, cuya extensión queda a discreción de los contratantes, siempre y cuando no contengan acuerdos que vayan en contra de las leyes o las buenas costumbres, o en detrimento de los derechos y obligaciones que respectivamente tienen en la familia, y los contrarios a las disposiciones prohibitivas del Código

28 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia número 493 del 8 de octubre de 2022 señaló; “Para que se declare una unión estable de hecho, se requiere que esté demostrado el carácter permanente de la relación, estimado para ello el lapso de dos años”. Este lapso ha sido objeto de crítica por un sector de la doctrina autoral. Dicho requisito también fue establecido por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia número 037 del 21 de febrero de 2025, y estableció que la unión estable de hecho debía ser entre personas de diferente sexo y que la convivencia debía ser permanente y no casual, la convivencia debía ser pública y notoria.

29 Sobre ese aspecto se pronunció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia número 827 del 14 de noviembre de 2024, en la que determinó lo siguiente: “Ninguno de los presuntos concubinos debe estar casado para que se establezca la unión estable de hecho, como bien lo ha señalado la Sala de Casación Social: “...la soltería comprende un requisito indispensable exigido por el legislador patrio para el reconocimiento de las uniones estables de hecho y equiparación al matrimonio”, y en lo que respecta al concubinato putativo, este está referido a la situación en que una persona de buena fe, desconoce que su pareja está casada y cree que su relación es válida”. Ver sentencia citada en la nota 24. La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia número 037 del 21 de febrero de 2025, decidió que los integrantes de la unión estable de hecho debían ser entre personas solteras, lo que entendemos en que no deben tener impedimento para contraer matrimonio.

30 El artículo 141 del Código Civil dispone: “El matrimonio, en lo que se relaciona con los bienes, se rige por las convenciones de las partes y por la Ley”.

Civil y a las establecidas sobre divorcio, separación de cuerpos, emancipación, tutela y sucesión hereditaria³¹.

Si bien la normativa del Código Civil establecía que las capitulaciones matrimoniales debían constituirse por instrumento otorgado ante un Registrador Subalterno antes de la celebración del matrimonio; sin embargo, opcionalmente, se permitía otorgarlas por documento auténtico que debía ser inscrito en la Oficina Subalterna de Registro de la jurisdicción del lugar donde se celebraría el matrimonio, antes de la celebración de este, so pena de nulidad. Así mismo, cualquier modificación que se realizaran debían cumplir con la misma formalidad.

Lo anterior, fue objeto de una modificación por la sentencia (normativa) número 652, proferida por la Sala Constitucional, con carácter vinculante, el 26 de noviembre de 2021, en la que dispuso lo siguiente:

1.- Las capitulaciones matrimoniales se celebrarán conforme a la libre y expresa autonomía de los cónyuges/partes de manera personal con plena capacidad legal para contratar.

2.- En caso de minoridad o inhabilitación aún en trámite, con la asistencia y aprobación de la persona cuyo consentimiento es necesario para la celebración del matrimonio, sean sus padres o su curador.

3.- Como quiera que las capitulaciones matrimoniales constituyen el régimen patrimonial conyugal principal; las capitulaciones matrimoniales de los cónyuges podrán celebrarse válidamente antes y durante el matrimonio; y así también, podrán ser reformadas durante el matrimonio y aún dejarse sin efecto.

4.- En todo caso, nunca tendrán efectos retroactivos sino hacia el futuro, y entrarán en vigor una vez registradas conforme lo establecido en los artículos 143 y siguientes del Código Civil, normativa que se ajustará a lo decidido en la sentencia de referencia, norma que queda vigente en todo lo que no contradiga la aludida decisión.

5.- En el caso de que la celebración y/o reforma de las capitulaciones matrimoniales se haga en el exterior, estas tendrán efectos en Venezuela una vez cumplidos los requisitos previstos en los artículos 143 y 145 del Código Civil³².

31 Ver artículo 142 del Código Civil.

32 Artículo 143.- Las capitulaciones matrimoniales deberán constituirse por instrumento otorgado ante un Registrador Subalterno antes de la celebración del matrimonio; pero podrán hacerse constar por documento auténtico que deberá ser inscrito en la Oficina Subalterna de Registro de la jurisdicción del lugar donde se celebre el matrimonio, antes de la celebración de éste, so pena de nulidad.

6.- Los artículos 143 y 144 del Código Civil venezolano³³ se interpretarán sin restricción admitiéndose la celebración de las capitulaciones matrimoniales antes de la celebración del matrimonio; o posteriormente durante la vigencia del matrimonio, así como también serán válidas las reformas o modificaciones a las capitulaciones matrimoniales, su sustitución y la reforma. La sentencia se fundamenta en lo previsto en el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

7.- Estableció con carácter vinculante la interpretación constitucionalizante del artículo 767 del Código Civil regulatorio de la comunidad concubinaria en ausencia de matrimonio, en el sentido de que “en ausencia de las Capitulaciones patrimoniales admitidas en el concubinato por inexistencia o nulidad de estas, deberá presumirse la comunidad de bienes salvo prueba en contrario. En esta decisión también se fundamenta en el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

8.- Las modificaciones a las capitulaciones matrimoniales que hagan las partes, sea durante el matrimonio o durante la unión estable de hecho, podrán hacerse una vez transcurridos cinco (5) años desde la fecha de la última capitulación de bienes efectuada. Para la validez y antes del registro civil del documento contentivo de las modificaciones a las capitulaciones matrimoniales, las partes deberán previamente publicar dicho documento, por tres veces con intervalo de diez (10) días, en un periódico (versión digital e impresa) de circulación en el lugar donde esté constituido el domicilio conyugal, o en el lugar más cercano a este. Para el caso de que no exista un periódico en dicha localidad, deberá publicarse en un periódico de circulación nacional (versión digital e impresa).

9.- Ordenó la publicación íntegra del fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en el portal de la página web del Tribunal Supremo de Justicia, en cuyo sumario deberá indicarse lo siguiente: *“Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que, de cara al artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y esta-*

Artículo 145.- Toda modificación en las capitulaciones matrimoniales, aunque revestida de las formalidades preceptuadas en el artículo anterior, queda sin efecto respecto a terceros, si al margen de los protocolos del instrumento respectivo no se ha anotado la existencia de la escritura que contenga la modificación.

33 Artículo 144.- Para la validez de las modificaciones en las capitulaciones matrimoniales, es necesario que se registren con anterioridad a la celebración del matrimonio, de conformidad con el artículo precedente, y que todas las personas que han sido parte en las capitulaciones presten su consentimiento a la modificación.

*blece la interpretación constitucionalizante de los artículos 148 y 149 del Código Civil*³⁴, y dispuso lo indicado en los ocho ordinales precedentes.

Es decir, de acuerdo con lo determinado en la citada sentencia se pueden celebrar pactos que rijan el patrimonio de los cónyuges, previos a la celebración al matrimonio, durante este, o modificarlos una vez transcurridos cinco años de la constitución de las capitulaciones matrimoniales o de su modificación.

En caso de que los cónyuges, previo al matrimonio o durante este, no hayan celebrado capitulaciones matrimoniales, se aplicará el régimen de comunidad de gananciales previsto en el Código Civil. De acuerdo con las regulaciones establecidas para este régimen -de manera general-, los bienes adquiridos durante el matrimonio se consideran propiedad común de ambos cónyuges³⁵, lo que implica que los cónyuges tienen derecho sobre dichos bienes y que se deben dividir paritariamente, es decir a partes iguales, en caso de separación o divorcio³⁶.

4.- El matrimonio igualitario en Venezuela

Sobre el tema del matrimonio igualitario, debemos comenzar por la conclusión, en el sentido de la inexistencia de normativa -en Venezuela- que lo permita, por el contrario se encuentra vigente el artículo 44 del Código Civil, al que precedentemente se ha hecho referencia, que define al matrimonio como

34 Artículo 148.- Entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes, de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio. Artículo 149.- Esta comunidad de los bienes gananciales comienza precisamente el día de la celebración del matrimonio; cualquiera estipulación contraria será nula.

35 Los artículos 152 y 153 del Código Civil establecen diversas excepciones a la regla de la comunidad de gananciales.

36 Es de señalar que la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia número 114, dictada el 26 de marzo de 2025, declaró improcedente un recurso de casación formalizado en contra de una decisión de un Tribunal Superior que determinó que era procedente la partición de un bien inmueble adquirido por el cónyuge después de decretada la separación de cuerpos, más no de bienes porque los cónyuges al hacer la solicitud indicaron no haber adquirido bienes durante el matrimonio, indicando que continuaba la comunidad de gananciales entre los cónyuges por no haberse decretado el divorcio y por la declaración realizada por los cónyuges. Ello está en consonancia con lo decidido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia número 827 del 14 de noviembre de 2024, en la que determinó que “El vínculo conyugal no se extingue hasta que sea decretado el divorcio, y la comunidad de bienes adquiridos durante el matrimonio se extingue cuando se disuelve el matrimonio, en consecuencia, “aun cuando el demandado adquirió un inmueble con cédula de divorciado..., su vínculo matrimonial no se disolvió hasta que fue decretado el divorcio, por ende, dicho bien se encuentra dentro de la comunidad conyugal”. La misma Sala Constitucional en la sentencia 827 del 25 de octubre de 2022 dictaminó la procedencia de la demanda de partición de una comunidad conyugal, aun cuando haya habido una liquidación previamente, pero solo cuando se trate de bienes que no hubiesen sido incluidos en la primigenia liquidación.

la unión entre un hombre y una mujer; así mismo el artículo 77 constitucional dispone que se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Anteriormente hemos indicado los pronunciamientos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el sentido de que las uniones estables de hecho solamente pueden existir cuando la pareja está conformada por un hombre y una mujer,³⁷ de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución de la República. Por tanto, no existe un reconocimiento de derecho a las parejas del mismo sexo, aunque se ha establecido que las uniones homosexuales están protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, la aludida Sala Constitucional en la sentencia 190, del 28 de febrero de 2008, determinó que las uniones estables de hecho solo aplican a las parejas constituidas por un hombre y una mujer y rechazó la posibilidad de que esas uniones coexistieran entre parejas homosexuales; sin embargo, declaró que el derecho a la igualdad que recoge el artículo 21 de la Constitución es enunciativo y como tal proscribió cualquier forma de discriminación, incluso por razones de orientación sexual del individuo³⁸.

No obstante lo expuesto, debe acotarse la existencia de un proyecto de ley introducido en la Asamblea Nacional que tiene por objeto permitir el matrimonio igualitario³⁹, pero -tenemos entendido- que no ha sido objeto de discusión, posiblemente por la reserva social que se ha tenido con respecto a la homosexualidad, la que ha ido cediendo en el mundo, y Venezuela no ha sido ajena a ello, por lo que ha habido una mayor aceptación de esa realidad⁴⁰.

37 Ver nota 20. Ver artículo 77 constitucional y también el artículo 118 de la Ley Orgánica del Registro Civil, cuyo texto es el siguiente: “La libre manifestación de voluntad efectuada entre un hombre y una mujer, declarada de manera conjunta, de mantener una unión estable de hecho, conforme a los requisitos establecidos en la ley, se registrará en el libro correspondiente, adquiriendo a partir de este momento plenos efectos jurídicos, sin menoscabo del reconocimiento de cualquier derecho anterior al registro”.

38 La citada sentencia No. 190 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 28 de febrero de 2008, se refiere a la interpretación de los artículos 21 y 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en relación con las uniones de hecho estables entre personas del mismo sexo. La sentencia de referencia dispuso que la norma constitucional que protege las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer no se aplica a las uniones homosexuales, pero tampoco las prohíbe o condena.

39 El proyecto consignado se denomina “Ley de Matrimonio Civil Igualitario”.

40 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 118 dictada el 16 de marzo de 2023, declaró procedente la demanda de nulidad por razones de inconstitucionalidad, propuesta por defensor del Pueblo, en contra del último aparte del artículo 565 del Código Orgánico de Justicia Militar que castigaba a las personas que mantuvieran relaciones sexuales con personas de su mismo sexo, en ese caso a los integrantes de la Fuerza Armada Nacional. En el fallo de referencia, la Sala Constitucional dictaminó la

¿Qué es el matrimonio igualitario? Puede definirse el matrimonio igualitario como aquel derecho al que aspiran las personas del mismo sexo para contraer nupcias, lo que comportaría obtener los mismos derechos y obligaciones que corresponden a las parejas heterosexuales cuando contraen matrimonio. Sin embargo, solamente un grupo de países han legislado y aprobado leyes que permiten realizar el matrimonio igualitario⁴¹.

Al no existir la posibilidad de que se celebre el matrimonio igualitario en Venezuela, las parejas del mismo sexo que convivan de hecho, no adquieren ningún derecho ni obligación alguna derivada de la cohabitación. Por tanto, al concluir la relación no habría nada que reclamar, salvo que al adquirir algún bien se haya realizado en comunidad, caso en el cual tendrían derecho a una partición⁴². Por otra parte, tampoco la relación crearía derechos hereditarios, salvo que los que conforman la pareja hayan otorgado testamento, mediante el cual designen heredero o legatario a su pareja; sin embargo, no podrían invocar ningún beneficio fiscal.

Si la pareja del mismo sexo contrajera nupcias en un país que permita el matrimonio igualitario, estimamos que, por lo expuesto anteriormente, no tendrá valor en Venezuela, ni se permitirá el registro del acta en el Registro Civil de Venezuela. Por tanto, ninguno de los cónyuges podrá reclamar ningún derecho en el país ni se le podrán exigir obligaciones derivadas de la condición que se establece en la respectiva acta.

5.- El divorcio como forma de conclusión del matrimonio

Debe señalarse que en Venezuela durante el siglo XIX no estaba regulada la institución del divorcio, ya que esta institución fue establecida en nuestra legislación cuando se promulgó el Código Civil de 1904, lo que constituyó una novedad porque no estaba previsto en los Códigos sustantivos anteriores. Precedentemente a ello, solo se permitía la separación de cuerpos -también denomina-

norma anulada era “contraria a principios y normas constitucionales”. La disposición anulada era la única del ordenamiento jurídico que castigaba a las personas que mantuvieran relaciones sexuales con personas de su mismo sexo.

41 En el mundo solamente 39 países son los que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, de los cuales en América tenemos a Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Estados Unidos, México y Uruguay. Información, tomada de la página https://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_igualitario. Consulta realizada el 23 de abril de 2025.

42 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia número 958 del 11 de noviembre de 2022, al referirse a los procesos de partición determinó lo siguiente: “La existencia de la comunidad debe constar fehacientemente, bien de documentos que la constituyen o la prorrogan, o bien de sentencias judiciales que las reconozcan”.

do *divortium quoad thorum et cohabitationem*⁴³, lo que se reconocía como una forma de divorcio, aunque no se disolvía la ligadura conyugal, que permanecía vigente. Mientras que, a partir de la introducción del divorcio *quoad vinculum* en 1904, al que se le denominaba divorcio vincular o divorcio pleno⁴⁴, que se mantiene hasta el momento, produce jurídicamente la ruptura o disolución del vínculo matrimonial, por lo que los excónyuges pueden contraer nuevas nupcias. Es decir, en esencia, rompe la relación legal entre los esposos, devolviendo a cada uno su capacidad para celebrar otro matrimonio con terceras personas. Por tanto, puede afirmarse que con el divorcio se produce el rompimiento definitivo del vínculo matrimonial, por la intervención de una autoridad⁴⁵, a la que se asigna la potestad de disolver la unión conyugal.

Ahora bien, ¿qué es el divorcio? Puede definirse el divorcio como la decisión judicial que comporta la disolución del vínculo matrimonial, con lo cual cesan los derechos⁴⁶ y obligaciones⁴⁷ que la ley impone o los adquiridos contractualmente⁴⁸ por los cónyuges cuando contrajeron nupcias.

Debe acotarse que, cuando se instaura el divorcio en Venezuela (1904), lo que se mantuvo por casi ocho décadas, era una institución muy rigurosa y rígida, en la que solamente procedía si se fundamentaba en causales taxativamente establecidas en la ley, tales como el adulterio, abandono voluntario, la adicción alcohólica o fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común, la in-

43 Esta locución latina se puede traducir como “divorcio con respecto al lecho y la cohabitación” o “separación de cuerpos y techo”.

44 Este divorcio vincular, estableció que el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges o por divorcio declarado por sentencia firme, de acuerdo con lo previsto en el artículo 151 del Código Civil de 1904. Disposición similar la contempla el artículo 184 del vigente Código Civil.

45 En Venezuela la competencia para pronunciarse sobre el divorcio está asignada a los jueces, cuya competencia puede variar si es contencioso o voluntario; o si existen hijos sometidos a la patria potestad de los cónyuges que pretenden divorciarse. En cambio, por ejemplo, en la legislación española, se contempla en la ley de jurisdicción voluntaria 15/2015 de 2 de julio de 2015, que un matrimonio puede separarse o divorciarse ante Notario siempre y cuando se trate de un proceso consensuado y no haya hijos menores o dependientes. También en Colombia es posible divorciarse ante notario, siempre y cuando sea de mutuo acuerdo, proceso que es conocido como “divorcio notarial”.

46 Entre otros derechos que les corresponden a los cónyuges derivados del matrimonio, tenemos el de propiedad de los bienes adquiridos en el matrimonio; derecho a alimento; derechos sucesorales; etc.

47 Entre otros deberes podemos mencionar el de la cohabitación; socorro mutuo; fidelidad; proveer al sostenimiento del hogar en la medida de sus posibilidades; respetar y proteger al otro cónyuge, etc.

48 Por ejemplo, los que pueden derivarse de unas capitulaciones matrimoniales.

terdición por causa de perturbaciones psiquiátricas que hagan imposible la vida en común, la condena a presidio, sevicia e injurias graves que imposibilitaran la vida en común, lo que en la mayoría de los casos eran juicios enconados con una exacerbación desmedida. Sin embargo, con la modificación que sufrió el Código Civil en 1982, se creó la figura de divorcio - remedio, atemperando los motivos para solicitar el divorcio, como lo fue la separación de hecho de los cónyuges por más de cinco (5) años, para lo cual se legitimó a cualquiera de ellos para solicitar el divorcio, con fundamento en la ruptura prolongada de la vida en común.

Con el transcurso del tiempo y de la evolución social, se ampliaron los motivos y los procedimientos para solicitar el divorcio, y en nuestra legislación se contemplan los siguientes:

a.- La demanda contenciosa, que puede estar fundamentada en cualquiera de las causales previstas en el artículo 185 del Código Civil o en otra que se estime que impida continuar con la unión conyugal, porque dejaron de ser taxativas. En efecto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la sentencia número 693, dictada el 2 de junio de 2015, determinó que las causales de divorcio previstas en el artículo 185 del Código Civil son enunciativas y no taxativas, lo que modificó el enfoque para demandar, por divorcio, la disolución del vínculo matrimonial⁴⁹.

b.- La separación de cuerpos, por cualquiera de las causales prevista en el artículo 185 del Código Civil para el divorcio; sin embargo, como antes se expresó estas causales dejaron de ser taxativas. También se puede solicitar por mutuo consentimiento, caso en el cual el Juez declarará la separación en el mismo acto en que fuere presentada la manifestación personalmente por los cónyuges⁵⁰. El

49 En el citado fallo la Sala Constitucional dispuso lo siguiente: “REALIZA una interpretación constitucionalizante del artículo 185 del Código Civil y fija con carácter vinculante el criterio interpretativo contenido en el presente fallo respecto al artículo 185 del Código Civil y, en consecuencia, se ORDENA la publicación íntegra del presente fallo en la página web de este Tribunal Supremo de Justicia, así como en la Gaceta Judicial y la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en cuyo sumario se indicará expresamente: “Sentencia de la Sala Constitucional que realiza una interpretación constitucionalizante del artículo 185 del Código Civil y establece, con carácter vinculante, que las causales de divorcio contenidas en el artículo 185 del Código Civil no son taxativas, por lo cual cualquiera de los cónyuges podrá demandar el divorcio por las causales previstas en dicho artículo o por cualquier otra situación que estime impida la continuación de la vida en común, en los términos señalados en la sentencia N° 446/2014, ampliamente citada en este fallo; incluyéndose el mutuo consentimiento”.

50 La Sala de Casación Civil, mediante sentencia número 712 proferida el 17 de noviembre de 2014, contrariando lo establecido en los artículos 189 del Código Civil y 762 del Código de Procedimiento Civil que requieren que la separación de cuerpos por mutuo consentimiento debe ser solicitada personalmente por los cónyuges, decidió que la solicitud puede

artículo 190 *eiusdem*, autoriza que, en todo caso de separación de cuerpos, cualquiera de los cónyuges puede solicitar la separación de bienes.

La separación de cuerpos suspende la vida común de los cónyuges, tal como lo establece el artículo 188 del Código Civil.

c.- Separación prolongada de los cónyuges; es decir, cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de cinco (5) años. En este supuesto, cualquiera de ellos podrá solicitar el divorcio, alegando ruptura prolongada de la vida en común⁵¹. Ello está contemplado en el artículo 185-A del Código Civil.

La aludida norma establece el procedimiento que debe seguirse cuando alguno de los cónyuges solicite el divorcio con fundamento en la separación prolongada, a saber: Admitida la solicitud, el Juez librará sendas boletas de citación al otro cónyuge y al Fiscal del Ministerio Público, enviándoles, además, copia de la solicitud. El otro cónyuge deberá comparecer personalmente ante el Juez en la tercera audiencia después de citado. Si reconociere el hecho y si el Fiscal del Ministerio Público no hiciere oposición dentro de las diez audiencias siguientes, el Juez declarará el divorcio en la duodécima audiencia siguiente a la comparecencia de los interesados. Si el otro cónyuge no compareciere personalmente o si al comparecer negare el hecho, o si el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante la sentencia número 446 dictada el 15 de mayo de 2014, modificó el procedimiento de divorcio contemplado en el artículo 185-A y estableció que, cuando alguno de los cónyuges alega la separación de hecho por más de cinco años, si el otro cónyuge negare el hecho, no se declarará terminado el procedimiento, sino que se transformará en un procedimiento contencioso, pudiendo el solicitante comprobar que la separación alegada se prolongó efectivamente por un lapso mayor de cinco años. Demostrada dicha separación, el juez debe decretar el divorcio sin que el otro cónyuge tenga el derecho de mantener el matrimonio contra la voluntad del cónyuge solicitante.

d.- El divorcio por desafecto⁵², el que coloquialmente es conocido como el “divorcio exprés”, por lo veloz del procedimiento. El fundamento del divorcio

ser presentada por medio de apoderado judicial expresamente facultado al efecto, lo que efectivamente se ha realizado. En caso de que la solicitud sea presentada por un extranjero que hubiere contraído matrimonio en el exterior, deberá acreditar constancia de residencia de diez (10) años en el país.

51

52 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante la sentencia número 1070 dictada el 9 de diciembre de 2016, estableció que el desafecto y la incompatibilidad

por desafecto está constituido por la pérdida del “*Affectio Maritalis*”⁵³; es decir, ambos cónyuges o uno de ellos considera que la vinculación sentimental que los unía y mantenía el matrimonio desapareció, por lo que no desea continuar con la ligadura conyugal⁵⁴.

No existe regulación alguna que reglamente el procedimiento del divorcio por desafecto; simplemente, la forma de llevarlo a cabo ha sido una creación jurisprudencial, cuyas características más relevantes son las siguientes:

1.- La solicitud puede ser unilateral; es decir, el divorcio por desafecto lo puede pedir cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de que el otro cónyuge manifieste su conformidad, por lo que no es necesario que firme el escrito por medio del cual se solicita.

2.- Es un procedimiento expedito, sin complicación alguna. No se exige un contradictorio o debate judicial complejo⁵⁵. Por tanto, procederá el divorcio a pesar de que el cónyuge no solicitante se oponga, ya que no es necesario el consentimiento de ambos cónyuges,⁵⁶ simplemente debe estar enterado de la existencia del procedimiento.

3.- El solicitante no tiene la carga de demostrar que el otro cónyuge cometió una falta o incumplió sus obligaciones conyugales. Como quiera que el alegato es la pérdida del afecto hacia el otro cónyuge, lo que constituye una emoción interna del ser humano que no es posible probarla.

de caracteres constituyen causales de divorcio y que la manifestación que en ese sentido efectúe uno de los cónyuges es causal para que se pronuncie el divorcio.

53 El “*Affectio maritalis*” en el Derecho Romano se refería a la intención matrimonial; en otras palabras, la voluntad de los cónyuges de vivir juntos como marido y mujer, asumiendo los derechos y obligaciones que se derivaban de ello.

54 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante la sentencia número 1070 dictada el 9 de diciembre de 2016, definió el desafecto como la pérdida gradual del apego sentimental, habiendo una disminución del interés en el otro, que conlleva a una sensación creciente de apatía, indiferencia y de alejamiento emocional, lo que con el tiempo lleva a que los sentimientos positivos que existían hacia el cónyuge o la cónyuge cambien a sentimientos negativos o neutrales.

55 La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la sentencia número 136 proferida el 3 de marzo de 2017, estableció que cuando uno de los cónyuges manifieste la incompatibilidad de caracteres o el desafecto para con el otro, el procedimiento de divorcio no requiere de un contradictorio, ya que es suficiente el deseo de no seguir en matrimonio por parte del cónyuge solicitante para que se decrete el divorcio.

56 En ese sentido se pronunció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia número 1070 proferida el 9 de diciembre de 2016.

4.- La sentencia que declare el divorcio por desafecto, obviamente, disuelve el matrimonio, lo que permite a los excónyuges contraer nuevas nupcias.

5.- Se considera que el procedimiento de divorcio por desafecto es de mero derecho y no contencioso⁵⁷, por lo que no se le concede a la sentencia que disuelva el vínculo matrimonial por ese trámite, ningún recurso ordinario o extraordinario⁵⁸.

6.- Conclusiones

Con vista de lo expuesto, considero que podemos establecer las conclusiones siguientes:

1.- Es muy limitada la doctrina jurisprudencial en materia de matrimonio y familia.

2.- La familia –de acuerdo con la normativa constitucional- es objeto de protección, por ser la asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas.

57 La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia No. 136, proferida el 30 de marzo de 2017, asumió el criterio de la Sala Constitucional del Alto Tribunal de la República y determinó que el procedimiento a seguirse en caso de que se alegue como fundamento del divorcio el desafecto o la incompatibilidad de caracteres debía tramitarse por el procedimiento de jurisdicción graciosa o voluntaria» previsto en los artículos 895 al 902 del Código de Procedimiento Civil.

58 La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia No. 389, proferida el 28 de abril de 2023, reiteró que el procedimiento por desafecto no es contencioso. La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia número 2 dictada el 30 de enero de 2019, basándose en doctrina vinculante de la Sala Constitucional determinó que esa misma Sala mediante decisión No. RH 305, de fecha 18 de mayo de 2017, expediente No.17-312, ratificó la imposibilidad que tienen las partes en los procedimientos de divorcio por causal de desafecto de proponer el recurso ordinario de apelación, debido a que este tipo de procedimiento, además de ser de mero derecho y no contencioso, no tienen previsto en nuestro ordenamiento jurídico medio recursivo alguno, ni ordinario, ni extraordinario. A dicha decisión se le ha criticado, porque se considera que el principio de doble instancia es un derecho humano, consagrado en varios instrumentos internacionales -Art. 14, 5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Art. 8, inciso 2, literal h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- por lo que la existencia de un juicio de mero derecho no es motivo suficiente para derogar dicha garantía, por ello, se ha considerado que dicho criterio es una violación del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la Sala de Casación Social mediante sentencia No. 209 de fecha 17 de junio de 2024, admitió el avocamiento en un juicio de divorcio por desafecto seguido por ante el Tribunal 2ª de primera instancia de mediación, sustanciación y ejecución del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por irregularidades procesales.

3.- El matrimonio que se reconoce en Venezuela, es el contraído entre un solo hombre y una sola mujer.

4.- La edad para contraer válidamente matrimonio en Venezuela es la de dieciséis años, de acuerdo con lo establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la sentencia número 1.353 proferida el 16 de octubre de 2014.

5.- En la legislación se contemplan prohibiciones para contraer matrimonio por parentesco o por impotencia manifiesta y permanente.

6.- Se reconoce -con efectos jurídicos- la convivencia estable de una pareja, tutelada bajo la figura del concubinato o relación estable de hecho.

7.- La unión matrimonial y la unión estable de hecho generan una comunidad de gananciales y derechos sucesorales para los cónyuges o las parejas.

8.- En la unión conyugal o en la unión estable de hecho se pueden celebrar capitulaciones matrimoniales.

9.- El matrimonio igualitario no existe en Venezuela; así mismo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, determinó que las uniones estables de hecho solo aplican a las parejas constituidas por un hombre y una mujer.

10.- Las parejas del mismo sexo que convivan de hecho, no adquieren ningún derecho ni obligación alguna derivada de la cohabitación.

11.- El divorcio es la decisión judicial que comporta la disolución del vínculo matrimonial. En Venezuela se puede proponer de manera contenciosa; por separación de mutuo acuerdo; por separación prolongada o por desafecto.

7.- Bibliografía

YANNUZZI RODRÍGUEZ, Salvador. “¿Es posible cambiar el nombre y apellido de las personas naturales en Venezuela?” En *Libro Homenaje a Eugenio Hernández-Bretón. Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Caracas. 2017.

Páginas web consultadas

https://www.google.com/search?q=Cuando+la+inglesia+car%C3%B3lica+estableci%C3%B3+que+en+las+parroquias+deb%C3%ADan+llevase+los+libros+de+abutizo%2C+matrimonio+y+defunci%C3%B3n&oeq=Cuando+la+inglesia+car%C3%B3lica+estableci%C3%B3+que+en+las+parroquias+deb%C3%ADan+llevase+los+libros+de+abutizo%2C+matrimonio+y+defunci%C3%B3n&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIHCAEQIRiPAjIHCAIQIRiPAtdBCjUzNzY0ajFqMTWoAgiwAgHxBU-W_ArTOh-4&sourceid=chrome&ie=UTF-8.

“Nulidad de matrimonio por impotencia”. CIJUL en línea. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr>. <https://es.slideshare.net/slideshow/impotencia-manifiesta-y-matrimonio-art-47-del>

codigo-civil-venezolano/234567002. https://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_igualitario. Consulta realizada el 23 de abril de 2025.

Régimen jurídico de las startups desde la perspectiva de la Constitución de Venezuela de 1999

Francisco A. Gámez Arcaya¹

1. Introducción

Por casi un siglo, la economía venezolana se ha basado en la renta petrolera. En la última década, esa condición de país petrolero ha venido en declive y Venezuela enfrenta ahora la urgente necesidad de abrir campo a nuevos frentes en su economía para alcanzar sostenibilidad y desarrollo. En este escenario, las *startups*, junto a toda forma de emprendimiento, surgen como formas de innovación, generación de empleo y creación de valor en sectores no tradicionales.

Como punto preliminar, es importante distinguir, a efectos de este estudio, los términos *startup* y emprendimiento. El anglicismo *startup*² se refiere a un ámbito más restringido y específico de los emprendimientos en general. En la actualidad, las *startups* se refieren a proyectos empresariales que buscan desarrollar modelos de negocio innovadores y escalables, usualmente basados en tecnología.

Las estructuras corporativas clásicas, como la compañía anónima (C.A.) y la sociedad de responsabilidad limitada (S.R.L.), si bien han sido la base del derecho mercantil venezolano, pudieran resultar en fórmulas rígidas para las necesidades dinámicas y flexibles de los startups. Estas estructuras tradicionales pueden obs-

- 1 * Abogado, Universidad Católica Andrés Bello, 1997. Especialista en Derecho Financiero, Universidad Católica Andrés Bello, 2000. Magíster en Leyes, Universidad de Cornell, NY, EE.UU., 2001. Magíster en Leyes, Universidad de Toronto, Ontario, Canadá, 2016. Profesor de Grupo de Sociedades y Mercado de Capitales y Derecho Civil III - Obligaciones, Universidad Monteávila (2003-2013). Socio cofundador, *Chief Legal Officer*, *Chief Culture Officer* y secretario de la junta directiva de La Wawa Holding Company.
- 2 “Utilizado por primera vez en la década de 1930 por Joseph Schumpeter, un economista austriaco-estadounidense, para describir empresas recién fundadas que se caracterizaban por la innovación y la creatividad.” FasterCapital (s.f.). La historia de las startups. Faster Capital. Disponible en: <https://fastercapital.com/es/contenido/La-historia-de-las-startups.html#:~:text=Startups%20y%20tecnolog%C3%ADa,-Una%20Start%20Dup&text=El%20tr%C3%A9mino%20fue%20utilizado%20por,la%20innovaci%C3%B3n%20y%20la%20creatividad>. Consultado en fecha: 3 de mayo de 2025.

taculizar la rápida adaptación a los cambios del mercado, la atracción de inversión de riesgo y la implementación de modelos de gestión ágiles.

Por otro lado, las actuales dificultades administrativas en la ejecución de los trámites burocráticos regulares, la presión fiscal, la excesiva regulación de la economía y la ausencia de un marco legal específico y favorable para las *startups* puede generar incertidumbre jurídica, incrementar costos, dificultar el acceso al financiamiento, limitar la protección de la propiedad intelectual y frenar el crecimiento y la competitividad de las *startups*. Esto, a su vez, pudiera generar un impacto negativo en el potencial de actores, tanto locales como extranjeros, que desean participar activamente en el desarrollo de emprendimientos o *startups* que a todas luces tendrían un impacto positivo en la reactivación económica del país.

Resulta importante abordar este tema con profundidad, ya que el desarrollo de un entorno legal y administrativo propicio que promueva decididamente este tipo de emprendimientos puede ser un catalizador para la transformación económica y la generación de nuevas oportunidades en Venezuela. Este trabajo pretende ser un modesto aporte que aborda alguna de las aristas antes mencionadas y presenta una idea general de los elementos prácticos que se incorporan sobre las estructurales legales corporativas de las *startups* en Venezuela.

2. Marco constitucional referencial y la Ley para el fomento y desarrollo de nuevos emprendimientos

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 consagra principios fundamentales que sustentan y habilitan la iniciativa privada y el desarrollo de la actividad económica. En particular, el artículo 112 garantiza el derecho a la libertad económica, estableciendo que “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social”. En su trabajo “Principios de la Constitución Económica y la acción administrativa del Estado en Venezuela”³, el profesor Allan Brewer-Carías distingue las categorías de: i) constitución política, como aquellos aspectos constitucionales enfocados en la regulación del Estado; ii) constitución social y de las personas, referida a los derechos y deberes de los ciudadanos y su relación con el Estado y la sociedad; y, finalmente, iii) constitución económica, que establece los principios que rigen las relaciones económicas y el papel que le

3 Allan R. Brewer-Carías, “Principios de la Constitución Económica y la Acción Administrativa del Estado en Venezuela.” 2003, <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2023/11/1392.-BREWER-CARIAS.-PRINCIPIOS-DE-LA-CONSTITUCION-ECONOMICA-PARA-LA-ACCION-DEL-ESTADO.-VENEZUELA-2003.pdf>. Consultado en fecha: 3 de mayo de 2025.

corresponde tanto al Estado como a la iniciativa de los particulares. En este marco, encontramos que el citado artículo 112 constitucional, insertado en el ámbito de la constitución económica, consagra el principio de libertad económica. Esta libertad, como tantas otras, contiene limitaciones propias que, autorizadas por la ley, deben estar en consonancia con los demás principios constitucionales y en línea con “el desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del medio ambiente u otras de interés social.”

Por otro lado, en conexión con el citado artículo, el artículo 115 de la Constitución consagra el derecho a la propiedad privada, así: “Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes.”. Se proporciona así, desde el marco regulatorio fundamental, una base legal suficiente para el desarrollo de emprendimientos en general y *startups* en particular. Sin embargo, su interpretación jurisprudencial y en sede administrativa, así como la creación y aplicación de normas con perfiles excesivamente intervencionistas en la economía venezolana, dentro del contexto socioeconómico y político actual, plantean grandes desafíos para las iniciativas empresariales privadas. Por ello, más allá del texto constitucional, es necesario analizar cómo se equilibran estos derechos fundamentales con la función social de la propiedad y la intervención del Estado en la economía venezolana.

La natural tensión entre la necesidad racional de una regulación estatal que proteja el interés público (e.g., sanidad, protección del medio ambiente, promoción de la libre competencia) y la necesidad de un marco legal flexible que promueva la innovación y la libertad empresarial constituye un tema central en este análisis. Cuando esa regulación estatal excede su justificación en el ámbito del interés público y amplía su radio de acción, se generan condiciones de imprevisibilidad en el ámbito económico. Todo ello obstaculiza el desarrollo sostenido de modelos empresariales que generen empleo y riqueza y estimula, como contrapartida, las iniciativas de índole especulativas y cortoplacistas.

El 15 de octubre de 2021 entró en vigencia la Ley para el fomento y desarrollo de nuevos emprendimientos⁴ cuyo objeto, según su artículo 1, es: “promover el desarrollo de nuevos emprendimientos y una cultura emprendedora orientada al aumento y diversificación de la producción de bienes y servicios, el despliegue de innovaciones y su incorporación al desarrollo económico y social de la Nación.”. Siendo que la categoría de *startup* que nos ocupa está incluida en el concepto más amplio de emprendimiento, esta ley pudiera ser de relevancia para el sistema regulatorio de las *startups*.

4 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.656 del 15 de octubre de 2021.

Es de hacer notar que la citada ley, en sus postulados iniciales referentes a su objeto, finalidades, principios, derechos a emprender y obligaciones del Estado, omite desarrollar desde el punto de vista del interés del empresario, la importancia de generar riqueza, potenciar la creatividad y la iniciativa, así como asegurar la predictibilidad en clima propicio de la inversión. Por el contrario, el legislador encuadra la ley desde la planificación central de la economía, la justa distribución de la riqueza, la creación de bienes y servicios para satisfacer las necesidades de la población, la justicia social, la independencia económica y tecnológica nacional, entre otros. Si se fomenta la iniciativa, la generación de riqueza, la protección del capital y de la propiedad, así como la maximización de la ganancia, se configura un clima que estimula la inversión y el crecimiento, dando como resultado la creación sostenible de bienes y servicios, la mejoría de los precios por la sana competencia, el desarrollo tecnológico y, en resumen, el bienestar económico y la mejora de los índices generales de la economía nacional.

El artículo 4 de la Ley para el fomento y desarrollo de nuevos emprendimientos define emprendimiento como toda actividad económica con fines de lucro, desarrollada por una o más personas, que se encuentre en sus fases iniciales de desarrollo que, de acuerdo con la ley, es de hasta dos años, y que adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro Nacional de Emprendimiento. En este último particular vale mencionar que el artículo 16 de la citada ley establece de obligatorio cumplimiento el registro del emprendimiento en el Registro Nacional de Emprendimientos, cuyo cumplimiento, además, otorga personalidad jurídica al mismo. La ley omite profundizar qué tipo de personalidad jurídica adquiere el emprendedor que se inscribe en el referido registro, y las particularidades de esos atributos. Sin embargo, esta personalidad jurídica luce como una condición transitoria toda vez que el artículo 17 establece que el emprendedor que ha ejecutado dicha inscripción debe, transcurrido dos años desde el momento del registro, adoptar alguna de las “figuras jurídicas establecidas en el código de comercio y demás leyes aplicables” e inscribirse en el Registro Mercantil correspondiente. Siendo la inscripción en el Registro Nacional de Emprendimientos un requisito indispensable para gozar de los beneficios que la ley otorga y de los que nos referiremos más adelante, según lo dispone el mismo artículo 16, se entiende que el ámbito de aplicación del régimen que establece la Ley para el desarrollo de los emprendimientos se refiere a las etapas tempranas de los primeros dos años de vida desde su constitución.

En líneas generales, los beneficios que la ley otorga a los emprendimientos inscritos, serían: i) el acceso a financiamiento, promoviendo el acceso a créditos y otros esquemas de apoyo financiero a través de instituciones públicas y privadas; ii) incentivos fiscales, puesto que se contempla la creación de exenciones o reduc-

ciones en el pago de ciertos impuestos durante los primeros años de actividad; iii) simplificación de trámites, en los que se busca reducir la burocracia y facilitar los procesos administrativos para la creación y operación de los emprendimientos; iv) apoyo técnico y capacitación, puesto que se prevé la creación de programas de formación y asesoramiento para emprendedores; v) promoción y comercialización, impulsando iniciativas para dar a conocer y facilitar la comercialización de los productos y servicios de los emprendimientos; y, vi) acceso a mercados públicos, facilitando la participación de los emprendimientos en las compras del Estado.

Vale decir que la ley comentada plantea beneficios que están condicionados a la acción administrativa del Estado, mediante la creación de incentivos de diversa índole y creación de estructuras destinadas a su otorgamiento.

3. Contexto venezolano de los emprendimientos en general

El Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (IIES) de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), el Banco Central de Venezuela (BCV), el Instituto Nacional de Estadística (INE) y estudios de organizaciones internacionales (e.g., Banco Mundial, Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL) proporcionan información cuantitativa y cualitativa sobre el volumen de emprendimientos, su distribución por sectores, su tasa de persistencia, su contribución al Producto Interno Bruto (PIB) y los principales desafíos que enfrentan.

Es también relevante el análisis que estas instituciones hacen de las tendencias del ecosistema emprendedor venezolano, el impacto de la desaceleración económica continúa, los episodios de hiperinflación, la devaluación, las sanciones internacionales y los efectos de la pandemia del COVID-19. Estas circunstancias han generado un entorno de incertidumbre y volatilidad sostenido en el tiempo, pero también una oportunidad de nuevos espacios de emprendimiento con rasgos innovadores que están llamados a satisfacer necesidades básicas de bienes y servicios de la población.

Los sectores de alimentos y bebidas, los servicios de salud y profesionales en general, los medios de pago y el comercio minorista siguen siendo importantes focos de emprendimiento en Venezuela. Esto se debe, en parte, a la necesidad de cubrir demandas básicas de la población. Así mismo, se ha experimentado un crecimiento en el área de tecnología y comercio electrónico, que apunta al nacimiento de *startups* que buscan penetración masiva en la economía. La pan-

demia aceleró la adopción de herramientas digitales y abrió oportunidades en este ámbito⁵.

La contracción económica que viene padeciendo el país producto del declive de la producción petrolera, apuntan al crecimiento de emprendimientos de tipo *startups* en el sector tecnológico que dinamiza la oferta y potencia la calidad de servicios tradicionales como el transporte, el comercio y el crédito. Aunado a esta circunstancia, nos encontramos con el deterioro de salarios en el empleo formal y la desinversión, que han forzado a gran parte de la fuerza laboral del país a innovar en la generación de fuentes de ingreso adicionales producto del autoempleo. El Banco Mundial, utilizando estimaciones modeladas por la Organización Internacional del Trabajo, reportó que para el 2023, el 70,91% del empleo en Venezuela se encontraba circunscrito al sector de servicios en 2023. Si bien este dato no especifica ni distingue entre empleo formal e informal, el sector de servicios suele tener una alta proporción de empleo informal⁶.

Un dato reciente de Banca y Negocios (junio 2024) señala que solo el 5% de los emprendimientos en Venezuela se convierten en empresas formales. Esto sugiere que, si bien hay una alta actividad emprendedora, impulsada por los factores ya comentados, su impacto directo en el crecimiento del empleo formal a gran escala es limitado⁷. Así mismo, el más reciente informe del *Global Entrepreneurship Monitor* (GEM) Venezuela (2022-2023)⁸ indica que el 64,9% de los emprendimientos en Venezuela consisten en microempresas que cuentan con un personal que oscila entre 1 y 5 empleados. Si bien estas microempresas generan empleo, su contribución individual al crecimiento del empleo formal es modesta en comparación con industrias o empresas establecidas o que posean altos niveles de inversión. El mencionado Informe GEM Venezuela 2022-2023 observa que el 91% de los emprendimientos surgen por necesidad de subsistencia de los emprendedores que los inician. Esto supone que una parte importante de la actividad emprendedora en el país está abocada a la generación de ingresos inmediatos y no tanto a la creación de estructuras corporativas formales que requieren inversión y reinversión de sus eventuales utilidades y que son las que cuentan con potencial de crecimiento significativo del empleo.

5 Disponible en <https://elestimulo.com/elinteres/economia/2025-02-03/sectores-venezuela/> Consultado el 14 de mayo de 2025.

6 Disponible en <https://tradingeconomics.com/venezuela/employment-in-services-percent-of-total-employment-wb-data.html> Consultado el 14 de mayo de 2025.

7 Disponible en <https://www.bancaynegocios.com/exclusivo-solo-5-de-los-emprendimientos-se-convierten-en-empresas-formales-en-venezuela/> Consultado el 14 de mayo de 2025

8 A. Freitez, , P. Monteferrante, A. Rodríguez, D. Marotta, E. Ojeda, G. García, ;;M. G. Ponce, , & L. Lauriño, *Informe GEM Venezuela 2022-2023: Emprendimiento en Venezuela: Desafíos, Transformaciones y Oportunidades*. UCAB – IESA, 2024.

En el Índice de Libertad Económica 2025 de *The Heritage Foundation*⁹ Venezuela obtuvo un puntaje de 27.6, lo que la ubica en la posición 174 de 184 economías evaluadas. Este puntaje la clasifica como una economía reprimida. El índice evalúa la libertad económica basándose en cuatro pilares principales: estado de Derecho, tamaño del gobierno, eficiencia regulatoria y apertura de mercado. El puntaje de Venezuela refleja debilidades significativas en estos pilares, de la siguiente manera: a) Estado de Derecho (*property rights, judicial effectiveness, government integrity*): Venezuela históricamente ha obtenido bajos puntajes en esta área debido a la débil protección de los derechos de propiedad, la inseguridad jurídica por las ineficiencias del sistema judicial y la alta percepción de corrupción; b) Tamaño del gobierno (*government spending, tax burden, fiscal health*): Con un gasto público históricamente desproporcionado, una presión fiscal compleja de entender y, en ocasiones, confiscatoria, que se nutre de numerosas contribuciones fiscales y parafiscales retenidas en la fuente, y una deficiente salud fiscal y monetaria contribuyen al bajo puntaje en este pilar. La intervención estatal en diversos sectores de la economía también es un factor relevante para la puntuación en este rubro; c) Eficiencia regulatoria (*business freedom, labor freedom, monetary freedom*): la economía venezolana enfrenta serias deficiencias en la libertad empresarial debido a la excesiva burocracia, regulaciones excesivas y onerosas y la dificultad para obtener permisos. La rigidez del mercado laboral y la inestabilidad monetaria (hiperinflación histórica y controles de cambio) también impactan negativamente; y, d) Apertura de mercado (*trade freedom, investment freedom, financial freedom*): Las restricciones al comercio internacional, las limitaciones a la inversión extranjera y los estrictos controles en general han afectado gravemente la apertura de mercado en Venezuela. La falta de un sistema financiero sólido y confiable representa también un obstáculo significativo.

Por otro lado, en el último informe *Doing Business 2020* del *World Bank*¹⁰, que obtuvo datos hasta mayo de 2019, Venezuela se ubicó en la posición 188 de 190 economías evaluadas. Su puntaje de facilidad para hacer negocios fue significativamente bajo. El bajo ranking de *Doing Business* de Venezuela reflejó dificultades extremas en prácticamente todas las áreas:

- Establecimiento de nuevos negocios: procesos largos, costosos y burocráticos.
- Permisos de construcción: trámites complejos y demoras significativas.
- Suministro eléctrico: conexiones costosas y problemas de suministro.
- Registro de propiedades: procesos lentos e inseguridad jurídica.

9 Disponible en <https://www.heritage.org/index/pages/country-pages/venezuela> Consultado el 14 de mayo de 2025.

10 Disponible en <https://archive.doingbusiness.org/en/data/exploreconomies/venezuela> Consultado el 14 de mayo de 2025.

- Obtención de crédito: sistemas de crédito débiles y falta de información crediticia.
- Protección a inversionistas minoritarios: marcos legales débiles para la protección de los inversores.
- Pago de impuestos: sistema tributario complejo y alta carga administrativa.
- Exportaciones: procesos aduaneros ineficientes y costos elevados.
- Cumplimiento de contratos: sistema judicial lento e ineficaz.
- Regulación de quiebras e insolvencias: procesos largos, un marco legal en desuso y bajos índices de recuperación.

Las restricciones en la libertad económica y la dificultad para ejecutar operaciones comerciales formales de manera regular y sencilla representan barreras sustanciales para el desarrollo del sector privado en general y de los emprendimientos en particular, así como la creación de empleo formal a gran escala. Resulta urgente proporcionar un ambiente económico propicio y marco regulatorio estable, claro y sencillo que habilite a los emprendedores de condiciones más favorables para su formalización, funcionamiento y escalabilidad. Así mismo, es notable la capacidad creadora y resiliente del emprendedor venezolano que, frente a las serias dificultades, potencia su talento innovador para generar recursos de una economía más pequeña y con interferencias sistémicas.

4. Marco legal mercantil de las startups

4.1 Estructuras corporativas y societarias

El Código de Comercio venezolano¹¹ establece el marco normativo general de la actividad mercantil. Los actos objetivos y subjetivos de comercio, los tipos de sociedades mercantiles y su regulación, así como las obligaciones y contratos de índole mercantil son la materia principal de este cuerpo normativo. En esta sección, hacemos un desarrollo descriptivo básico de los elementos iniciales en la formalización de los emprendimientos, en base a las disposiciones del Código de Comercio y la práctica general.

Venezuela ofrece varias estructuras societarias que adquieren personalidad jurídica propia si se cumplen las formalidades de ley. Los tipos societarios más pertinentes son la compañía o sociedad anónima (C.A. o S.A.) y la sociedad de responsabilidad limitada (S.R.L.) y, en algunos casos, incluso están disponibles

11 Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela No. 475, del 21 de diciembre de 1955.

figuras más simples como la sociedad civil, si el objeto social del emprendimiento no es mercantil de forma habitual, tal y como los servicios profesionales civiles. Nos enfocaremos en la primera por ser la más común en el ámbito mercantil.

La compañía o sociedad anónima (C.A. o S.A.) es la sociedad de capital por excelencia, siendo “aquella que tiene un capital dividido en acciones, funciona bajo el principio de la falta de responsabilidad de los socios por las deudas sociales y está regida democráticamente”¹². Para su constitución se requiere un mínimo de dos accionistas, aunque luego de su formación e inscripción en el Registro Mercantil respectivo pueden poseer un solo accionista que sea titular de la totalidad de las acciones que componen su capital social. La división en acciones facilita la entrada y salida de inversionistas mediante la compraventa de acciones o los aumentos de capital. Estas sociedades poseen dos niveles de gobierno, la asamblea de accionistas que actúa como ente supremo y rector de la sociedad y la junta directiva que es el cuerpo responsable de la supervisión directa de la gestión. Sus estatutos sociales son el marco regulatorio básico de su funcionamiento. Es común suscribir acuerdos de accionistas que suplen o desarrollan cláusulas estatutarias a fin de otorgar derechos o plantear regulaciones necesarias para el mejor funcionamiento, lo cual abordaremos más adelante.

A partir de la falta de actualización legislativa en la materia¹³, y desde la observación del Derecho comparado, se hacen presentes nuevas formas jurídicas o la adaptación de las existentes para satisfacer mejor las necesidades de las *startups*. Inspirándose en modelos internacionales como las Sociedades por Acciones Simplificada (SAS) en Colombia u otros países, se podría configurar un tipo societario específico para *startups* que podría ofrecer una mayor flexibilidad en la estructura de capital, facilitando la emisión de diferentes clases de acciones junto a acuerdos de adquisición progresiva de acciones, el llamado “*vesting*” y opciones de acciones para empleados. Del mismo modo, podría considerarse un gobierno corporativo más simplificado que permita acuerdos de gobernanza más flexibles y adaptados al tamaño y fase de la *startup*. Así mismo, se aspiraría a que dichas sociedades cuenten con unos costos de constitución reducidos y procesos de formalización más ágiles y económicos. Finalmente, que la misma estructura de la

12 A. Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II. Las sociedades mercantiles, Manuales de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1986, p. 575.

13 “En Venezuela nos hemos mantenido rezagados en la atención de la organización societaria, porque salvo las modificaciones efectuadas en 1955, Venezuela no dispone de una ley actualizada que regule el funcionamiento de las sociedades de comercio en general y, en particular, a las sociedades anónimas.”, J. G. Lander, S., & S. R. Y. Rodríguez, *La fracción de la acción de las sociedades anónimas. Libro homenaje al doctor Humberto Romero-Muci*, p. 2177.

sociedad pudiera reconocer aportes no dinerarios que cuantifiquen el trabajo y el conocimiento aportado por los fundadores como parte del capital de la sociedad.

4.2 Gobierno corporativo

El gobierno corporativo, en el contexto de una *startup*, se refiere al conjunto de principios, normas y prácticas que regulan la estructura y el funcionamiento del negocio, así como las relaciones entre sus órganos de gobierno (fundadores, junta directiva, gerencia), accionistas, empleados y otros grupos de interés (*stakeholders*). Para una *startup* que busca escalabilidad y una posible expansión de sus operaciones, es crucial la implementación de principios de buen gobierno corporativo y buenas prácticas desde las etapas tempranas de su constitución. Tal vez el reto principal del emprendedor está en saber poner el foco en el modelo de negocio, pero a la vez custodiar las formalidades de gobierno que le permitan, en el mediano y largo plazo, crecer de forma estable y con reglas claras. Todo ello contribuye a la armonía entre accionistas fundadores y futuros, así como a la profesionalización de la gestión a todo nivel.

Los principios clásicos de gobierno corporativo se diseñaron bajo la concepción de grandes corporaciones que deben armonizar los distintos niveles e instancias de gobierno. Sin embargo, sus fundamentos son aplicables a los ecosistemas internos de las *startups*, adaptados a su tamaño y etapa de vida. Organismos como la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos)¹⁴ establecen principios rectores de gobierno corporativo que, aunque no vinculantes, sirven como referencia de mejores prácticas a nivel global.

Estos principios sugeridos por la OCDE son:

- Protección de los derechos de los accionistas: asegurar un trato equitativo para todos los accionistas, incluidos los minoritarios. Esto implica respetar sus derechos a la información, a participar y votar en las decisiones relevantes, y a recibir su cuota parte de los beneficios (en caso de haberlos).
- Responsabilidades de la junta directiva: la junta directiva (o el órgano de administración equivalente) es responsable de la dirección estratégica de la empresa, la supervisión de la gestión y la rendición de cuentas a los accionistas. Debe actuar con diligencia, lealtad e independencia.
- Transparencia y divulgación: la empresa debe ser transparente en sus operaciones, situación financiera y estructura de propiedad. La información relevante debe comunicarse de manera clara y oportuna a los interesados.

14 OECD, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 2023*, OECD Publishing, París, 2024. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/fb38c737-es>.

- Rendición de cuentas (*accountability*): los órganos de gobierno y la gerencia deben ser responsables por sus actos y decisiones ante los accionistas y, en un sentido más amplio, ante otros *stakeholders*. Debe existir un sistema que permita evaluar y responsabilizar a quienes toman las decisiones.
- Ética empresarial: promover una cultura de integridad y comportamiento ético en toda la organización. Esto implica definir valores, establecer códigos de conducta y asegurar que las decisiones se tomen de manera honesta y justa.
- Gestión de riesgos: identificar, evaluar y gestionar activamente los riesgos a los que se enfrenta la *startup* (financieros, operativos, legales, reputacionales, tecnológicos). La junta directiva debe tener una función de supervisión en esta área.
- Roles y responsabilidades: definir las funciones y responsabilidades de cada órgano y persona dentro de la estructura de gobierno (fundadores, gerencia, directores).

La incorporación de estos principios en la vida de las *startups* es posible mediante la creación de documentos, acuerdos y lineamientos que los adopten como vinculantes dentro de las estructuras organizativas de cada empresa, así como mediante la implementación adecuada de una cultura organizacional que modelen conductas y promuevan comportamientos alineados con estos.

Por otra parte, las estructuras formales de gobierno de una *startup* deben ser escalables y progresivas, a fin de poder adaptarse a la evolución de la *startup*. Por consiguiente, la junta directiva (o consejo de administración), en su etapa inicial, consiste principalmente en los fundadores. Puede complementarse con un consejo consultivo (*advisory board*), compuesto por expertos o mentores que brindan asesoría estratégica, pero sin responsabilidad legal ni control formal. Esto es más flexible y menos oneroso que una junta directiva formal que involucre a personas que no forman parte de la concepción original del modelo de negocio. Seguidamente, en una etapa posterior de crecimiento, luego de la incorporación de inversionistas, se hace prioritario establecer una junta directiva más formal y funcional en la que se suelen incluir a los fundadores y ejecutivos clave, los representantes de los inversores principales y algunos miembros independientes con experiencia relevante que no tengan relación directa con la gestión o los inversionistas.

El buen gobierno corporativo no es un accesorio o una excentricidad para las *startups*, sino una necesidad estratégica. En el contexto venezolano, donde el marco legal general para sociedades privadas puede ser menos detallado en aspectos

específicos de gobernanza interna, la implementación de mejores prácticas basadas en principios internacionales y la formalización de acuerdos adquieren una relevancia particular. Adoptar la transparencia, la rendición de cuentas, la ética y la gestión de riesgos desde etapas tempranas, y adaptar la estructura de gobierno (junta directiva, posibles comités, controles internos) a la evolución de la startup, fomenta la confianza para atraer y retener inversores, motivar a los empleados y construir una reputación sólida en el mercado.

4.3 Acuerdos de accionistas

Como mencionamos anteriormente, mientras que los estatutos sociales de una compañía anónima (debidamente inscritos en el Registro Mercantil) establecen el marco legal básico de la empresa conforme al Código de Comercio y otras leyes aplicables (ej. capital social, objeto, órganos de gobierno generales), un acuerdo de accionistas es un contrato privado celebrado entre todos o un grupo de los accionistas o socios de la startup. Su importancia radica en que complementa y detalla las reglas del funcionamiento entre los participantes de la sociedad, regulando aspectos específicos de la relación interna que son fundamentales en el entorno de una startup y que no están cubiertos de forma exhaustiva en los estatutos sociales o en la ley.

El acuerdo de accionistas, por una parte, otorga flexibilidad a las partes ya que, a diferencia de los estatutos sociales, que son más estables y rígidos porque requieren formalidades para su modificación, el acuerdo de accionistas puede ser modificado por acuerdo de las partes firmantes para adaptarse a la evolución de la startup. Así mismo, proveen de la confidencialidad necesaria que le otorga su naturaleza de contrato privado y, por ende, su contenido no es público, permitiendo a los accionistas establecer acuerdos sensibles sin revelarlos a terceros. El acuerdo de accionistas permite una regulación detallada de relaciones internas que pueden ir más allá de los requisitos legales mínimos y estatutarios para regular derechos y obligaciones de los accionistas, y cómo se gestionarán situaciones específicas que la ley no contempla o deja a libre voluntad.

El acuerdo de accionistas intenta ser un documento integral y cubre los aspectos más sensibles de la convivencia entre los socios. Algunos de los temas clave incluyen:

- Toma de decisiones y mecanismos de votación: se debe ir más allá de las mayorías legales o estatutarias para armonizar intereses y el acuerdo de accionistas podrá definir facultades y decisiones, especialmente las estratégicas y aquellas que afectan los derechos de los inversores. De este modo, será necesario regular decisiones clave que requieran una mayoría

calificada (superior a la legal) o el consentimiento unánime de ciertos grupos de accionistas (ej. fundadores, inversores con acciones preferentes). Esto puede incluir aprobación de presupuesto, endeudamiento significativo, cambios en el objeto social, venta de activos importantes, nombramiento o remoción del presidente ejecutivo (CEO), etc.

- Transferencia de acciones y derechos de preferencia: muchas veces es una necesidad legítima el control de la entrada y salida de los accionistas. En tal sentido, un acuerdo de accionistas puede establecer restricciones a la libre transferibilidad de las acciones, mediante derechos de preferencia, en caso de que un accionista desee vender sus acciones a un tercero, y se pacta que debe primero ofrecerlas a los demás accionistas firmantes del acuerdo bajo las mismas condiciones, definiendo el procedimiento y los plazos para ejercer este derecho.
- Valoración de la empresa y rondas de financiamiento: el acuerdo puede establecer principios o procesos relacionados con futuras rondas de levantamiento de capital, mediante cláusulas sobre el derecho de los inversores existentes a participar en futuras rondas de financiamiento, así como posibles mecanismos de protección contra la dilución si futuras rondas se realizan a una valoración inferior a la de su inversión.
- Resolución de conflictos y mecanismos de salida: es posible prever cómo manejar desacuerdos graves entre accionistas y cómo permitir salidas ordenadas de la sociedad. El acuerdo de accionistas puede establecer mecanismos para resolver disputas internas (ej. mediación, arbitraje en lugar de litigio judicial), así como cláusulas que establezcan cómo y bajo qué condiciones un accionista puede ser obligado a vender sus acciones (ej. incapacidad, terminación laboral) o cómo se puede forzar la compraventa entre accionistas en caso de estancamiento.
- Cláusulas de arrastre (*drag-along*) y acompañamiento (*tag-along*): que facilitan la liquidez y la salida de la inversión. El acuerdo de accionistas puede establecer una cláusula de *drag-along* que permita a un grupo de accionistas que representan una mayoría significativa forzar a los accionistas minoritarios a vender sus acciones a un tercero comprador en caso de una oferta por el 100% de la compañía, bajo las mismas condiciones. Por otro lado, se puede establecer una cláusula de *tag-along* que consiste en que, si un grupo de accionistas mayoritarios decide vender una parte significativa de

sus acciones a un tercero, los minoritarios tienen el derecho de participar en esa venta y vender una parte proporcional de sus propias acciones al mismo comprador y bajo las mismas condiciones.

- Propiedad intelectual y la asignación de su propiedad: el *software*, algoritmos, diseños, marcas, lemas y secretos comerciales suelen ser un activo valioso para una startup tecnológica. Es vital asegurar que la empresa es la legítima propietaria de toda la propiedad intelectual relevante. Por ello, es conveniente que toda la propiedad intelectual desarrollada por los fundadores, empleados o contratistas para la startup antes y después de la constitución de la sociedad pertenezca a la misma, así como la obligación de suscribir acuerdos de confidencialidad y cesión de propiedad intelectual por parte de profesionales clave.

El acuerdo de accionistas es un contrato indispensable para las *startups* venezolanas, especialmente aquellas con múltiples fundadores e inversores externos. Va más allá de los estatutos sociales, proporcionando un marco detallado, flexible y confidencial para regular las relaciones internas. Al abordar de forma explícita algunos temas relevantes, no solo previene futuros conflictos y malentendidos entre los socios, sino que también es una señal de profesionalismo y buena gobernanza que resulta fundamental para atraer y asegurar la confianza de los inversores necesarios para el crecimiento de la *startup* en el ecosistema venezolano.

4.4 El uso de sociedades extranjeras

Hemos visto que algunos elementos de las compañías o sociedades anónimas venezolanas poseen aspectos rígidos que restan flexibilidad a los acuerdos que son necesarios para la adaptabilidad de las *startups*. Del mismo modo, muchos emprendedores buscan incorporar vehículos en el extranjero que les permitan concentrar a sus inversionistas en una compañía tenedora de acciones o *holding* extranjera que otorgue esa flexibilidad a la hora de formular acuerdos entre inversionistas y mantener opciones y mecanismos de tesorería que protejan el valor del ingreso. Así mismo, la incorporación de una sociedad en el extranjero que consolide las acciones de una sociedad venezolana y los activos intangibles que se generen, podrá con mayor facilidad levantar el capital necesario para una expansión en otras jurisdicciones.

Cabe destacar que, ante un escenario de escasez de crédito, las *startups* venezolanas buscan inversión significativa que les permita desarrollo y escalabilidad. Estas inversiones son en muchos casos de fuentes internacionales (inversionistas extranjeros individuales, fondos de capital de riesgo, etc.) y, por ende, a menudo se enfrentan a la necesidad de operar a través de una estructura legal que ofrezca

mayor seguridad jurídica, familiaridad para los inversores foráneos y eficiencia transaccional que la que perciben en el entorno legal venezolano. Esto lleva a la creación de estructuras de *holdings* en jurisdicciones extranjeras.

4.4.1 Jurisdicciones comúnmente utilizadas para sociedades tenedoras (holding companies)

La razón principal para establecer una sociedad *holding* fuera de Venezuela es facilitar la inversión internacional y, en algunos casos, la futura escalabilidad global o venta de la empresa. Los inversores, particularmente los fondos de capital de riesgo, prefieren invertir en jurisdicciones con marcos legales robustos, predecibles y con experiencia en este tipo de transacciones e inversiones. La estructura típica implica que la startup venezolana se convierte en una subsidiaria de la sociedad *holding* extranjera. Los inversionistas adquieren acciones o instrumentos convertibles en la *holding*.

Las jurisdicciones más comunes para este tipo de estructura son:

- Delaware, Estados Unidos:
 - Es la jurisdicción por excelencia para la incorporación de empresas en EE. UU., incluyendo la mayoría de las *startups* de tecnología. Su marco legal corporativo es altamente sofisticado y flexible (*Delaware general corporation law*). Su jurisprudencia es abundante y predecible, existe una familiaridad y preferencia por parte de inversionistas de capital de riesgo y bancos de inversión estadounidenses sobre estas estructuras. Así mismo, facilita futuras rondas de inversión y permite estructuras complejas (diferentes clases de acciones, notas convertibles, entre otras.). Puede tener implicaciones fiscales a tomar en consideración. Finalmente, los departamentos de cumplimiento de los principales bancos mundiales están muy familiarizados con este tipo de sociedades, a la hora de abrir cuentas bancarias y ofrecer instrumentos financieros.
- Islas Caimán:
 - Se trata de una jurisdicción reconocida como centro financiero *offshore*¹⁵, popular para fondos de inversión y vehículos jurídicos de

15 Las jurisdicciones *offshore* se refieren comúnmente a aquellos países o territorios que cuentan con ordenamientos jurídicos diseñados para atraer inversiones de entidades e individuos no residentes. Usualmente, estas jurisdicciones ofrecen regímenes de baja o nula tributación sobre ciertas actividades o ganancias, una carga regulatoria más reducida y un alto grado de confidencialidad en la información corporativa y financiera de las sociedades domiciliadas en sus jurisdicciones.

propósito especial. Su neutralidad fiscal es sumamente atractiva porque generalmente no hay impuestos sobre la renta corporativa, ganancias de capital o retenciones en origen. Así mismo, cuenta con flexibilidad en la estructura corporativa. A pesar de ser una práctica legal y habitual, su imagen como jurisdicción *offshore* podría generar cierta cautela por parte de algunos bancos.

- Islas Vírgenes Británicas (BVI, por sus siglas en inglés):
 - Al igual que las Islas Caimán, es de las jurisdicciones *offshore* más utilizadas globalmente para estructuras de holding y vehículos transaccionales. Su neutralidad fiscal es similar y el proceso de incorporación es muy rápido y relativamente menos costoso que Caimán o Delaware. El marco legal es altamente flexible en cuanto a la estructura de la compañía (*Business Company Act*) y hay familiaridad en el mundo de los negocios internacionales. La condición de jurisdicción *offshore*, pese a su legalidad y uso frecuente, puede generar fricciones o requerimientos adicionales en la vinculación con instituciones financieras.
- Barbados:
 - Venezuela, así como un número significativo de países, no considera a Barbados como jurisdicción de baja imposición fiscal. Así mismo, en febrero de 1995¹⁶ entró en vigencia un tratado internacional para la promoción y protección de inversiones entre Venezuela y Barbados, que otorga un marco legal preferente. De igual modo, en diciembre de 2000¹⁷, entró en vigencia un tratado suscrito entre Venezuela y Barbados para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal en materia de impuesto sobre la renta que podría resultar ventajoso.
- Panamá:
 - Su proximidad geográfica a Venezuela, uso del dólar estadounidense, del idioma español y su condición de centro financiero regional le otorgan ventajas especiales. Puede no tener la misma familiaridad o

16 Gaceta oficial extraordinaria de la República de Venezuela No. 4.853 del 8 de febrero de 1995.

17 Gaceta oficial extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.507 del 13 de diciembre de 2000.

preferencia que Delaware, Caimán o BVI por parte de inversores de capital de riesgo globales (especialmente de EE. UU. y Europa).

La elección entre estas jurisdicciones, o la combinación de varias, depende de factores como el origen principal de los inversores, el costo y la complejidad deseada, el tamaño de la ronda de inversión y las futuras intenciones de la *startup* (ej. posible oferta inicial de acciones en alguna bolsa). Así mismo, los ingresos percibidos por la *holding* desde su subsidiaria venezolana podrían estar sometidos a una imposición fiscal extraordinaria, dependiendo de la jurisdicción de constitución de la compañía receptora de los fondos.

4.5 Fórmulas de levantamiento de capital (usualmente a nivel de la compañía holding extranjera)

Los instrumentos utilizados para recibir inversión en *startups*, especialmente en rondas tempranas y de crecimiento, difieren de los préstamos bancarios tradicionales. Los riesgos que implica la operación de modelos tempranos de negocio usualmente se diseñan como inversión de capital, bajo las siguientes modalidades:

- Acciones Comunes:
 - Las acciones comunes, nominativas o no, usualmente poseen derechos a voto y control, así como participación en los dividendos (si se distribuyen) y en el remanente en caso de liquidación, pero luego de las acciones preferidas y la deuda pendiente de pago. Estas acciones las poseen típicamente los fundadores de la startup. Las rondas de inversión iniciales muchas veces se hacen mediante la emisión de acciones comunes, pero los inversionistas subsiguientes invierten adquiriendo acciones preferentes, las cuales tienen derechos especiales sobre dividendos, liquidación, votos.
- SAFEs (*Simple Agreement for Future Equity*):
 - Estos contratos no constituyen deuda ni capital. Se trata de un derecho que el inversionista adquiere, para recibir acciones en una ronda futura o ante otro evento nominado, tal como la venta de la empresa, o su oferta inicial de acciones en alguna bolsa. El precio de conversión se basa en los términos de la futura ronda, pero el SAFE incluye usualmente un descuento sobre la valoración de esa ronda y/o un máximo de valoración (*valuation cap*) que limita la valoración máxima a la que convertirán las acciones del inversor del SAFE, protegiéndolo de una alta dilución si

la valoración futura se incrementa de forma sustancial. Estos contratos son usados en rondas pre-semilla y semilla (*pre-seed, series seed*). Tiene como efecto una simplificación de la ronda al evitar la necesidad de poner una valoración al negocio en una etapa muy temprana.

- Notas Convertibles:
 - Son en esencia un préstamo que, en lugar de ser pagado en efectivo al final de su vencimiento, se convierte en acciones de la sociedad si ocurre un evento futuro (una ronda de inversión calificada que supere un monto mínimo). Incluye términos usuales de una deuda, tales como monto, interés, fecha de vencimiento, así como los términos de conversión, tales como, el tipo de acciones, el descuento sobre la valoración de la futura ronda o un máximo de valoración. Se trata de instrumentos también comunes en rondas tempranas que permiten recibir capital sin fijar valoración. Si el modelo de negocio no prospera o la sociedad se vende antes de la conversión, el inversionista titular de la nota convertible es un acreedor quirografario de la misma.
- *Venture debt* (deuda de riesgo):
 - Se trata de un tipo de deuda a medio plazo proporcionada por bancos especializados o fondos para *startups* que ya han levantado rondas de capital significativas y ya cuentan con cierto nivel de tracción en sus ingresos o en la base de sus usuarios. No utiliza activos tradicionales como colateral, sino en el capital previamente levantado y el potencial de crecimiento. A menudo, además del interés, incluye derechos a comprar acciones en el futuro a un precio determinado, como compensación por el alto riesgo.

Si la *startup* ha superado sus etapas de operaciones tempranas y muestra algunos rendimientos y niveles adecuados de solvencia, los modos de captación de recursos más tradicionales y los instrumentos que se emiten mediante oferta pública serían opciones disponibles.

Mecanismos de *vesting* de acciones

El *vesting* es un mecanismo utilizado por las *startups* para alinear los intereses de los fundadores, empleados clave y asesores con el éxito a largo plazo del negocio y para asegurar su permanencia. Consiste en otorgar acciones o la promesa de entregarlas (como en un plan de opciones sobre acciones), pero el derecho de propiedad plena sobre ellas se adquiere progresivamente a lo largo del tiempo o

al cumplir ciertas condiciones. Si la persona cesa su relación laboral o profesional con la *startup* antes de que las acciones hayan “vestido” totalmente, el adquirente pierde el derecho sobre las acciones que aún no han vestido. Estas acciones “no vestidas” suelen regresar a la empresa para ser reasignadas o anuladas.

El *vesting* se regula a través de acuerdos contractuales, que cuentan con un cronograma de *vesting* que consiste en la duración total y la frecuencia con la que las acciones se van adquiriendo. El más común es un cronograma basado en el tiempo de, por ejemplo, 4 años. Esto significa que, si una persona recibe 1000 acciones sujetas a *vesting* en un cronograma de 4 años, ganará el derecho sobre ellas progresivamente, mes a mes, a lo largo de esos 4 años. Así mismo, es común un período inicial sin *vesting* (*cliff period*). Es un período inicial (comúnmente entre seis meses y un año) durante el cual no se activa el *vesting* acordado por considerarlo como un lapso de prueba del valor de su aporte y persistencia. Si la persona abandona la empresa antes de completar este *cliff*, el contrato queda terminado y la compañía no habría emitido ni asignado ninguna acción.

Si bien los principios y las cláusulas de *vesting* son prácticas globales estandarizadas, su implementación en startups venezolanas, como hemos mencionado, se ve facilitada por el uso de una *holding* extranjera.

Aunque teóricamente el *vesting* podría regularse contractualmente a nivel de una compañía anónima venezolana mediante acuerdos de accionistas o pactos individuales, la ejecución y el tratamiento legal de la adquisición progresiva de acciones y la recompra de acciones no vestidas podrían presentar mayores incertidumbres prácticas y legales dentro del marco venezolano, especialmente en comparación con la vasta experiencia y jurisprudencia de jurisdicciones como Delaware.

5. Cumplimiento legal y regulatorio

Establecido un marco de gobernanza interno que permita pactar comportamientos que generen confianza y orden, el siguiente desafío es cumplir con el complejo sistema de obligaciones legales y regulatorias venezolanas. El cumplimiento (*compliance*) implica adherirse a las leyes, reglamentos, normativas y estándares aplicables a su actividad. Para una *startup*, esto cubre diversas áreas que van atadas a la existencia misma del negocio así como a la naturaleza del modelo que se genera. Por consiguiente, las obligaciones varían según la forma jurídica, el sector de actividad, el tamaño y si se tienen empleados. Sin embargo, existen áreas transversales para la mayoría de las startups formalizadas:

- Obligaciones tributarias ordinarias¹⁸:
 - Registro de Información Fiscal (RIF).
 - Impuesto Sobre la Renta (ISLR):
 - i. Declaración y pago anual del impuesto sobre la base de la renta neta gravable obtenida en el ejercicio fiscal.
 - ii. Cumplimiento de deberes formales (llevar libros contables, emitir facturas, etc.).
 - iii. Retenciones de ISLR (aplicar retenciones según corresponda).
 - iv. Régimen de anticipos en caso de ser calificado como sujeto pasivo especial.
 - Impuesto al Valor Agregado (IVA):
 - v. Emitir facturas que cumplan los requisitos fiscales.
 - vi. Declaración y pago del IVA.
 - vii. Cumplimiento de deberes formales (llevar libros de compras y ventas IVA).
 - viii. Régimen de retenciones de IVA y de anticipos, en caso de ser calificado como sujeto pasivo especial.
 - Impuesto a los grandes patrimonios.
 - Impuesto a las grandes transacciones financieras.
 - Tributos Municipales:
 - ix. Inscripción en la alcaldía correspondiente al domicilio fiscal (licencia de actividades económicas).

18 Adicionalmente, los emprendimientos que desarrollan actividades económicas en Venezuela están sujetos a la contribución especial prevista en la Ley de Protección de las Pensiones de Seguridad Social frente al Bloqueo Imperialista, la cual establece un aporte obligatorio equivalente al 9 % del total de los pagos realizados a trabajadores por concepto de salarios y bonificaciones no salariales. No obstante, aquellos emprendimientos que se encuentren debidamente inscritos en el Registro Nacional de Emprendimientos (RNE) gozan de una exoneración de esta contribución por un período de un año, contado a partir de su inscripción.

- x. Declaración y pago del impuesto a las actividades económicas sobre los ingresos brutos generados dentro de la jurisdicción municipal.
- xi. Otros tributos municipales (inmuebles urbanos, publicidad, etc.).
 - Contribuciones Parafiscales: Dependiendo de la actividad o tamaño (ej. aportes a la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación; aportes al Fondo Nacional del Deporte, la Actividad Física y la Educación Física).
- Obligaciones Laborales:
 - Registro Nacional de Entidades de Trabajo (RNET)¹⁹.
 - Contratos de trabajo: Formalizar la relación laboral mediante contratos escritos, cumpliendo los requisitos de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT).
 - Salario y beneficios: Según lo dispuesto por la legislación vigente.
 - Jornada de trabajo: Respetar los límites de horas diarias y semanales establecidos en la LOTTT.
 - Estabilidad laboral: Garantizar el cumplimiento de las normas que regulan la estabilidad y la inamovilidad laboral de los trabajadores.
 - Seguridad y Salud Laboral (INPSASEL - Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales, bajo la LOPCYMAT):
- xii. Registro como empresa.
- xiii. Elaboración y consignación del Programa de seguridad y salud en el trabajo (PSST).
- xiv. Constitución y registro del Comité de seguridad y salud laboral (si aplica por número de trabajadores).
- xv. Elección y registro del delegado de prevención.
- xvi. Cumplimiento de condiciones de seguridad en el ambiente de trabajo.
- Obligaciones de seguridad social:

19 Antes conocido como Registro Nacional de Empresas y Establecimientos, hasta su actualización conforme a resolución publicada en la Gaceta Oficial N.º 40.655 del 7 de mayo de 2015.

- Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS):
 - xvii. Inscripción del patrono.
 - xviii. Inscripción y egreso de los trabajadores.
 - xix. Declaración trimestral de salarios y cotizaciones.
 - xx. Pago mensual de las cotizaciones.
- Fondo de ahorro obligatorio para la vivienda (FAOV - antes BANAVIH):
 - xxi. Inscripción del patrono.
 - xxii. Pago mensual de aportes (patronal y retención al trabajador).
- Instituto nacional de capacitación y educación socialista (INCES):
 - xxiii. Inscripción de la empresa.
 - xxiv. Declaración trimestral.
 - xxv. Pago trimestral de los aportes.
- Protección al Usuario (SUNDDE - Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos, bajo la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios):
 - Garantizar precios justos y exhibirlos de forma visible.
 - Evitar la especulación, el acaparamiento, la usura y otros delitos económicos.
 - Ofrecer información veraz y suficiente sobre productos/servicios.
 - Respetar garantías y derechos de devolución/reparación de productos defectuosos.
 - Trato justo y equitativo a los consumidores.
- Otras Regulaciones Sectoriales:
 - Sanitarias: Permisos y registros sanitarios para alimentos, bebidas, cosméticos, medicamentos (Ministerio de Salud, SACS - Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria).
 - Ambientales: Permisos para actividades con impacto ambiental (Ministerio de Ecosocialismo).

- Tecnología/Telecomunicaciones: Regulaciones específicas para servicios digitales, telecomunicaciones, *fintech*, *insurtech*, criptoactivos.
- Educativas: Permisos para instituciones educativas (Ministerio de Educación).
- Servicios Financieros: Regulaciones para bancos, compañías del sector asegurador, casas de bolsa (SUDEBAN, SUDEASEG, SUNAVAL).

El incumplimiento de estas obligaciones conlleva riesgos significativos que pueden comprometer la viabilidad de la *startup*, que incluyen sanciones y multas, intereses moratorios y recargos, fiscalizaciones y auditorías, el cierre de algún establecimiento, demandas laborales, responsabilidad penal en caso de ciertas infracciones y el daño reputacional.

El cumplimiento legal y regulatorio representa un desafío significativo para las *startups* en Venezuela debido a la complejidad y volatilidad del marco normativo en áreas fiscales, laborales, de seguridad social y sectoriales. Ignorar estas obligaciones expone a la *startup* a riesgos elevados como los ya mencionados que pueden poner en peligro su supervivencia. La mitigación de estos riesgos pasa necesariamente por la formalidad y el seguimiento, la inversión en asesoría legal y contable experta, la implementación de procesos internos de gestión y una cultura de cumplimiento proactivo.

6. La propiedad intelectual

En el contexto de las *startups*, y especialmente aquellas con un componente tecnológico relevante, el desarrollo de la propiedad intelectual constituye uno de los activos más valiosos. La protección temprana de la propiedad intelectual es fundamental para asegurar la sostenibilidad y el crecimiento de estos emprendimientos. El *software*, como creación intelectual, está protegido por la Ley de Derecho de Autor²⁰. Esto significa que el código fuente, el diseño de la interfaz y la documentación del software están amparados por derechos de autor desde el momento de su creación, sin necesidad de registro formal. Sin embargo, el registro ante el Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual puede proporcionar

20 Gaceta Oficial Extraordinaria No. 4.638, de fecha 1 de octubre de 1993, específicamente en sus artículos 10 y 17: “Artículo 10. Los programas de computación se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto.” “Artículo 17. Se entiende por programa de computación a la expresión en cualquier modo, lenguaje, notación o código, de un conjunto de instrucciones cuyo propósito es que un computador lleve a cabo una tarea o una función determinada, cualquiera que sea su forma de expresarse o el soporte material en que se haya realizado la fijación.”

una prueba adicional de autoría y facilitar la defensa de los derechos en caso de conflictos con terceros. Es importante que las *startups* que desarrollan *software* establezcan la titularidad de los derechos de autor mediante acuerdos de desarrollo de *software* que especifiquen la propiedad de los resultados. Asimismo, es importante considerar la protección del *software* mediante licencias de uso con los términos y condiciones de su utilización, distribución y modificación. En cuanto a las marcas y los lemas comerciales son signos distintivos que identifican los productos o servicios de una empresa y los diferencian de los de la competencia. En Venezuela, la Ley de Propiedad Industrial²¹ regula el registro y la protección de las marcas. El registro ante el Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual otorga el derecho exclusivo de utilizar la marca en el territorio nacional y de impedir que terceros la utilicen sin autorización²². La Ley de Propiedad Industrial venezolana, a diferencia de otros ordenamientos, no consagra expresamente un “derecho de prioridad por primer uso” que es común en jurisdicciones basadas en *common law*. La doctrina y la jurisprudencia han reconocido la relevancia del uso especialmente en lo que respecta a marcas notorias o conocidas lo cual, evidentemente, no aplica de manera uniforme al caso de *startups*. Por consiguiente, para las *startups*, el registro de la marca ante el Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual es esencial para adquirir derechos exclusivos sobre la misma, construir una identidad sólida en el mercado, proteger su reputación y evitar la confusión entre los consumidores. Finalmente, una marca registrada puede ser un activo valioso en sí mismo, susceptible de ser licenciado o vendido.

7. Conclusiones

Si bien la Constitución de 1999 sienta bases fundamentales para la libertad económica y la propiedad en Venezuela, el marco legal y el entorno socioeconómico en Venezuela presentan desafíos significativos para las *startups*. Las estructuras corporativas tradicionales y la compleja carga regulatoria contrastan con la dinámica necesaria para la innovación y el crecimiento escalable, a pesar de la existencia de una Ley para el fomento y desarrollo de nuevos emprendimientos cuyos beneficios aún dependen de la acción administrativa y se limitan a etapas tempranas. En este contexto, la resiliencia del emprendedor venezolano se manifiesta en una alta tasa de actividad, aunque predominantemente informal y de pequeña escala, reflejo de las barreras sistémicas. Para las *startups* con potencial de escala y que buscan inversión formal, especialmente internacional, se hace

21 Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 25.227, de fecha 10 de diciembre de 1956.

22 “Artículo 32. El derecho de usar exclusivamente una marca sólo se adquiere en relación con la clase de productos, actividades o empresas para los cuales hubiere sido registrada de acuerdo con la clasificación oficial, establecida en el artículo 106.”.

indispensable complementar el marco local mediante la implementación rigurosa de principios de buen gobierno corporativo a través de acuerdos privados, y, frecuentemente, recurrir a estructuras en jurisdicciones extranjeras que faciliten el acceso a capital global mediante instrumentos estandarizados (SAFEs, notas convertibles) y la gestión del talento clave con mecanismos de *vesting* de acciones. En definitiva, la formalización y el crecimiento de las *startups*, así como el aseguramiento de los derechos de propiedad sobre activos tangibles e intangibles que van desarrollando y construyendo, requieren sortear un entorno local complejo, sometido a regulaciones excesivas y una presión fiscal exorbitante. A partir de esta realidad, se hace necesario el uso frecuente de estructuras legales y contractuales, de derecho venezolano y foráneo, que permitan aportar un margen de predictibilidad y confianza exigidas por el capital de riesgo y los mercados globales.

DERECHO SOCIAL

El diálogo social inerte ¿Avería en la sala de máquinas?

César Augusto Carballo Mena¹

“...es una casa sola, una casa olvidada, desierta, y no obstante en el fondo, si me asomo, una llama dorada titila y nunca se apaga” Eugenio Montejo, *La durmiente*

1. Preámbulo

“Anoche nos dormimos en un país tan lejano” Eugenio Montejo, *Despertar*

El *diálogo social* es concebido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como la fórmula idónea de gobernanza democrática del mundo del trabajo, por cuyo conducto es posible construir una paz permanente basada en la justicia social.

Su núcleo esencial ensambla la *negociación colectiva*, la *cooperación* entre empleadores y trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la *colaboración* de dichos actores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas².

Las aludidas *interacciones sociodialógicas* aparecen reconocidas -con disímiles matices y nitideces- como derechos de titularidad colectiva en la vigente Consti-

1 Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Profesor titular y jefe del Departamento de Derecho Social (UCAB). Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. ORCID: 0000-0002-1470-0492. ccarballo@ucab.edu.ve.

2 *Declaración de Filadelfia* (1944), Parte II.e.

tución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV)³. Sin embargo, la realidad, a lo largo del siglo XXI, exhibe un panorama drásticamente contrastante, signado por el marcado empobrecimiento de la *negociación colectiva* y sus resultados, el desconocimiento militante de cualquier mecanismo de *cooperación* de los trabajadores en la gestión empresarial, más allá de la -ya clásica- integración de comités paritarios en materia de seguridad y salud en el trabajo, y la estigmatización y consecuente erradicación de la *colaboración* de los actores sociales en el ciclo de las políticas públicas.

En este contexto, el objetivo del presente artículo es, precisamente, advertir la manifiesta disonancia que existe entre la *superestructura* del texto constitucional, en cuyo ámbito aparecen proclamados los componentes nucleares del *diálogo social*, y su *sala de máquinas*⁴, por cuya virtud se preserva incólume el poder hegemónico del Ejecutivo Nacional sobre los actores de las relaciones laborales y sus interrelaciones.

A este fin, esbozaré, en primer término, el sentido, contenido y alcance del *diálogo social* concebido por la OIT, para luego justificar la inserción de este constructo en la esfera del componente funcional de la *libertad sindical*, y finalmente describir su regulación constitucional y las circunstancias jurídicas, políticas e ideológicas que explican su frustrada materialización como mecanismo de gobernanza democrática de nuestro sistema de relaciones laborales.

2. Diálogo social: el artefacto oitiano

“...soy el futuro que duerme, que no duerme” Eugenio Montejo, *Güigüe* 1918

El *diálogo social* es uno de los cuatro pilares sobre los que se erige el *Programa de Trabajo Decente* de la OIT, plasmado en la Memoria de su director general ante la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1999), y encarnado, más tarde, en la *Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa* (2008):

“En el contexto de cambios acelerados, los compromisos y esfuerzos de los Miembros y de la Organización para poner en práctica el mandato constitucional de la OIT, en particular mediante las normas internacionales del trabajo, y para situar el empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elemento central

3 Aprobada mediante referendo de 15 de diciembre de 1999 (Gaceta Oficial No. 36860 de 30 del mismo mes y año) y enmendada a través de idéntico mecanismo el 15 de febrero de 2009 (Gaceta Oficial No. 5908 Ext. de 19 del mismo mes y año).

4 En términos de la atinada metáfora de Roberto Gargarella: *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz, Buenos Aires, 2014.

de las políticas económicas y sociales, deberían basarse en los cuatro objetivos estratégicos de la OIT de igual importancia, a través de los cuales se plasma el Programa de Trabajo Decente y que pueden resumirse como sigue: i) promover el empleo creando un entorno institucional y económico sostenible [...]; ii) adoptar y ampliar medidas de protección social –seguridad social y protección de los trabajadores– que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales [...] iii) promover el *diálogo social* y el *tripartismo* [...]; y iv) respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo...” (Parte I.A)⁵.

En lo que concierne específicamente al fomento del *diálogo social* y el *tripartismo*⁶, el instrumento antes citado les reconoce *propiedades habilitantes* -en tanto facilitan el desarrollo de otros derechos⁷- y los pondera, en consecuencia, como los *métodos* más apropiados para:

“...adaptar la aplicación de los objetivos estratégicos a las necesidades y circunstancias de cada país; traducir el desarrollo económico en progreso social y el progreso social en desarrollo económico; facilitar la creación de consenso respecto de las políticas nacionales e internacionales que inciden en las estrategias y programas en materia de empleo y trabajo decente; y fomentar la eficacia de la legislación y las instituciones laborales, en particular respecto del reconocimiento de la relación de trabajo, la promoción de buenas relaciones laborales y el establecimiento de sistemas eficaces de inspección del trabajo” (Parte I.A).

De otra parte, conviene destacar que el Objetivo de Desarrollo Sostenible 8 (ODS 8) de la Agenda 2030 de la Organización de Naciones Unidas (2015), incluye la promoción del “crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible,

5 Cursivas mías.

6 El *tripartismo*, fórmula estructural y funcional que singulariza a la OIT, refiere a “la interacción del gobierno, empleadores y trabajadores (a través de sus representantes) como asociados iguales e independientes para buscar soluciones a asuntos de interés común”. OIT, *Diálogo social tripartito de ámbito nacional. Una guía de la OIT para una mejor gobernanza*, OIT, Ginebra, 2017, p. 13.

7 OIT, *Resolución relativa al tripartismo y el diálogo social*, 90ª Conferencia Internacional del Trabajo (2002), párr. 2, inciso c: debe destacarse “el papel del tripartismo y el diálogo social en la Organización, como uno de sus cuatro objetivos estratégicos y como *herramienta para la puesta en práctica de todos los objetivos estratégicos, así como de las cuestiones transversales del género y el desarrollo*” (cursivas mías). En sentido análogo: el diálogo social “es un instrumento, una herramienta de buena gobernanza en diversas áreas y su relevancia no se relaciona exclusivamente con el proceso de globalización sino en general con cualquier esfuerzo por hacer que la economía sea más eficaz y competitiva y hacer que la sociedad en general sea más estable y más equitativa”. ILO, *Social Dialogue. Finding a common voice*. Disponible en: <https://webapps.ilo.org/public/english/dialogue/download/brochure.pdf>.

el pleno empleo productivo y el *trabajo decente* para todos”⁸. Esto último, como antes destaqué, incluye, como componentes esenciales e inescindible, el *diálogo social* y el *tripartismo*.

En consonancia con lo anterior, resulta relevante reseñar que el Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación de Naciones Unidas⁹ subrayó el valor de constituir alianzas de “múltiples interesados”, como “Gobiernos, organizaciones de empresas y empleadores, sindicatos, organizaciones internacionales y asociaciones que representan a la sociedad civil”, con el objetivo común de:

“desarrollar y aprovechar el potencial del *diálogo social* y unas relaciones sectoriales sólidas como instrumentos para promover el trabajo de calidad, en consonancia con el Objetivo 8, sobre el *trabajo decente* y el crecimiento económico, y fomentar una mayor igualdad y un crecimiento más inclusivo, en consonancia con el Objetivo 10, sobre la reducción de las desigualdades”¹⁰.

En el perímetro trazado, la OIT se ha encargado de precisar que el *diálogo social* que impulsa globalmente abarca una *amplísima e indeterminada* gama de *interacciones* susceptibles de articularse en la esfera de las relaciones laborales¹¹, es decir, “todo tipo de negociación, consulta o intercambio de información entre los representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores o entre empleadores y trabajadores sobre temas de interés común relacionados con la política económica y social”¹². En complemento, advierte que el *diálogo social* “es a la vez un medio para alcanzar objetivos sociales y económicos [-en referencia a sus *propiedades habilitantes*-] y un objetivo en sí mismo, ya que da a la gente voz y un papel participativo en sus respectivas sociedades y lugares de trabajo”¹³.

8 Cursivas mías.

9 ONU, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, 2018, párr. 25.

10 Cursivas mías.

11 Dicha latitud conceptual sugiere que el diálogo social, a los ojos de la OIT, engloba “todas las formas de relación entre los actores, distintas al conflicto abierto”. Oscar Ermida Uriarte, “Diálogo social: teoría y práctica”, *IUSLabor*, N° 1, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2006, p.2.

12 OIT, *Diálogo social tripartito de ámbito nacional. Una guía de la OIT para una mejor gobernanza*, 2017, p. 12.

13 Ídem.

Conjugando las piezas descritas, resulta pedagógicamente útil, tal como lo he sostenido antes¹⁴, explicar la composición y fisiología del *diálogo social* oitiano a partir de su concepción como *artefacto complejo e irénico*:

- Desde una perspectiva *artefactual*¹⁵, el *diálogo social* se identifica con un constructo ensamblado para alcanzar un determinado fin, es decir, el impulso de la gobernanza democrática del mundo del trabajo.
- Ensambla diversas interacciones entre los actores sociales, destacando aquellas que virtuosamente hilvanó -en su Parte II.e- la *Declaración de Filadelfia* (1944): *negociación colectiva*, *cooperación* entre empleadores y trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y *colaboración* de dichos actores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas.
- Su deducible objetivo último, en el contexto del ecosistema constitucional oitiano, es la construcción de una paz universal y permanente¹⁶ a través de la gobernanza democrática del mundo del trabajo, esto es, la impulsión de fórmulas que *diluyen* poderes hegemónicos, en beneficio de la implantación de metodologías orientadas a concebir, aplicar y ponderar *dialógicamente* la regulación de las relaciones laborales, los procesos productivos, y las políticas económicas y sociales que conciernen a los actores.

En suma, el *diálogo social* engrana a la *negociación colectiva*, la *cooperación* en la empresa, y la *colaboración* en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas, en cuanto mecanismos de democratización del mundo del trabajo. De este modo, la arquetípica *imposición* de la voluntad de quien detente el poder hegemónico, deviene sustituida por la concepción, ejecución y/o ponderación dialógica de la regulación de las relaciones laborales, los procesos productivos, y/o las políticas económicas y sociales que les conciernan a los actores sociales¹⁷.

14 César Augusto Carballo Mena, *Diálogo social. El artefacto irénico de la OIT*. Consultado del original, Caracas, 2025, pp. 2-4.

15 Etimológicamente, el vocablo *artefacto* proviene del latín *arte factum*, es decir, hecho con arte.

16 Constitución OIT (1919, última enmienda 1997), Preámbulo: “Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social”.

17 “...los procesos de diálogo social implican una afectación o restricción voluntaria del ejercicio del poder público, en la medida en que el Estado sujeta, en definitiva, sus opciones de política socioeconómica a la consulta y/o negociación con los actores sociales, a fin de lograr un consenso de orden político social”. Graciela Giuzio, “Los sujetos del diálogo social. Los sindicatos, los empleadores y sus organizaciones y el Estado. Experiencias concretas en América Latina y Europa”, *Boletín Cinterfor*, núm 156, 2005, p. 37.

3. Libertad sindical y diálogo social

“La casa fue derrumbada, no su recuerdo” Eugenio Montejo, *Setiembre*

Antes de iniciar el recorrido por la *superestructura* y la *sala de máquinas* de la CRBV, estimo necesario sostener y justificar que el *diálogo social*, en los términos descritos en la sección anterior, se inserta en la esfera funcional de la *libertad sindical*.

La *libertad sindical*, en tanto derecho fundamental en el trabajo¹⁸ y derecho humano laboral¹⁹, alude al derecho de trabajadores y de empleadores a organizarse, en la forma que estimen conveniente y sin autorización previa, así como a afiliarse o no, o desafiliarse, a dichas organizaciones, para fomentar y defender sus intereses de clase o categoría; gozando para ello de eficaces mecanismos de represión contra toda conducta, cualquiera sea el agente, que tenga por objeto o efecto impedir u obstaculizar el pleno y eficaz ejercicio de estos derechos.

Como lo ha puesto de relieve la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH), a la luz de la normativa adoptada por la OIT y los criterios de sus órganos de control²⁰, la libertad sindical ostenta una dimensión dual, esto es, colectiva e individual:

- 18 La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el Trabajo y su seguimiento, adoptada en 1998 y enmendada en 2022, incluye la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; atendiendo al contenido del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98).
- 19 La libertad sindical aparece consagrada en los más relevantes tratados internacionales sobre derechos humanos, entre los que destacan la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 23.4); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 (art. 8.1); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, también de 16 de diciembre de 1966 (art. 22.1); y en el ámbito americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 (art. art. 16.1).
- 20 Al referir “a las normas de la OIT relativas a la libertad sindical como *lex specialis* para interpretar los alcances del artículo 16 del Pacto de San José en relación con dicha libertad [de asociación con fines laborales], la Corte refuerza la credibilidad y legitimidad de sus análisis y fundamentos”. Bernard Duhaime y Éloïse Décoste, “From Geneva to San José: The ILO standards and the Inter-American System for the protection of human rights”, *International Labour Review*, Vol. 159, N°4, Ginebra, 2020, p. 526. De otra parte, cabe destacar que la Corte-IDH hace frecuente referencia “a decisiones de los órganos que integran el mecanismo de control de la OIT para justificar la interpretación de determinadas disposiciones o para comprender el contexto de las cuestiones legales en debate”. Ibidem, p. 540.

“...en su dimensión colectiva, [...] protege la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha la estructura interna, actividades y programas de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, en su dimensión individual, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Adicionalmente, en el marco de la protección de este derecho, [...] el Estado tiene el deber de garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, pues de lo contrario se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses. En este sentido, la libertad de asociación en materia laboral no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar agrupaciones, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho apropiado para ejercer esa libertad”²¹.

Las definiciones que se ofrecen ensamblan los tres componentes *esenciales, inescindibles e interdependientes* de la *libertad sindical*, es decir, *organización, funcionamiento, e indemnidad*²².

En particular, el aludido módulo *funcional* refiere al derecho de trabajadores y de empleadores, así como de las organizaciones que estos libremente decidan constituir, a ejercer autárquicamente las acciones que estimen convenientes para fomentar y defender sus intereses de clase o categoría. En dicha esfera se ubican, entre otras manifestaciones, aquellas que el *diálogo social* abarca y enlaza.

En efecto, recurriendo, una vez más, a la perspectiva de la Corte-IDH, conviene hilvanar los siguientes criterios, proferidos en su Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021:

- La *negociación colectiva*, atendiendo especialmente a lo dispuesto en el art. 45.c de la Carta de la Organización de Estados Americanos²³, constituye -al igual que la *huelga*- un componente esencial e inescindible de la libertad sindical (párr. 91).
- “...la *libertad sindical*, la *negociación colectiva* y la *huelga*, [...] son prerequisite para la participación efectiva de los trabajadores y las trabajadoras en la elaboración de políticas públicas a través del *diálogo social* en aspectos que no

21 Corte-IDH, Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021, párr. 71.

22 La Corte-IDH, en la sentencia del caso *Huilca Tecse vs. Perú* de 3 de marzo de 2005, sostuvo que la “libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son *indivisibles*, de modo que una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga” (párr. 70).

23 “Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, *incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores...*” (cursivas mías).

necesariamente están contempladas en la legislación laboral vigente o en los tratados internacionales”²⁴ (párr. 210);

- “...los Estados deben fomentar la *participación* efectiva de representantes de trabajadores y trabajadoras en el *diseño de la política y legislación de empleo* en contextos de cambio en el mercado de trabajo mediante nuevas tecnologías. Los Estados deberán garantizar esta *participación* en alguna de las instancias de los procesos legislativos o de normativización”²⁵ (párr. 211); y
- “...el respeto a los principios de la *consulta* y la *colaboración* debe ser un elemento esencial de la acción estatal en el *diseño e implementación de la política estatal en materia laboral*”²⁶ (párr. 212).

Queda así de manifiesto que el tribunal regional reconoce a la *negociación colectiva* como elemento implícito de la *libertad de asociación con fines laborales*, consagrada en los arts. 16.1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y parece adjudicar al *diálogo social*, entendido en sentido estricto, esto es, como participación en el ciclo de las políticas públicas, el *estatus de derecho humano* por cuanto es también un componente esencial e inescindible de aquella *libertad de asociación*, y/o un *mecanismo* imperativo para brindar cumplimiento a las obligaciones estatales de *adecuación del derecho interno* (art. 2 *eiusdem*) y *garantizar condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo* (art. 26 *eiusdem*, en concordancia con el artículo 45.b de la Carta de la Organización de Estados Americanos).

4. Constitución y diálogo social

“...mi silencio me dibuja en palabras” Eugenio Montejo, *Despertar*

Los derechos laborales anidaron en los textos constitucionales como piedra angular del emergente Estado social de Derecho, cuya primera encarnación se produjo en México, el 5 de febrero de 1917, como colofón del proceso revolucionario que inició su andadura el 10 de noviembre de 1910²⁷. La icónica y desme-

24 Cursivas mías.

25 Cursivas mías.

26 Cursivas mías.

27 Antoni Abat Ninet, “La Constitución de Querétaro. Revolución y Constitución, aspectos originales y sugestivos desde el Derecho Constitucional Comparado”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N°36 (2017): 271-299, p. 281.

surada²⁸ Constitución de Querétaro plasmó un exuberante catálogo de derechos laborales que habría de influenciar, al lado de otras experiencias que se suscitaron en Europa²⁹, al constitucionalismo latinoamericano.

En este sentido, las constituciones de la región, a lo largo de cuatro décadas, incorporarán, con marcadas diferencias de alcances y matices, normas de contenido laboral: arts. 47 de la Constitución del Perú (1920), 20 de la Constitución de Guatemala (1921), 10.14° de la Constitución de Chile (1925), 52-56 de la Constitución del Uruguay (1934), 17 de la Constitución de Colombia (1936), 32.8 de la Constitución de Venezuela (1936), 121, 122, 124-127 y 129 de la Constitución de Bolivia (1938), 97-101 y 103 de la Constitución de Nicaragua (1939), 62 de la Constitución de El Salvador (1939), 60-69, 71-74, 77-80 y 83-86 de la Constitución de Cuba (1940), 14 de la Constitución del Paraguay (1940), 53 y 54 de la Constitución de Panamá (1941), 6.2 de la Constitución de la República Dominicana (1942), 56-62 y 69 de la Constitución de Guatemala (1945), 145 y 157-159 de la Constitución de Brasil (1946), 185 de la Constitución de Ecuador (1946), 56-63, 66-68, 71 y 74 de la Constitución de Costa Rica (1949), 37.I.1 y 37.I.4 de la Constitución de Argentina (1949), y 111-132 de la Constitución de Honduras (1957).

América Latina protagonizará una serie de oleadas constitucionales a partir de 1961, en cuyo ámbito cabe verificar, de un lado, la consolidación de los derechos laborales en el seno de procesos de redemocratización, la inserción de los tratados internacionales sobre derechos humanos -debidamente ratificados- en los bloques de constitucionalidad, y -bajo el influjo del *nuevo constitucionalismo latinoamericano*³⁰- la exuberante expansión de los catálogos de derechos labo-

28 Roberto Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran -por fin- al diálogo ciudadano*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2021, pp. 177 y 178.

29 Me refiero, en particular, a la Revolución bolchevique (1917) y su materialización en la Constitución de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia (1918), la Constitución de la OIT en la Parte XIII del Tratado de Versalles (1919), y la Constitución alemana de Weimar (1919).

30 “Las constituciones y los doctrinantes identificados con el nuevo constitucionalismo latinoamericano tienen en común las siguientes cinco características centrales: i) un mayor énfasis en los derechos sociales, económicos y culturales; ii) una fuerte tendencia hacia la democracia participativa que desplaza a la democracia meramente representativa [...]; iii) el reconocimiento de los sujetos colectivos como actores políticos [...]; iv) la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas y el rediseño de las instituciones del Estado con el fin de superar el concepto de multiculturalismo [...] y v) aumento de la intervención del Estado en la economía en contra del neoliberalismo y el sistema de libre mercado”. Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan, y Ximena Soley. “A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina:

rales. Así, se sucedieron las Constituciones de Venezuela (1961), Perú (1979)³¹, Honduras (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Brasil (1988), Nicaragua (1990), Colombia (1991)³², Paraguay (1992), Perú (1993)³³, Argentina (1994), Ecuador (1998), Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009), República Dominicana (2010), y Cuba (2019).

Fijando la atención en el proceso venezolano, expresado en las Constituciones de 1936, 1947, 1953, 1961 y 1999, cabría señalar que, dentro del estricto perímetro del *diálogo social* oitiano, se percibe nítidamente la consagración del derecho de *negociación colectiva* (1947, 1961 y 1999), apenas una referencia genérica a la *cogestión* como modalidad de *cooperación* entre empleadores y trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción (1999), y algunas iniciativas -sin concreción estable y eficaz- de institucionalización de la *colaboración* de las organizaciones de empleadores y de trabajadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas (1936, 1947 y 1961).

La Constitución de 20 de julio de 1936, símbolo del proyecto de modernización del país que pretendía dejar atrás el modelo gomecista instalado desde el 19 de diciembre de 1908, silenció los derechos colectivos del trabajo, percibidos como típicos instrumentos insurreccionales al servicio de las ideologías de izquierda³⁴. Sin embargo, previó -con análoga orientación a la instancia prevista en

un enfoque regional del constitucionalismo transformador”, *Ius Constitutionale Commune en América Latina Textos básicos para su comprensión*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Max Planck Institute, México, 2017, p. 47.

- 31 Su Capítulo V, titulado *Del Trabajo*, contempló, a lo largo de dieciséis artículos, una amplísima gama de derechos laborales. Me permito destacar, en la órbita del diálogo social, el reconocimiento de la libertad sindical, incluso para los trabajadores no dependientes (arts. 51 y 52), el derecho a la negociación colectiva (art. 54), y el “derecho de los trabajadores a participar en la gestión [...] de la empresa, de acuerdo con la modalidad de esta” (art. 56).
- 32 A propósito del diálogo social, destaco el derecho a la negociación colectiva y el deber estatal de promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo (art. 55); el mandato de constituir una “comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores”, con el objeto de fomentar las buenas relaciones laborales, contribuir a la solución de los conflictos colectivos de trabajo, y concertar las políticas salariales y laborales (art. 56); y la autorización al legislador para “establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas” (art. 57).
- 33 Aunque estrechó el catálogo de derechos laborales trazado en la Constitución de 1979, en línea con las ideas neoliberales que impulsó el Gobierno del Ing. Alberto Fujimori, garantizó la libertad sindical y la tríada de derechos colectivos que ésta abarca, es decir, la sindicación, la negociación colectiva y la huelga.
- 34 A este respecto, el art. 32.6 de la Constitución de 1936, enfatizando lo que ya había consagrado el art. 32.6 de la Constitución de la República de 1928, previó que: “...Se consideran contrarias a la independencia, a la forma política y a la paz social de la Nación, las doctrinas

el art. 165 de la Constitución de Weimar- la creación de un *Consejo de Economía Nacional*, concebido como instancia formal, orgánica, permanente y pluripartita³⁵ de diálogo y concertación social (art. 32.8°).

La Constitución de la República de 5 de julio de 1947, sancionada durante el denominado *trienio adeco* (1945-1948)³⁶, previó un amplio catálogo de derechos laborales. En particular, fueron consagrados el derecho de sindicalización (art. 42), la “estabilidad en el trabajo para los miembros de las directivas de los sindicatos de trabajadores, salvo en los casos de retiro plenamente justificados” (art. 63.7), el “contrato colectivo de trabajo, en el cual podrá incluirse la cláusula sindical³⁷” (art. 63.8), y el “derecho de huelga, salvo en los servicios públicos que determine la Ley” (art. 63.10). Del mismo modo, previó la conformación de un *Consejo de Economía Nacional*, similar al previsto por su antecesora, “integrado con la representación del capital, del trabajo, de las profesiones liberales y del Estado” (art. 75).

La Constitución de la República de 15 de abril de 1953, engendrada en la dictadura militar de Marcos Pérez Jiménez, prácticamente erradicó los derechos laborales, conservando apenas el derecho de sindicalización (art. 35.10) y la “libertad y protección del trabajo” (art. 35.11).

comunista y anarquista, y los que las proclamen, propaguen o practiquen serán considerados como traidores a la Patria y castigados conforme a las leyes. Podrá en todo tiempo el Ejecutivo Federal, hállese o no suspendidas las garantías constitucionales, impedir la entrada al territorio de la República o expulsarlos de él, por el plazo de seis meses a un año si se tratare de nacionales o por tiempo indefinido si se tratare de extranjeros, a los individuos afiliados a cualquiera de las doctrinas antedichas, cuando considerare que su entrada al territorio de la República o su permanencia en él pueda ser peligrosa o perjudicial para el orden público o la tranquilidad social”.

35 “...La República tendrá un *Consejo de Economía Nacional*, constituido por representantes de la población productora y de la consumidora, del *capital* y del *trabajo*, y de las profesiones liberales. El Poder Ejecutivo determinará sus funciones y organización...” (cursivas mías).

36 Período que inicia el 18 de octubre de 1945 con la denominada *revolución de octubre* que derrocó al presidente de la República, general Isaías Medina Angarita; prosigue con la elección, por votación universal, directa y secreta, del maestro Rómulo Gallegos, el 14 de diciembre de 1947; y concluye con el golpe de estado contra el presidente Gallegos, el 24 de noviembre de 1948, liderado por el coronel Carlos Delgado Chalbaud y los tenientes-coronel Marcos Pérez Jiménez y Luis Felipe Llovera Páez.

37 Norma de origen convencional que tiene por objeto la promoción y defensa de los intereses de la organización sindical. En el contexto de la Constitución de la República de 1947, pretendía especialmente aludir a “la obligación de los patronos de emplear exclusivamente a trabajadores suministrados por el sindicato”. Fernando Parra Aranguren, “La cláusula sindical en el derecho venezolano”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, núm. 42, Caracas, 1991, pp. 329-331.

Tras el derrocamiento del general Marcos Pérez Jiménez, acaecido el 23 de enero de 1958, el movimiento sindical venezolano, integrado en el Comité Sindical Unificado, celebró con la instancia cupular de representación de los intereses patronales, la Federación Venezolana de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción (FEDECAMARAS), el icónico *Pacto de Avenimiento Obrero-Patronal* de 24 de abril del mismo año³⁸, que tuvo como explícito objetivo moderar la conflictividad laboral e impulsar así la consolidación del emergente sistema democrático³⁹.

Con este contexto, la Constitución de la República de 23 de enero de 1961, reeditó el amplio inventario de derechos laborales que confeccionó la Constitución de 1947, del cual conviene resaltar lo concerniente al favorecimiento de las relaciones colectivas de trabajo y la promoción de la negociación colectiva (art. 90), la garantía de la existencia y funcionamiento de los sindicatos (art. 91), la protección legal en el empleo de promotores y dirigentes sindicales, “durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para asegurar la libertad sindical” (art. 91, único aparte), el derecho de huelga (art. 92), y el mandato al legislador para regular la “integración, organización y atribuciones de los cuerpos consultivos que se juzguen necesarios para oír la opinión de los sectores económicos privados [...] las organizaciones sindicales de trabajadores [...] en los asuntos que interesan a la vida económica (art. 109).

Como será destacado en la próxima sección, los contenidos ius laborales desarrollados por la Constitución de 1961, incluyendo específicamente el modelo de *diálogo social*, serán reproducidos, en gran medida, en la Constitución de 1999.

4.1. Superestructura

En el ámbito de la Constitución de 15 de diciembre de 1999, la libertad sindical aparece explícitamente consagrada en su art. 95:

“Los trabajadores y las trabajadoras, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como el de afiliarse o no a ellas, de conformidad con la ley. Estas organizaciones no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa. Los

38 Referido, por ejemplo, en el Informe de 17 de septiembre de 2019 (párr. 15), proferido por la Comisión de Encuesta designada por el Consejo de Administración de la OIT para analizar el incumplimiento por parte del Gobierno de Venezuela de los Convenios núms. 26, 87 y 144.

39 César Augusto Carballo Mena, “Delimitación del campo de batalla: la concertación social de 1958”, *Revista de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 157, enero-diciembre, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2018, pp. 423-426.

trabajadores y trabajadoras están protegidos contra todo acto de discriminación o de injerencia contrarios al ejercicio de este derecho. Los promotores, promotoras e integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales gozarán de inamovilidad laboral durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para el ejercicio de sus funciones”.

De otra parte, se inserta en el bloque de constitucionalidad, *ex art.23 CRBV*⁴⁰, el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)⁴¹, que ha provocado una densa y trascendental doctrina por parte de los órganos de control normativo de la OIT.

Más concretamente, el art. 96 CRBV prevé el derecho de los trabajadores, sin distinción, a la *negociación colectiva voluntaria* y a celebrar *convenciones colectivas de trabajo*, revestidas de eficacia *erga omnes*. Dichas previsiones devienen complementadas por lo establecido en el art. 4 del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), también revestido de jerarquía constitucional por imperativo del referido art. 23 CRBV:

“Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

En relación con la segunda interacción que el *diálogo social* engrana, es decir, la *cooperación* entre empleadores y trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, la CRBV alude genéricamente a la *autogestión* y *cogestión* como fórmulas de “participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, [...] en lo social y económico” (art. 70). En sentido análogo, se alude a la promoción de la participación de los trabajadores y las comunidades “en la gestión de las empresas públicas mediante mecanismos de *autogestión* y *cogestión*, en tanto expresión de los procesos de descentralización y transferencia de los servicios prestados por los Estados y los Municipios (art. 184.4)⁴².

40 “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 favorable a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

41 Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, sentencia N° 683 de 17 de junio de 2004: “De tal construcción funcional radica, el reconocimiento de la *libertad sindical* como *derecho humano fundamental*...”.

42 De conformidad con la Ley Orgánica de las Comunas de 30 de diciembre de 2024 (Gaceta Oficial N° 6.872 Ext. de la misma fecha), dichos procesos de “descentralización y

Como se observa, la normativa constitucional, aunque parca, brinda fundamento básico para que, a través de leyes, convenios colectivos y/o políticas patronales, se ensamblen diversas modalidades de participación de los trabajadores en la gestión de las empresas públicas o privadas. En este sentido, cabría adjudicar a éstos la gestión autárquica de la actividad empresarial o de alguna de sus fases o procesos (*autogestión*), o asegurarles la participación en dicha gestión en condiciones paritarias (*cogestión*), u ofrecerles mecanismos idóneos para ejercer influjo sobre los procesos decisionales del empleador (*coinfluencia*)⁴³.

Por último, en lo que atañe a la *colaboración* de las organizaciones de empleadores y de trabajadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas, es de admitir que la CRBV no prevé rudimento institucional alguno. Sin embargo, cabría vislumbrar la eventual construcción de una doctrina política y/o jurisprudencial que, enlazando los valores y principios que transversalizan al bloque de constitucionalidad, impusiese a los poderes públicos el deber de *dialogar* con los actores sociales cuyos intereses pudiesen devenir afectados por la implementación de políticas públicas.

Dentro del perímetro de la hipótesis trazada, encontramos que el Preámbulo de la CRBV refiere al objetivo de “establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica”, para cuya materialización se proclama el derecho de todos los ciudadanos de “participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas”, explanando que la “participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo” (art. 62 CRBV). En concordancia con lo anterior, los arts. 6, 18, 55 y 70 *eiusdem* enfatizan el rasgo democrático, participativo y protagónico del modelo de gobierno diseñado por el texto constitucional.

En suma, resulta inopinable afirmar, habida cuenta los argumentos conjuntos en los párrafos que preceden, que la CRBV traza, aunque con concreciones disímiles, los contenidos esenciales del *diálogo social* concebido por la OIT, toda vez que, en la esfera del nítido reconocimiento de la libertad sindical, consagra el derecho a la *negociación colectiva*, manifiesta la relevancia de implementar mode-

transferencia” encuentran a las comunas como destinatario privilegiado: “La República, los estados y municipios, de acuerdo con la ley que regula el proceso de transferencias y descentralización de competencias y atribuciones, transferirán a las comunas y a los sistemas de agregación que de estas surjan funciones de gestión, administración, control de servicios y ejecución de obras, atribuidos a aquéllos por la Constitución de la República, en pro de mejorar la eficiencia y los resultados en beneficio del colectivo”.

43 Osvaldo Mantero de San Vicente, *Cogestión en la empresa. Consideraciones acerca de un modelo para Venezuela*, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Caracas, 1986, pp. 103-110.

los de *autogestión* y *cogestión* empresarial, y -apenas- enuncia el carácter democrático, participativo y protagónico de la *gestión de los asuntos públicos*.

Sin embargo, tal como será relatado en la próxima sección, la declaración del *diálogo social* y sus contenidos esenciales en la *vitrina constitucional* no se traduce -ni se tradujo bajo el imperio de otros textos constitucionales- en su materialización o despliegue efectivo en la esfera del mundo del trabajo. Un derecho inerte a la espera del empujón que no llega. Quizá se trate de alguna severa avería en la *sala de máquinas* del texto constitucional. Quizá sea, más bien, una eficiente y conservadora fórmula que conjuga apetitosas promesas con premeditadas frustraciones. ¡Viva el *diálogo social*...en la fosa cavada a su medida!

4.2. Sala de máquinas

Como quedó de manifiesto, la CRBV, al igual que sus antecesoras de 1947 y 1961, plasmó -con sus peculiaridades- los contenidos esenciales del *diálogo social*, en los términos que ha esbozado la OIT. Sin embargo, lejos de las líneas arquitecturales trazadas por los textos constitucionales, nuestro sistema de relaciones laborales, sobre todo en los últimos dos decenios, ha exhibido protuberantes disfunciones e institutos -prácticamente- inexplorados.

En concreto, se advierte que la *negociación colectiva* se encuentra arraigada principalmente en las empresas del sector industrial, soporta una intensa y totalizante injerencia administrativa, y ejerce un precario influjo sobre la gobernanza democrática de las relaciones laborales; el régimen de *cooperación* entre empleadores y trabajadores en las instancias de gobierno de los institutos, organismos de desarrollo económico y empresas estatales fue erradicado sin que algún modelo alternativo y eficaz fuese ensayado; y la *colaboración* de las organizaciones de empleadores y de trabajadores en el ciclo de las políticas públicas fue estigmatizada y desmantelada por completo, o a lo sumo espasmódica y ornamentalmente coreografiada.

En efecto, el carácter *voluntario* de la *negociación colectiva*, previsto en los arts. 96 CRBV y 4 del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), deviene ultrajado frontalmente por el modelo legislativo inaugurado en 1936 y vigente -incluso exacerbado- hasta nuestros días, caracterizado por su marcado *procedimentalismo*, *formalismo* y *dirigismo administrativo*.

Así, por ejemplo, la *negociación colectiva descentralizada*, es decir, aquella implantada a nivel de *empresa* o *centro de trabajo*, debe discurrir a través de cauces que, lejos de *estimularla* y *fomentarla*⁴⁴, tienden a ralentizarla y frustrar, en gran

44 Como prevé el referido art. 4 del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98): “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones

medida, su potencial efecto democratizador de las relaciones laborales: (i) la organización de los trabajadores debe presentar ante la inspección del trabajo competente el *proyecto de convenio colectivo* y los *recaudos* que demuestren su válida adopción en asamblea o referéndum (art. 394.d del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras⁴⁵); (ii) la autoridad administrativa procede a revisar la documentación y, si lo estima conveniente, puede exigir la *subsanción de los errores u omisiones advertidos* (aplicación analógica del art. 386 DLOTTT, en concordancia con los arts. 5 y 50 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos); (iii) de no ser el caso, corresponde *admitir* el proyecto de convenio colectivo y *notificar* al empleador concernido para que asista al *acto de instalación* de la negociación colectiva (art. 448 DLOTTT); (iv) en dicho acto, el empleador o terceros interesados podrán promover las *defensas* que estimen procedentes, a los fines de *desvirtuar* o *reconducir* el proceso (art. 439 DLOTTT); (v) a la instancia administrativa corresponde *decidir* las defensas opuestas (art. 439 DLOTTT); (vi) dependiendo del contenido de la decisión, la negociación colectiva será *desechada* o *continuará su curso*; (vii) en este último caso, el funcionario determinará, según su disponibilidad, la *frecuencia y duración* de las *reuniones* de negociación (art. 449 DLOTTT); (viii) a solicitud de los actores, este podrá autorizar que la negociación sea *gobernada autónomamente* por sus actores (art. 449 DLOTTT); (ix) el proceso puede extenderse hasta por ciento ochenta (180) días y, por tanto, la autoridad podría negar el trámite de cualquier pliego conflictivo conducente a huelga antes de agotarse dicho lapso (arts. 441 y 476 DLOTTT); (x) celebrada la convención colectiva, esta deberá *someterse* a la inspección del trabajo para que, analizados sus contenidos, le imparta su *homologación* (art. 450 DLOTTT) o, en su defecto, ordene *subsancar* los *errores u omisiones* que haga constar (art. 451 DLOTTT); y (xi) en todo caso, dicha autoridad podrá optar por *homologar parcialmente* el convenio colectivo, vulnerando manifiestamente el equilibrio negocial (art. 451 DLOTTT).

Es de advertir, que en el supuesto de *negociaciones colectivas centralizadas* (arts. 452-471 DLOTTT), es decir, implantadas en un determinado *sector de actividad* o *industria*, o insertas en el *sector público*, de ámbito *nacional, estatal* o *municipal* (arts. 442-447 DLOTTT), las asfixiantes injerencias administrativas y farragosos formalismos procedimentales, antes reseñados, devienen notablemente amplificados.

nacionales, cuando ello sea necesario, para *estimular y fomentar* entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

45 En lo sucesivo, DLOTTT.

En segundo lugar, a propósito de la *cooperación* de empleadores y trabajadores en el seno de la empresa, conviene destacar el régimen, implementado desde 1966⁴⁶, por cuya virtud debían elegirse dos *directores laborales* en las instancias cupulares de gobernanza de los institutos autónomos, las empresas públicas y los organismos estatales de desarrollo económico. En su último estadio, uno de estos directores debía ser electo por la “confederación sindical que represente el mayor número de trabajadores a escala nacional, que haya tenido más regularidad en su funcionamiento y cuyas actividades se cumplan en mayor extensión territorial”⁴⁷, mientras que el segundo debía ser “elegido por los trabajadores por votación directa y secreta”⁴⁸. Dicha modalidad fue desarticulada mediante Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente de 30 de enero de 2000⁴⁹, en cuyo ámbito se sostuvo, sin que le antecediese análisis objetivo alguno, que “la representación de los directores laborales en las empresas del Estado ha dejado de cumplir con los principios y objetivos establecidos en la Ley Orgánica del Trabajo y se ha convertido en un factor de perversión y de corrupción de la actividad laboral”⁵⁰. Con base en lo afirmado, el Decreto que se comenta ordenó que los directores laborales cesaran de inmediato en el ejercicio de sus funciones⁵¹ y que fuesen organizadas, dentro del plazo perentorio de sesenta (60) días, elecciones en cada empresa u organismo para elegir a los directores sustitutos. De este modo, se produjo la palmaria *desindicalización* del derecho de los trabajadores a participar en la gestión de los institutos autónomos y empresas estatales y, a la postre, su integral supresión.

En consecuencia, la única fórmula legislativa de *cooperación* entre empleadores y trabajadores que ha sobrevivido se circunscribe a la *cogestión orgánica* que se desenvuelve dentro del perímetro de los comités -paritarios- de seguridad y salud laboral previstos, desde 1986 y como influjo del Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155)⁵², en la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo⁵³.

46 Ley sobre Representación de los Trabajadores en los Institutos, Organismos de Desarrollo Económico y Empresas del Estado de 1° de julio de 1966.

47 Ley Orgánica del Trabajo (1990), art. 612.

48 Ley Orgánica del Trabajo (1990), art. 613.

49 Gaceta Oficial N° 36.904 de 2 de marzo de 2000.

50 Considerando único.

51 Art. 1.

52 Ratificado por Venezuela el 24 de junio de 1984.

53 La Ley vigente fue promulgada el 30 de junio de 2005 y prevé el régimen de los comités de seguridad y salud laboral en sus arts. 41y 46-50.

De tal suerte que las expresiones de *autogestión* y *cogestión* proclamadas por el art. 70 CRBV como “medios de participación y protagonismo del pueblo [...] en lo social y económico”, lejos de expandirse han devenido marginados por razones ideológicas. En efecto, el presidente de la República, Hugo Chávez, en el año 2005⁵⁴, se declaró comprometido con la transición al *socialismo*, lo cual entrañó la exacerbación de la idea del conflicto de clases y, por tanto, el cuestionamiento de cualquier iniciativa de colaboración entre empleadores y trabajadores en el seno de las empresas privadas. La anterior afirmación luce confirmada por la proyectada -y a la postre, frustrada- reforma del art. 70 CRBV, sometida a referéndum popular -según lo previsto en el art. 344 CRBV- el 2 de diciembre de 2007, por cuya virtud se pretendía sustituir la referencia amplia a la *cogestión* por la más limitada *gestión democrática de los trabajadores de cualquier empresa de propiedad social directa o indirecta*. El fundamento de la reforma apuntada no podía ser otra que advertir que la *cogestión* en empresas de propiedad privada resultaría contradictoria con la implantación del modelo económico socialista y la consecuente concepción del capitalismo como sistema de explotación de la clase trabajadora⁵⁵.

Desde la perspectiva ideológica expuesta, el objetivo constitucional de implementar fórmulas de *cogestión*, basadas en el reconocimiento de la empresa como *espacio de cooperación* entre el empleador y los trabajadores, mereció la censura de los detentadores del poder y, consecuentemente, su sustitución por *mecanismos de control de la gestión empresarial* que facilitasen la transición al modelo socialista de producción. En este ámbito se insertan los *consejos de trabajadores* como instancias del *poder popular* y actores hegemónicos del sistema de relaciones laborales, a los que corresponde ejercer funciones contraloras sobre la gestión empresarial para asegurar el desarrollo productivo de la Nación y la satisfacción

54 “[E]l capitalismo no se va a trascender por dentro del mismo capitalismo, no. Al capitalismo hay que trascenderlo por la vía del socialismo, por esa vía es que hay que trascender el modelo capitalista, el verdadero socialismo, la igualdad, la justicia” (*El futuro del norte es el sur. Discurso del presidente Chávez en el Foro Social Mundial. Río Grande do Sul. 30 de enero de 2005*. Publicación del Ministerio de Comunicación e Información de la República Bolivariana de Venezuela, Caracas, p. 26. Disponible en: <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/downloads/2013/02/folletoeluturodelnorteelsur.pdf>).

55 César Augusto Carballo Mena, “DLOTTT. Instrumento transicional hacia un modelo socialista de relaciones laborales”, *Decreto Ley Orgánica de Trabajo: Balance de un decenio*, C. A. Carballo (Coord.), UCAB, Caracas, 2022, pp. 59-62.

de las necesidades populares⁵⁶, *ex arts.* 7.6⁵⁷ y 8.5⁵⁸ de la Ley Orgánica del Poder Popular⁵⁹, 4.5 de la Ley Orgánica de las Comunas⁶⁰, 497 y 498 DLOTTT⁶¹, 1, 5 y 12 de la Ley Constitucional de los Consejos Productivos de Trabajadoras y Trabajadores⁶².

Esta sustitución -fraguada desde la *sala de máquinas constitucional*- del esquema de *cooperación entre capital y trabajo*, sugerido por el art. 70 CRBV, por el *control exógeno de la gestión empresarial* a través de los *consejos de trabajadores* u otras instancias análogas, explica también que el *derecho de los trabajadores a participar en la gestión de la unidad productiva* hubiese sido excluido, *ex art.* 356 DLOTTT, de los contenidos esenciales de la libertad sindical, tal como lo prevé su nítido antecedente reglamentario⁶³.

- 56 Como manifestó un representante de la Central Bolivariana Socialista de Trabajadores y Trabajadoras de la Ciudad, el Campo y la Pesca: el objetivo de los CPT es “impulsar, elevar y controlar los procesos de producción, abastecimiento, comercialización y distribución de los bienes y servicios para satisfacer las necesidades de la población”. Informe de 17 de septiembre de 2019, Comisión de Encuesta designada por el Consejo de Administración de la OIT para analizar el incumplimiento por parte del Gobierno de Venezuela de los Convenios núms. 26, 87 y 144, párr. 183. Por tal virtud, se destaca la “integración [de tales instancias] como parte del entramado de control estatal y cívico-militar en las relaciones colectivas del trabajo desarrollado por el Gobierno en aras de promover su proyecto político”. Ibidem, párr. 489.
- 57 Uno de los fines que se atribuyó al Poder Popular era “vigilar que las actividades del sector privado con incidencia social se desarrollen en el marco de las normativas legales de protección a los usuarios y consumidores”. Esta finalidad fue suprimida en la Ley de reforma de 6 de junio de 2024, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.812 Extraordinario de la misma fecha.
- 58 La referencia a los “consejos de trabajadores y trabajadoras” fue suprimida en la Ley de reforma de 6 de junio de 2024, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.812 Extraordinario de la misma fecha.
- 59 21 de diciembre de 2010, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario de la misma fecha, y reformada mediante Ley de 6 de junio de 2024, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.812 Extraordinario de la misma fecha.
- 60 21 de diciembre de 2010, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.011 Extraordinario de la misma fecha, reformada mediante Ley de 30 de diciembre de 2024, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.872 Extraordinario de la misma fecha.
- 61 En línea con lo expuesto, el art. 356 DLOTTT, al reproducir lo previsto en el art. 113.b.vi del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (1999, reformado en 2006), suprimió la referencia a la *participación de los trabajadores en la gestión empresarial* como contenido esencial de la libertad sindical.
- 62 30 de enero de 2018, publicada en la Gaceta Oficial N° 41.336 de 6 de febrero del mismo año.
- 63 Art. 113.b.vi del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (2006): “Contenidos esenciales: la libertad sindical comprende [...] en su esfera colectiva, el derecho de las organiza-

Por último, en lo que atañe a la *colaboración* de las organizaciones de trabajadores y de empleadores en el ciclo de las políticas públicas, fue reproducido, incluso con mayor virulencia, la degradación descrita en los párrafos anteriores. Ello derivó de la descalificación, por parte del Ejecutivo Nacional, de los actores sociales: la *autarquía sindical* y la *representación de los intereses grupales de los trabajadores*⁶⁴ fueron repudiadas, en tanto manifestaciones típicamente *reivindicacionista*, propias del sistema capitalista; y los *empleadores privados* y sus *organizaciones* fueron identificados con el “sistema destructivo y salvaje del capitalismo” que debe ser erradicado y sustituido por el modelo alternativo del socialismo bolivariano del siglo XXI⁶⁵.

En consonancia con lo anterior, el DLOTTT -en el antes referido art. 356-excluyó al *diálogo social* de los contenidos esenciales de la libertad sindical⁶⁶, y se abstuvo de reproducir, en transgresión de lo previsto en los arts. 2 y 3.2 del Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 26)⁶⁷, la modalidad de fijación del salario mínimo a través de una *comisión tripartita nacional*, según lo previsto en los arts. 167-170 de la -derogada por aquel Decreto- Ley Orgánica del Trabajo (1990) y 61.a de su Reglamento (2006).

A manera de síntesis, en desmedro del derecho constitucional al *diálogo social*, en el país opera, por influjo del Ejecutivo Nacional, un “complejo entramado —

ciones sindicales y demás instancias de representación colectiva a [...] ejercer la actividad sindical que comprenderá, en particular, [...] la participación en [...] la gestión de la empresa...”.

64 “...los sindicatos no quieren tener nada que ver con el partido ni con el gobierno, quieren ser autónomos; es una especie de chantaje y resulta que entonces tenemos, hemos tenido y seguimos teniendo unos sindicatos como inodoros, insípidos [...] que pierden de vista la lucha histórica de la clase obrera por la Revolución, con el cuento de que son autónomos los sindicatos”. Hugo Chávez Frías, discurso pronunciado el 24 de marzo de 2007. Disponible en: [http:// www.elmilitantevenezuela.org/index.php?option=com_content&view=article&id=5802:declaracion-de-la-cmr-sobre-la-consigna-de-autonomia-sindical&catid=3&Itemid=100037](http://www.elmilitantevenezuela.org/index.php?option=com_content&view=article&id=5802:declaracion-de-la-cmr-sobre-la-consigna-de-autonomia-sindical&catid=3&Itemid=100037).

65 Plan de la Patria. Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación, 2013-2019 (Objetivo II), presentado por el Pdte. de la República, Nicolás Maduro, a la Asamblea Nacional el 28 de septiembre de 2013 y aprobado por ésta mediante Acto Legislativo de 3 de diciembre del mismo año (Gaceta Oficial núm. 6118 Extraordinario de 4 de diciembre de 2013).

66 El art. 113.b.vi del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (2006) contempla, entre los contenidos esenciales de la libertad sindical, en su esfera colectiva, “el derecho de las organizaciones sindicales y demás instancias de representación colectiva a [...] ejercer la actividad sindical que comprenderá, en particular, [...] la participación en el diálogo social...”.

67 Ratificado por Venezuela el 20 de noviembre de 1944.

en el derecho y en la práctica— que vulnera [la libertad sindical...], en particular los derechos de las organizaciones de elegir libremente sus representantes, organizar su administración y sus actividades y formular su programa de acción”⁶⁸; reflejando así “problemas sistémicos en el funcionamiento del Estado de derecho en el país”⁶⁹. En particular, dicho entramado se manifiesta a través de “actos de violencia, incluidos asesinatos, así como impunidad o falta de esclarecimiento de los mismos; persecución y múltiples formas de acoso a empleadores y sindicalistas; prácticas de favoritismo o promoción de organizaciones paralelas y de discriminación, suplantación y trabas al funcionamiento de organizaciones no afines; y ausencia de consulta tripartita y exclusión del diálogo social”⁷⁰.

5. Colofón

*“...cuánta vida nos guarda la tierra todavía cuando
mañana despierte”* Eugenio Montejo, *Mi lámpara*

El *poder*, arrogante por definición, tiende a concentrarse y repulsar cualquier opción redistributiva, por tímida que resulte. En nombre de los sagrados intereses del pueblo, este suele ser apartado de los procesos decisionales que pueden afectar sus intereses.

Se vulnera así el paradigma, simple sólo en apariencia, según el cual resulta imperativo:

“...estructurar la toma de decisiones democráticas de modo tal que todos aquellos que sean afectados por decisiones colectivas, políticas o leyes en contextos institucionales o comunitarios de la vida política, económica o social deberían poder pronunciarse al respecto [...] Los derechos de participación democrática derivan del reconocimiento de que las oportunidades de comprometerse en actividades comunes son una condición importante para las personas como seres sociales, y que si uno no domina a otros en este contexto, todos deben tener iguales derechos para codeterminar tales actividades”⁷¹.

En la esfera del mundo del trabajo, lo antes afirmado supone asumir al *diálogo social*, constitucionalmente consagrado, como instrumento idóneo de gobernanza democrática que conjuga una tríada de interacciones fundamentales, es decir,

68 Informe de 17 de septiembre de 2019..., ob. cit., párr. 483.

69 Ibidem, párr. 493.

70 Ibidem, párr. 494.

71 Ver, Carol C. Gould, *Empowering Affected Interests. Democratic Inclusion in a Globalized World*, Archon Fung y Sean W. D. Gray (editores), Cambridge University Press, 2024, p. 162. DOI 10.1017/9781009453981.

la *negociación colectiva*, la *cooperación* en la empresa, y la *colaboración*, en el diseño, implementación y/o valoración de las políticas públicas en materia económica y social.

No obstante, aunque la Constitución vigente es un texto “amplio en términos de participación popular”, preserva “extensivos poderes y campo de acción al Poder Ejecutivo”⁷², facilitando la concentración del *poder* y la sumisión de los actores sociales, sea que adopte un *sistema populista de conciliación*⁷³, como -en términos generales- fue concebido e implementado durante el período 1958-1999⁷⁴, o en su lugar, opte por ensamblar *mecanismos institucionales e informales de injerencia y control estatal*, en los términos puestos en evidencia a lo largo del siglo XXI⁷⁵.

Ciertamente, bajo uno u otro esquema, el Ejecutivo Nacional ha preservado incólume el hegemónico poder regulatorio del sistema de relaciones laborales que le fue adjudicado, con inopinables propósitos asépticos⁷⁶, en la Ley del Trabajo de 1936. Dentro de este perímetro, los canales sociodialógicos de interacción, desti-

72 Ricardo Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución...*, ob. cit., p. 315.

73 “...constituido por un complejo sistema de negociación y acomodación de intereses heterogéneos, en el que los mecanismos de tipo utilitario iban a desempeñar un papel central en la generación de apoyos al régimen y, por consiguiente, en el mantenimiento del mismo”. [...] Dos son los factores fundamentales en los que se ha basado el funcionamiento de este sistema. En primer lugar, el papel central desempeñado por el Estado venezolano, como principal actor y propulsor del proceso de desarrollo y como distribuidor de sus beneficios. En segundo lugar, las funciones cumplidas por los partidos políticos y unos pocos grupos organizados (grupos de presión institucionales y asociacionales [entre ellos, organizaciones de trabajadores y de patronos]), como mediadores entre el Estado y el conjunto de la sociedad”. Juan Carlos Rey, “La democracia venezolana y la crisis del sistema populista de conciliación”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 74, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 1991, pp. 543 y 544.

74 “A partir de 1958 comienza a crearse en el país un sistema de relaciones laborales basado fundamentalmente en la negociación colectiva y, en menor grado, en formas de participación en la empresa y de consulta tripartita en lo relacionado con la política económica y social”. Informe de 17 de septiembre de 2019..., ob. cit., párr. 16.

75 Ibidem, párrs. 483, 486, 489, 493 y 497.2.iii.

76 “Se ha entrado en todas las legislaciones a regular estrechamente la vida de los sindicatos, para evitar que sus actividades se desvíen del cauce que legítimamente les toca. Pero se ha pensado, más seriamente, en la necesidad de transformar la propia estructura que los compone, la cual naturalmente tiende a la lucha de clases [...Por ello, la evolución del movimiento sindical es] digna de acelerar, corregir y encauzar, para que pueda conducir a sus finalidades legítimas sin ser un instrumento de la demagogia política y de la revolución social [...] Por eso existe en nuestras leyes la prohibición de que sean miembros de la Directiva (de las organizaciones sindicales), extranjeros que no tengan por lo menos diez años de residencia en el país: para evitar que en ellas puedan predominar intereses internaciona-

nados a promover la gobernanza democrática de las relaciones laborales, resultan obstruidos y sus efectos notablemente precarizados.

En definitiva, el *diálogo social*, aunque revestido de *fundamentalidad* y *propiedades habilitantes*, yace durmiente en la esfera dogmática de la Constitución, mientras que su estructura orgánica reproduce la fisiología original del sistema autoritario de relaciones laborales⁷⁷, caracterizado por el poder omnímodo del Ejecutivo Nacional para así *injerir* de modo totalizante en la *negociación colectiva*, *desalentar* la *cooperación* de trabajadores y empleadores en las empresas, *implantar* en estas fórmulas de *control* orientadas a la consecución de su proyecto político, y *colapsar* las -pocas y endebles- instancias de *colaboración* de los actores sociales en el ciclo de las políticas públicas.

Bibliografía

- ABAT NINET, Antoni. “La Constitución de Querétaro. Revolución y Constitución, aspectos originales y sugestios desde el Derecho Constitucional Comparado”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N°36, 2017.
- BOGDANDY, Armin von, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MORALES ANTONIAZZI, Mariela, PIOVESAN, Flávia, y SOLEY, Ximena. “A manera de prefacio. Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador”. En: BOGDANDY, Armin von, MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinadores). *Ius Constitutionale Commune en América Latina Textos básicos para su comprensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro - Max Planck Institute, México, 2017.
- CALDERA, Rafael. *Derecho del Trabajo*. Tipografía La Nación, Caracas, 1939.
- CARBALLO MENA, César Augusto. “Delimitación del campo de batalla: la concertación social de 1958”. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 157, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2018.
- CARBALLO MENA, César Augusto. “DLOTTT. Instrumento transicional hacia un modelo socialista de relaciones laborales”. En: CARBALLO MENA, C. A. (Coord.). *Decreto Ley Orgánica de Trabajo: Balance de un decenio*. UCAB, Caracas, 2022.

listas sobre los de la patria...”. Rafael Caldera, *Derecho del Trabajo*, Tipografía La Nación, Caracas, 1939, pp. 621, 638 y 642.

77 Por ello, se afirma que “...el mejor cambio en la sección de los derechos es el que se asegura actuando sobre la organización del poder”. Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución...*, ob. cit., p. 253.

- CARBALLO MENA, César Augusto. *Diálogo social. El artefacto irénico de la OIT*. Caracas, 2025.
- CHÁVEZ FRÍAS, Hugo. “El futuro del norte es el sur. Discurso del presidente Chávez en el Foro Social Mundial. Rio Grande do Sul. 30 de enero de 2005”. Publicación del Ministerio de Comunicación e Información de la República Bolivariana de Venezuela, Caracas. Disponible en: <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/downloads/2013/02/folletoeluturodelnorteeselsur.pdf>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del caso Huilca Tecse vs. Perú de 3 de marzo de 2005.
- DUHAIME, Bernard y DÉCOSTE, Éloïse. “From Geneva to San José: The ILO standards and the Inter-American System for the protection of human rights”. *International Labour Review*, Vol. 159, N°4, Ginebra, 2020.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. “Diálogo social: teoría y práctica”. *IUSLabor*, N°1, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2006.
- GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran -por fin- al diálogo ciudadano*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2021.
- GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Katz, Buenos Aires, 2014.
- GIUZIO, Graciela. “Los sujetos del diálogo social. Los sindicatos, los empleadores y sus organizaciones y el Estado. Experiencias concretas en América Latina y Europa”. *Boletín Cinterfor*, núm. 156, 2005.
- GOULD, Carol C. *Empowering Affected Interests. Democratic Inclusion in a Globalized World*. FUNG, Archon y GRAY, Sean W. D. (editores). Cambridge University Press, 2024.
- MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. *Cogestión en la empresa. Consideraciones acerca de un modelo para Venezuela*. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Caracas, 1986.
- OIT. *Diálogo social tripartito de ámbito nacional. Una guía de la OIT para una mejor gobernanza*. OIT, Ginebra, 2017.
- OIT. *Social Dialogue. Finding a common voice*. Disponible en: <https://webapps.ilo.org/public/english/dialogue/download/brochure.pdf>.
- PARRA ARANGUREN, Fernando. “La cláusula sindical en el derecho venezolano”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, núm. 42, Caracas, 1991.

REY, Juan Carlos. “La democracia venezolana y la crisis del sistema populista de conciliación”. *Revista de Estudios Políticos*, N°74, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 1991.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala de Casación Social. Sentencia N°683 de 17 de junio de 2004.

Diálogo social: instrumento democrático y derecho humano. Notas para el caso venezolano¹

Anselmo Coelho Hernández²

Ya el Papa León XIII – que vivió en un periodo histórico de transformaciones epocales y disruptivas – aspiraba a contribuir a la paz estimulando el diálogo social.

Papa León XIV, *Discurso ante la Fundación Centesimus Annus*, 17 de mayo de 2025

Liminar

Agradezco profundamente la oportunidad que me brindan los coordinadores de esta obra para unirme en celebración de los cincuenta años de existencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello (IIJ). Es especialmente valioso el esfuerzo que han hecho para que esta conmemoración sirva como excusa para reivindicar la labor investigativa del IIJ a través de la presentación de ensayos que posen la mirada en el horizonte y ofrezcan a los lectores reflexiones jurídicas actuales y de calidad. Espero que estas breves notas sirvan a cumplir tal propósito.

-
- 1 Con el fin de facilitar la lectura, en este ensayo he optado por utilizar algunos sustantivos masculinos en su versión genérica, con lo cual debe entenderse, salvo que de su contexto se desprenda lo contrario, que los mismos hacen referencia por igual a cualquier género, sin distinción alguna.
 - 2 Abogado mención *cum laude*, candidato a Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Asistente académico en las cátedras Derecho Constitucional Venezolano y Derecho Colectivo del Trabajo. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas UCAB. ORCID: 0000-0002-2014-6432.

El rol del Derecho del Trabajo democrático y democratizador

La democracia moderna, o al menos sus ideas incipientes, están asociadas a las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, dígase, la francesa, la norteamericana y las hispanoamericanas³. Por esa razón, los estudios sobre las instituciones fundamentales del Estado Constitucional y Democrático de Derecho suelen anclarse, en cierta medida, a esos procesos históricos y los pensamientos de sus autores⁴. Sin embargo, como ha advertido Manin⁵, el fenómeno democrático ha mantenido el mismo nombre, pero mutado en su contenido para adecuarse a los tiempos⁶.

Una parte significativa de esa transformación –o ampliación– del significado de la democracia ocurrió entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, cuando los sistemas políticos *teóricamente perfectos* que se habían adoptado en el siglo precedente comenzaron a agrietarse y desmoronarse frente a la presión de la afamada *cuestión social*, que Caldera expresó como «*la forma económica del gran problema de la humanidad [...] la descomposición social saturada del amargo sabor de la angustia económica*»⁷. El estado económico deplorable, acunado por la revolución industrial y la doctrina del *laissez-faire*, era razón suficiente, a juicio de muchos, como para rebelarse e intentar instituir un nuevo sistema, imitando a sus predecesores que hicieran lo propio contra el Antiguo Régimen. No es casualidad, así, que la encíclica *Rerum Novarum* del papa León XIII abriera con la siguiente frase:

3 Ver, por todos: Allan Brewer-Carías, *Reflexiones sobre la revolución americana (1776), la revolución francesa (1789) y la revolución hispanoamericana (1810-1830), y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 3ª edición ampliada, Editorial Jurídica Venezolana, Panamá, 2019.

4 Ángel Garrorena Morales. *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 48: «Según sabemos, esta primera concepción de la Constitución fue obra de la burguesía y asumió como propios los grandes postulados de la ideología liberal».

5 Bernard Manin, *The principles of representative government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 193-234.

6 Una explicación para la supervivencia del *nomen* democracia puede encontrarse en la obra de Sartori, al aludir al valor prescriptivo del término: «[...] aun cuando el término democracia no nos sirve para fines descriptivos, es necesario para efectos normativos». Ver: Giovanni Sartori, *¿Qué es la democracia?*, Tribunal Federal Electoral, Ciudad de México, 1993, p. 4.

7 Rafael Caldera, *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, El Ateneo, Buenos Aires, 1972, p. 30.

Despertado el prurito revolucionario que desde hace ya tiempo agita a los pueblos, era de esperar que el afán de cambiarlo todo llegara un día a derramarse desde el campo de la política al terreno, con él colindante, de la economía⁸.

La advertencia del sumo pontífice no era, de manera alguna, vacía. La reacción ante la calamidad económica era inevitable, la cuestión era, básicamente, si esta iba a implicar una demolición de la realidad económica y política, o si la misma podía ser canalizada dentro del modelo social imperante. La caída del régimen zarista en 1917 fue una clara demostración de las consecuencias de la primera alternativa, el triunfo de la propuesta de Marx, dirigida por Lenin, resultó en la destrucción violenta de lo conocido, para dar pie a un nuevo y desconocido orden de cosas.

Las democracias occidentales, así, optaron por la creación de una *solución defensiva*⁹ en lo que, a la postre, sería la insipiente del derecho del trabajo. El objetivo era la creación de un cauce para gestionar la alta conflictividad *dentro* del sistema económico y político del capitalismo liberal¹⁰. La Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) reconoció tal fin en su preámbulo: «[...] *existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos [y] que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales*»¹¹.

La solución encarnada en el *nuevo derecho* se fundó sobre el reconocimiento de dos verdades elementales concatenadas: (i) las personas tienen una dignidad intrínseca y esta se pone en juego en la actividad del trabajo y (ii) por lo tanto, en los términos de la Declaración de Filadelfia: «*el trabajo no es mercancía*»¹². Hugo Sinzheimer lo expresó de la siguiente manera: «*El hombre tiene una dignidad. Lograr tal dignidad es la misión especial del Derecho del Trabajo. Su función consiste en evitar que el hombre sea tratado igual que las cosas*»¹³. Para cumplir esta

8 León XIII, *Carta Encíclica Rerum Novarum*, Imprenta de la Santa Sede, Ciudad del Vaticano, 1891, párr. 1. Disponible en: http://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html.

9 En los términos de Manuel Carlos Palomeque, “La construcción institucional del Derecho del Trabajo”, *Revista Jurídica del Trabajo*, vol. 5, n°15, Montevideo, 2024, p. 126.

10 Ídem: «La legislación obrera [pretendía] a través de una normativa protectora de los trabajadores, proveer a la integración del conflicto social en términos compatibles con la viabilidad del sistema establecido».

11 OIT, *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo*, Versalles, 1919, preámbulo.

12 OIT, *Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo*, Filadelfia, 1944, Parte I (a).

13 Hugo Sinzheimer, “La esencia del Derecho del Trabajo”, *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*,

misión, articuló dos mecanismos concurrentes: la protección policiva estatal y la protección autónomamente alcanzada por los trabajadores a través de la libertad sindical¹⁴.

Hasta entonces, la acción colectiva de los trabajadores había sido severamente perseguida y criminalizada, en nombre de la libre competencia. El cambio de paradigma implicó que esa misma coordinación fuera, en primera instancia, tolerada¹⁵ y luego, protegida, incluyéndola dentro de los catálogos de derechos fundamentales y de derechos humanos¹⁶.

Ello no constituyó, de ninguna manera, una mera concesión bienintencionada del sistema –de hecho, al menos en América Latina, se hizo limitadamente¹⁷–, sino una herramienta sagaz de integrar a los actores principales del conflicto social en su contención. Esto tuvo como consecuencia que los actores sociales se convirtieron en defensores del sistema, y el conflicto transmutó de amenaza a motor dinamizador de progreso y evolución.

Por una parte, el surgimiento del derecho del trabajo, y en particular, el derecho colectivo construido alrededor de la libertad sindical representó una superación del modelo autocrático de producción imperante hasta entonces¹⁸, siendo sustituido por un modelo democrático de relaciones laborales, del cual la libertad

Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984, p. 73.

14 César Carballo, *Derecho del trabajo. Trazos cardinales*, Palestra, Lima, 2025, p. 87.

15 Un ejemplo de esta aproximación hacia la libertad sindical la constituye la famosa Ley Antimonopolio Clayton de los Estados Unidos, adoptada en 1914 para modificar las secciones del Código de los Estados Unidos referidas a la regulación antimonopolio, y excluyó explícitamente a las organizaciones sindicales de su regulación, consagrando: «*The labor of a human being is not a commodity or article of commerce. Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor, agricultural, or horticultural organizations, instituted for the purposes of mutual help [...]*» norma aún vigente (15 U.S.C. §17).

16 Una enumeración de tratados internacionales que consagran el derecho a la libertad sindical puede encontrarse en: César Carballo, *Derecho del trabajo. Trazos cardinales*, op. cit., pp. 275-279.

17 Adrián Goldin, “The development of the Law of Work in Latin America”, *The Oxford Handbook of the Law of Work*, Oxford University Press, Oxford, 2024, p. 84: «*The legal regimes of collective labour relations [...] was based on the already mentioned original distrust of the Latin American legislator towards the unions [...] channelled [...] in the form of a hard restrictive regulation*».

18 Kate Andrias, «“Labour and Democracy”, *The Oxford Handbook of the Law of Work*, Oxford University Press, Oxford, 2024, pp. 130-132.

sindical es, a la vez, presupuesto y vehículo¹⁹. De modo que uno de los procesos evolutivos que referimos es la introducción de las ideas democráticas en los centros de trabajo, con miras a su democratización. Este proceso pretendió replicar, a pequeña escala en cada organización productiva, el sistema político que se había asumido para la sociedad en pleno. No era otra cosa que romper con la disonante coexistencia de la democracia política con el autoritarismo económico.

De otro lado, y quizás más importante aún, el Derecho del Trabajo se fundió en el corazón del constitucionalismo, dando origen al Estado Social, una fórmula que superó –es decir, perfeccionó o evolucionó– al clásico Estado liberal, abandonando el nudo abstencionismo que permitía a la sociedad alcanzar una presunta autorregulación perfecta, e incorporando la noción firmemente enraizada de la protección de la dignidad humana. Esto tiene, como indica Rodríguez Arana una «*muy relevante proyección acerca del sentido y funcionalidad de los derechos fundamentales de la persona, que pasan de ser barreras inmunes a la acción de los poderes públicos a elementos estructurales básicos y directrices básicas de la acción del Estado*»²⁰.

En el Derecho del Trabajo, dicho imperativo ético se satisface en la consagración del *principio protectorio*, formulado premonitoriamente también por León XIII, así: «[...] en la protección de los derechos individuales de habrá de mirar principalmente por los débiles y los pobres»²¹. Con esa misma inspiración, el Estado Social pretende hacer más efectivos los valores básicos del Estado liberal dotándoles de una base y contenido material, que permitan a las personas desarrollarse en libertad teniendo las condiciones existenciales mínimas requeridas para ello²², superando la *menesterosidad social*.

En materia política, el régimen democrático incorporó nuevas dimensiones a la democracia política o formal –en términos de Ferrajoli²³– reconociendo un contenido *sustancial* de la misma²⁴, identificado con la preeminencia de la digni-

19 Humberto Villasmil Prieto, *Fundamentos de Derecho Sindical Venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, pp. 94-100.

20 Jaime Rodríguez-Arana, “La cláusula del Estado Social de Derecho y los derechos fundamentales sociales”, *La doctrina constitucional y administrativa del Estado Social y Democrático de Derecho. Liber Amicorum Allan Brewer Carías*, Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, 2016, p. 23.

21 León XIII, *op. cit.*, párr. 27.

22 Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª edición, Alianza Universidad, Madrid, 2009, p. 26.

23 Luigi Ferrajoli, *La construcción de la democracia. Teoría del garantismo constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2023, p. 299.

24 *Ibid.*, p. 360.

dad humana²⁵ y, además, una tendencia hacia las formas de democracia social, tanto en la economía en general como dentro de los centros productivos²⁶. De modo pues, que se traba una asociación indisoluble entre Estado social y democrático, y, en consecuencia, entre Derecho del Trabajo y democracia.

Esto es particularmente relevante en el ámbito del derecho colectivo, puesto que el modelo de Estado Social y Democrático es sostenido, entre otros, por la existencia de organizaciones sindicales «no solo como sujetos activos en el proceso de nivelación social en el que está políticamente comprometido, sino porque asimismo necesita agentes sociales sólidamente implantados que regulen conjuntamente con los agentes económicos el gobierno de las relaciones laborales»²⁷. En ese sentido, se ha afirmado que «[e]l sindicato forma parte de las organizaciones que caracterizan el sistema democrático»²⁸. Y si bien se pueden asociar toda una serie de consecuencias positivas a los sindicatos en materia de desarrollo de la democracia política²⁹, ello no responde tanto a la existencia misma de las organizaciones, sino en el *ejercicio efectivo* de la libertad sindical.

Un sistema nunca podrá entenderse como plenamente democrático mientras que no se garantice el ejercicio pleno y efectivo de la libertad sindical en todas sus dimensiones. No solo porque, como derecho fundamental, el Estado debe respetarla y garantizarla, sino particularmente porque actúa como un derecho habilitante o bisagra, que permite el ejercicio de otros derechos de la misma categoría, con lo cual, aporta críticamente a la formación y desarrollo de la dimensión sustancial de la democracia.

Pero también, en el contexto del Estado Social de Derecho, solo la libertad sindical en plenitud logra que se avance en la dimensión social de la democracia, ello es, en trasladar el modelo de gobernanza y los valores que se asocian con el sistema, desde la dirección de los asuntos públicos, hasta todos los espacios allí donde el poder tiene manifestación, especialmente, dentro de las relaciones de producción y las relaciones de trabajo. En otras palabras, es hacer material a la democracia, y desarrollar sus dimensiones más allá de la democracia política, a través de un proceso democrático permanente.

25 Nuevamente acudiendo a Rodríguez-Arana: «*el propio Estado de Derecho entendido material y sustancialmente significa esencialmente que la dignidad humana de cada ser humano se levanta omnipotente y todopoderosa ante cualquier intento del poder público [o privado] por lesionarla, conculcarla o laminarla*». Véase: Jaime Rodríguez-Arana, *op. cit.*, p. 55.

26 Manuel García Pelayo, *op. cit.*, p. 50.

27 Antonio Baylos, *¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso*, 2ª edición, Catarata-Fundación 1º de mayo, Madrid, 2021, p. 40.

28 *Ibid.*, p. 28.

29 Véase: Kate Andrias, *op. cit.*, p. 134.

En el mismo sentido, trabando una innegable reciprocidad, ha advertido el Comité de Libertad Sindical de la OIT que «*el sistema democrático es fundamental para el ejercicio de los derechos sindicales*»³⁰. Con lo cual, se reconoce una bidireccionalidad en la que, al fortalecer el régimen de la libertad sindical se fortalece la democracia, y viceversa. El modelo ideal es el de un mutuo tránsito indetenible hacia el *tipo ideal*, en el que el contexto democrático permite el ejercicio de los derechos sindicales, y estos, a su vez, aportan en la construcción de una sociedad más justa que acune y desarrolle las dimensiones sustancial y social del mismo régimen.

Como hemos abordado, el Derecho del Trabajo, y particularmente el derecho colectivo, constituye un elemento fundamental del modelo democrático. Primeramente, porque surgió como una herramienta de defensa que terminó por perfeccionar el sistema dotándole de contenido material y nuevos principios sobre los cuales desarrollarse. En segundo lugar, porque representa parte de la dimensión sustancial del modelo, como encarnación del derecho fundamental a la libertad sindical en toda su expresión. Y, en tercer lugar, porque corresponde a una metodología de la democracia en las relaciones de producción, lo que no solo permite evitar la conflictividad, sino también avanzar con paso cierto hacia la construcción de la tan ansiada justicia social sobre la cual debe construirse la paz permanente³¹.

El rol democratizador del Derecho del Trabajo —que es, inherentemente, democrático— sigue encontrando nuevas herramientas a través de las cuales promover la participación abierta en la toma de decisiones y, sobre todo, la protección de la dignidad humana frente a cualquier poder hegemónico. Entre estos mecanismos destaca el diálogo social, el cual abordaremos en el resto de este ensayo, con un especial énfasis en el caso venezolano. En definitiva, como instrumento del derecho colectivo —componente inescindible de la libertad sindical— y según desarrollaremos, el diálogo social tiene un potencial democratizador que tendrá utilidad para superar la difícil crisis que enfrenta, nuevamente, el sistema político y económico, convirtiéndose en nuevo catalizador de progreso.

El ausente diálogo social como eje de un diagnóstico

Cuando el Consejo de Administración de la OIT acordó, el 13 de marzo de 2018, en su 332ª reunión, la creación de una Comisión de Encuesta para el estudio de la queja presentada por las organizaciones sociales venezolanas luego del

30 OIT, *La Libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 6ª edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, párr. 69.

31 Con inspiración de lo expresado en el preámbulo de la Constitución de la OIT: «*Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social*».

fracaso de las medidas anteriores³², Venezuela se convirtió en el décimo cuarto caso en la centenaria historia de la organización en la que se estimó necesaria la configuración de dicha instancia³³, siendo, además, el cuarto país latinoamericano en ser sometido a este procedimiento³⁴.

El hecho de que se haya considerado necesaria la excepcional medida contemplada en el artículo 26 de la Constitución de la OIT, refleja, a su vez, la excepcionalidad de la situación venezolana. El estado de las cosas para el año 2018 no era otro que una *emergencia humanitaria compleja*³⁵ enmarcada en un avance considerable del autoritarismo político³⁶, todo lo cual surtía efectos incalculables en el ejercicio de derechos humanos por parte de la población venezolana. Cifras macroeconómicas dramáticas (hiperinflación, contracción del PIB, pulverización del poder adquisitivo...) ³⁷, además se acompañaban con un éxodo sin precedentes en la región, y comparable con los más graves conflictos armados de entonces³⁸.

32 OIT. Consejo de Administración, 332.ª reunión, Ginebra, 8-22 de marzo de 2018. Décimo punto del orden del día. Documento GB.332/INS/10 (Rev.), párr. 13: «*Sumamente preocupado por la falta de progresos con respecto a sus anteriores decisiones [...] el Consejo de Administración decidió, por recomendación de su Mesa, que se creara una comisión de encuesta [...]»*.

33 Una lista de las comisiones de encuesta creadas en la historia de la OIT puede encontrarse en: «Quejas/Comisiones de encuesta», *OIT Normlex*, acceso en marzo de 2025. Disponible en: https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:50011:0:NO:P50011_ARTICLE_NO:26.

34 Los otros países latinoamericanos para los cuales se designó una comisión de encuesta fueron: (i) Chile, en 1975; (ii) República Dominicana, en 1983 y; (iii) Nicaragua, en 1987.

35 Definida como una «*crisis humanitaria multifacética en un país, una región o una sociedad en la que se produce una ruptura total o considerable de la autoridad como consecuencia de un conflicto interno o externo [...]»* (traducción propia). Véase: ONU. OCHA. *Glossary of Humanitarian Terms in relation to the Protection of Civilians in Armed Conflict*, ONU, Nueva York, 2004, p. 6.

36 Sobre esto: Javier Corrales, “Venezuela’s autocratization, 1999-2021”, *When democracy breaks. Studies in democratic erosion and collapse, from ancient Athens to the present day*, Oxford University Press, Nueva York, 2024, pp. 327-350.

37 La debacle socioeconómica venezolana fue ampliamente documentada por organizaciones de la sociedad civil, dada la negativa estatal de publicar datos oficiales relativos a la materia social y económica. Entre los esfuerzos más significativos encontramos (i) la Encuesta Nacional de Condiciones de Vida (ENCOVI), de la Universidad Católica Andrés Bello, disponible en: <https://www.proyectoencovi.com/> y (ii) el Observatorio Venezolano de Finanzas, disponible en: <https://observatoriodefinanzas.com/>.

38 Para finales de 2018, más de 3 millones de personas habían salido de Venezuela en lo que se califica como una crisis migratoria sin precedentes en América Latina y el Caribe. Para el momento en que se escribe este ensayo, la cifra reflejada por las agencias de Naciones Unidas encargadas se aproxima a los 7.9 millones de personas en condición de refugiados y migrantes. Véase: «Refugiados y migrantes de Venezuela», *R4V Plataforma de Coordi-*

La queja acusaba la violación del contenido de los convenios sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 26); sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y; sobre consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144), es decir, un convenio técnico, uno fundamental y uno de gobernanza, respectivamente. La frase inicial del segundo capítulo del informe producido por la Comisión de Encuesta atinó absolutamente en cuál habría de ser el eje de su diagnóstico:

El diálogo social se erige como hilo conductor de las cuestiones planteadas en la queja: sus condiciones necesarias (en particular, las libertades civiles, la libertad sindical y la representatividad e independencia de sus actores), sus temáticas y su aplicación en la práctica³⁹.

La Comisión se volcó a su labor y al finalizar su investigación verificó:

[...] la existencia de un complejo entramado institucional e informal de injerencia en la libertad sindical de las organizaciones de empleadores y de trabajadores en el país. Este conjunto de instituciones y prácticas se vale de una multiplicidad de elementos reseñados en el informe (jurídicos, políticos, institucionales, sociales, etc.), algunos de los cuales reflejan problemas sistémicos en el funcionamiento del Estado de derecho en el país, cuyo adecuado funcionamiento es esencial para la observancia de los convenios objeto de la queja⁴⁰.

Dicho entramado del que dio cuenta la Comisión de Encuesta no es, de manera ninguna, accidental. La vulneración sistemática de la libertad sindical y la anulación de los actores sociales disidentes a la ideología gubernamental forma parte de la política oficial, y, sobre todo, parte de su programa socioeconómico. Apalancados sobre la preeminencia estatal en el sistema de relaciones laborales inserta en la historia venezolana⁴¹, los gobiernos del régimen chavista impulsaron un nuevo modelo de país delineado por los llamados *Planes de la Patria*.

nación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela (ONU), acceso en marzo de 2025. Disponible en: <https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes>.

39 OIT. *Por la reconciliación nacional y la justicia social en la República Bolivariana de Venezuela. Informe de la Comisión de Encuesta instituida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la observancia por parte del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela del Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 26), del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y del Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144)*, OIT, Ginebra, 2019 (en lo sucesivo *Informe de la Comisión de Encuesta*), párr. 11.

40 *Ibid.*, párr. 493.

41 Sobre esto: (i) María Bernardoni de Govea, «Libertad y Derecho del Trabajo en Venezuela», *El mundo del trabajo: miradas desde Venezuela*, abediciones-Konrad Adenauer Stiftung,

La idea central de dicho modelo de país, en materia económica, es la *transición* del sistema de producción capitalista al socialista. Dicha transición está manifestada en la norma legal que rige la materia laboral en el país, el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras⁴² (DLOTTT), dictado por el presidente Hugo Chávez, previa habilitación legislativa⁴³, en el último año de su segundo período presidencial. Concebido como un instrumento transicional, el DLOTTT tiene por objeto la supresión de la lógica del capital en el ámbito del trabajo⁴⁴. Tal como apunta Carballo Mena:

El desmontaje paulatino del modelo de explotación capitalista se traduce [...] en la concepción colectiva y estatizada del trabajo que sintetiza la noción proceso social de trabajo, la severa restricción de los poderes patronales sobre la empresa,

Caracas, 2020, p. 43: «No obstante, en muchos países [incluida Venezuela], la libertad sindical ha sido muy restringida, mediante una legislación reglamentarista [...] y una práctica injerentista de la Administración del Trabajo [...]» y (ii) Óscar Hernández y Jacqueline Richter, «La libertad sindical en Venezuela y el examen de sus problemas por parte de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo», *Ibid.*, p. 121: «[...] la historia de la legislación laboral en Venezuela puede ser resumida en una frase: buenos derechos individuales del trabajo y **alta intervención estatal en los derechos colectivos**». Resaltados añadidos. En el mismo sentido se pronunció la OIT en: OIT, *Relaciones de trabajo en Venezuela. Serie Relaciones de Trabajo 79*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995, p. 17: «El Estado es actor principal, tanto a la hora de fijar las reglas del juego (legislación) como a la de actuar (administración del trabajo)».

42 Venezuela. Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, publicado en Gaceta Oficial n°6.076 (Extraordinario) de 7 de mayo de 2012.

43 La constitucionalidad de dicha habilitación es discutida por varios autores dada su amplitud, y, particularmente, el fundamento deficiente aducido por el DLOTTT, basado en el artículo 1° numeral 9 de la Ley que autoriza al Presidente de la República a dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en las materias que se delegan, publicada en Gaceta Oficial n°6.009 (Extraordinario) de 17 de diciembre de 2010, por el cual se autoriza al presidente a dictar normas en el ámbito del sistema socioeconómico de la Nación (Título VI de la Constitución de la República) lo que no incluye a la materia laboral (desarrollada en el Título III). Véase: Enrique Marín, «Origen y forma del DLOTTT, “misteriosa ley del trabajo”, en su décimo aniversario», *Decreto Ley Orgánica del Trabajo. Balance de un decenio*, abediciones-Instituto de Investigaciones Jurídicas UCAB, Caracas, 2022, pp. 164-166.

44 Venezuela. DLOTTT, artículo 25: **El proceso social de trabajo tiene como objetivo esencial, superar las formas de explotación capitalista**, la producción de bienes y servicios que aseguren nuestra independencia económica, satisfagan las necesidades humanas mediante la justa distribución de la riqueza y creen las condiciones materiales, sociales y espirituales que permitan a la familia ser el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas y lograr una sociedad justa y amante de la paz, basada en la valoración ética del trabajo y en la participación activa, consciente y solidaria de los trabajadores y las trabajadoras en los procesos de transformación social, consustanciados con el ideario bolivariano. (resaltados añadidos)

y el empoderamiento en dicho ámbito de los consejos de trabajadores como instrumentos del Poder Popular⁴⁵.

La supresión del modelo económico capitalista inscrito en la programación gubernamental implica, como consecuencia necesaria, la supresión de las relaciones y actores sociales que se inscriben en él. El vacío surgido de este esfuerzo es colmado, retóricamente, por el *pueblo*, y más concretamente, por el Poder Popular. La realidad, sin embargo, es «[...] la concentración de un poder socio-productivo en el Gobierno, cada vez más absoluto, permitiendo la transición de un modelo de relaciones tripartito a uno de orientación hegemónica y bajo control de un único actor»⁴⁶.

El modelo resultante del vacío empeño oficial por deslastrarse de las ataduras del capitalismo, es, en definitiva, un modelo *negador* del diálogo social, no solo por la adopción inconsulta de su norma fundacional –el DLOTTT–, sino porque el mismo abandona instituciones que representaron el progreso del diálogo y la consulta tripartita en materia laboral, como la Comisión Tripartita Nacional, encargada de la fijación del salario mínimo; la fijación autónoma de salarios mínimos en una rama de actividad económica, por acuerdo entre los empleadores y trabajadores representativos mayoritarios en la misma y; las consultas obligatorias a entidades técnicas para la fijación del salario mínimo⁴⁷.

La Comisión de Encuesta no erró al evidenciar, en el diálogo social, el núcleo conceptual de su diagnóstico sobre la situación venezolana. La realidad es que la *ausencia* del mismo, instalada volitivamente por el gobierno nacional, es, a nuestro juicio, la causa profunda de la crisis sociolaboral que nos aqueja. El balance, incluso luego de superficiales e infructuosos intentos de adopción de las recomendaciones de la Comisión de Encuesta en la materia⁴⁸, es preocupante.

Difícilmente puede recomponerse el sistema de relaciones laborales e, incluso, el sistema democrático, si no se corrige el rumbo y se impulsa la instalación e

45 César Carballo, “DLOTTT. Instrumento transicional hacia un modelo socialista de relaciones laborales”, *Decreto Ley Orgánica del Trabajo. Balance de un decenio*, abediciones-Instituto de Investigaciones Jurídicas UCAB, Caracas, 2022, p. 62.

46 Luis Lauriño, “Anatomía de las relaciones industriales. Una mirada desde el intervencionismo del estado, el marco normativo y la ley del trabajo en Venezuela”, *Decreto Ley Orgánica del Trabajo. Balance de un decenio*, abediciones-Instituto de Investigaciones Jurídicas UCAB, Caracas, 2022, p. 144.

47 María Bernardonide Govea, “DLOTTT y sus características fundamentales”, *Decreto Ley Orgánica del Trabajo. Balance de un decenio*, abediciones-Instituto de Investigaciones Jurídicas UCAB, Caracas, 2022, pp. 47-48.

48 César Carballo y Luis Lauriño, *Diálogo social en Venezuela. Presupuestos | inclusividad | eficacia*, abediciones, Caracas, 2023, pp. 72-76.

institucionalización del diálogo social, como mecanismo idóneo para la toma de decisiones sobre política social y económica, pero, además, como punta de lanza para el fortalecimiento del sistema democrático. A trazar nuestra propuesta sobre ello, dedicaremos las próximas líneas.

Concretar el diálogo social: concepto y utilidad

La definición adoptada por OIT de diálogo social refiere a «*todos los tipos de negociación, consulta e intercambio de información entre representantes de los gobiernos, empresarios y trabajadores sobre cuestiones de interés común relacionadas con la política económica y social*»⁴⁹. Aunque útil para la promoción global del trabajo decente, puesto que se integra en contextos absolutamente disímiles, este concepto no evoca, necesariamente, a los elementos que consideramos fundamentales y que convierten al diálogo social en la más potente de las herramientas para la reconstrucción del modelo de relaciones laborales y de la democracia en Venezuela.

Nos corresponde, así, perfilar un concepto que nos permita referir a aquellas expresiones del fenómeno que, más efectivamente, reflejan unas características mínimas que le doten de contenido relevante al término. Así, ha de construirse (i) partiendo de una comprensión de los dos vocablos que lo componen separadamente, para luego (ii) añadir a la mera conjunción un cariz propio, por aquella máxima de que *el todo es más que la suma de las partes*.

El Diccionario de la Lengua Española define diálogo como una «*plática entre dos o más personas, que alternativamente manifiestan sus ideas o afectos*» y lo encuentra sinónimo, por ejemplo, de conversación, plática o interlocución⁵⁰. Complementariamente, el papa Francisco refirió en su encíclica *Fratelli Tutti* que no habría de confundirse con un *febril intercambio de opiniones*, porque ello sería más bien «*monólogo que proceden paralelos [...] y que] no comprometen a nadie [...]*»⁵¹. En ese sentido, es esencial para que el fenómeno de diálogo se concrete, que haya un genuino intercambio integrativo, con lo cual «*[...] quien dialoga no sólo habla sino que también escucha, está abierto al misterio del otro [...]*»⁵².

49 “Diálogo social y tripartismo”, OIT, acceso en abril de 2025. Disponible en: <https://www.ilo.org/es/temas-y-sectores/dialogo-social-y-tripartismo>.

50 “Diálogo”, *Real Academia Española – Diccionario de la Lengua Española*, primera acepción, acceso en abril de 2025. Disponible en: <https://dle.rae.es/di%C3%A1logo>.

51 Francisco, *Carta Encíclica Fratelli Tutti*, Imprenta de La Santa Sede, Ciudad del Vaticano, 2022, párr. 200. Disponible en: https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html.

52 Peter-Hans Kolvenbach, S.J., “La cultura del diálogo”, conferencia en la Universidad de Mérida, 6 de febrero de 1998, p. 3.

Así, por diálogo puede entenderse, más concretamente «*un acontecimiento, que implica la comprensión de algo comunicado, y la comprensión de alguien comunicante*»⁵³. De modo que un simple intercambio de información, que no tenga como presupuesto un compromiso entre los actores de oírse mutuamente, y como efecto —no único, pero ineludible—, un reconocimiento de la *otredad* no podría en buena lid, recibir calificación como un diálogo. Dialogar, en consecuencia «*implica compartir propósitos y aspiraciones, en una atmósfera de respeto, capaz de crear un espacio idóneo que [...] abra las vías al entendimiento mutuo y al compromiso compartido para la acción*»⁵⁴.

Por otro lado, cuando aludimos a lo *social*, en primera instancia, evocamos algo que pertenece o se relaciona con la sociedad, parangonado a lo comunitario o lo colectivo, y distinguido de lo individual⁵⁵. De modo que ante la pregunta ¿Qué hace social al diálogo? La respuesta tiene una doble vertiente. El diálogo es social cuando los interlocutores presentes sean verdaderos actores sociales, es decir, representantes de los grupos que hacen vida en el complejo entramado de la sociedad; pero además, para que un diálogo sea social, el contenido del intercambio no puede ser otro que la formulación de la política social, es decir, la atención de todos aquellos asuntos que se insertan en el debate público a raíz de la cláusula de Estado Social que antes hemos referido y que, en ese sentido, interesan a toda la sociedad.

Antes hemos referido al diálogo como un *acontecimiento*, pero cuando aludimos a diálogo social, surge un carácter polisémico, pudiendo referirse, en sentido estricto, al acontecimiento dialógico, pero en sentido amplio, también puede hacerse referencia al escenario o foro convocado a tal efecto. En dicho caso, los diálogos sociales son «*espacios de discusión pública donde ciudadanos acreditados tienen la posibilidad de expresar sus opiniones y eventualmente incluirlas dentro de la negociación que conduce a la definición de preferencias y la elección de políticas*»⁵⁶. En todo caso, estos espacios tienen como objetivo alojar el proceso o fenómeno

53 Antonio Velasco y Leonor Alonso, “Una síntesis de la teoría del diálogo”, *Argos*, vol. 26, n°50, Universidad Simón Bolívar, Caracas, 2009, p. 101.

54 Daniel Zovatto y Marcelo Varela-Erasheva, “Diálogos nacionales: lecciones aprendidas en diversas experiencias en América Latina”, *Diálogo social en América Latina. Un camino hacia la democracia ciudadana*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., 2005, p. 20.

55 “Social”, *Real Academia Española – Diccionario de la Lengua Española*, primera acepción, acceso en abril de 2025. Disponible en: <https://dle.rae.es/social>.

56 Carlos Sojo, “Reflexiones finales”, *Diálogo social en América Latina. Un camino hacia la democracia ciudadana*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., 2005, p. 135.

sociodialógico, con lo cual, en última instancia, se reconduce al *acontecimiento* como fin.

En fin, el diálogo social puede definirse, para nuestros efectos, como un proceso en el cual los actores sociales y el Estado participan en un proceso de intercambio abierto y sincero de información, opiniones y valoraciones para la construcción conjunta de la política socioeconómica. Destacamos, así, tres aspectos esenciales sin los cuales no estaríamos frente a un diálogo social en propiedad: (i) su *integración*, en la que necesariamente están presentes los actores sociales y el Estado, preferiblemente en un ejercicio tripartito o incluso, tripartito *plus*; (ii) su carácter *deliberativo*, por el cual no se puede satisfacer con una mera actividad de información unilateral sin disposición a la retroalimentación⁵⁷ y; (iii) su *ámbito material*, que es la discusión alrededor de las medidas que constituyen la política socioeconómica, para su construcción conjunta y consensuada.

La OIT ha resaltado de múltiples formas la relevancia del diálogo social desde su incorporación como uno de los cuatro objetivos estratégicos de del programa de trabajo decente, presentado por el Director General en su informe ante la 87ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo⁵⁸. La Conferencia Internacional, por ejemplo, ha señalado que:

El diálogo social tripartito es esencial para lograr unas relaciones laborales armoniosas y un crecimiento económico sólido en unas sociedades cada vez más complejas. Se suele recurrir a él para llevar a cabo las funciones esenciales de creación de consenso, promoción de la justicia y mantenimiento de la cohesión social mediante la concepción y aplicación de políticas sociales y económicas [...]⁵⁹.

El Comité de Libertad Sindical, por otro lado, ha sido enfático en que la regularidad del diálogo social es vital «*para el equilibrio de la situación social de un país*»⁶⁰. Asimismo, lo ha identificado como un medio «*para encontrar soluciones a los problemas que se plantean en el contexto de las relaciones profesionales*»⁶¹. En esta

57 Sobre esto hemos elaborado en otra oportunidad, véase: Anselmo Coelho Hernández, “Un par de apuntes sobre diálogo social, consenso y cambio”, *Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales*, n°55, UCAB, Caracas, 2023, pp. 96-100.

58 Juan Somavia, *Informe del Director General: Trabajo Decente (presentado ante la 87ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo)*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999. Disponible en: <https://webapps.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>.

59 OIT, *Diálogo Social. Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (Informe VI de la 102ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo)*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2013, párr. 159.

60 OIT, *La Libertad sindical. Recopilación...* *op. cit.*, párr. 1518.

61 *Ibid.*, párr. 1524.

área, ha equiparado al diálogo social a un proceso «en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común»⁶², en el cual pueden evidenciarse las tres características esenciales que antes hemos destacado para definir al diálogo social.

Al observar en conjunto todo lo señalado por los órganos de la OIT, surge una conclusión ineludible, y es que el diálogo social es fundamental para el sistema democrático, y tiene, en ese ámbito, una particular utilidad. No puede perderse de vista que, como apuntó Przeworski estamos viviendo una *crisis de la democracia*⁶³. Algunos autores han ubicado el origen de esta crisis en un serio cuestionamiento a los canales de representación⁶⁴ y más allá, de la propia idea de representación que se erige como fundamento teórico del sistema.

Esta ruptura con la idea de representación se puede explicar, fundamentalmente, a partir de la ausencia material de una relación entre representantes y representados, mientras que el *relato* de la relación sobrevive. Garrorena Morales apunta a lo que denomina una «relación vacía de relación»⁶⁵ mientras que Serna de la Garza, con idéntica orientación, destaca la inexistencia de un mandato representativo y la consecuente fractura entre representantes y representados⁶⁶. Estamos, así, frente a un escenario de *déficit de representación*.

Parte crucial de la lógica democrática se construye sobre la presunción de que la representación opera con plena eficacia y, por lo tanto, la relación representativa está siempre vigente. El *déficit* descrito socava, así, los cimientos del sistema. Sintéticamente, visto el fracaso práctico de la representación y sus canales tradicionales, las debilidades del sistema se hacen más presentes, y deben resolverse para su supervivencia. El uso del diálogo social como instrumento de gobernanza permite superar «la *presunción normativa de que el acto futuro de los*

62 *Ibid.*, párr. 1531.

63 Adam Przeworski, *Crises of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 83-102.

64 François Graña, “¿Democratizar la democracia? Las nuevas formas de diálogo social”, *Boletín técnico interamericano de formación profesional*, n°156, OIT, Montevideo, 2005, p. 126.

65 Ángel Garrorena Morales, *Escritos sobre la democracia. La democracia y la crisis de la democracia representativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pp. 205-207.

66 José María Serna de la Garza, *Acceso a la ciudadanía. Estudios sobre diversos mecanismos de participación de la sociedad civil en los procesos decisionales del Estado*, IIJ UNAM, México, 2024, pp. 4-5.

gobernantes electos y los representantes estará siempre legitimado por su condición electoral independientemente de su contenido»⁶⁷ de modo que la democracia deja de estar circunscrita a los eventos electorales, y muta en un *modus vivendi* por el cual permea en la toma de decisiones sobre política *durante* la relación representativa, legitimándolas con la concertación de los actores sociales.

En el caso venezolano, de forma particular, el retorno al diálogo social es una condición esencial para la recomposición de la democracia. No se puede dejar de lado que el origen de la época democrática en Venezuela se asoció indisolublemente con procesos de diálogo y, en específico, diálogo social⁶⁸. Pero más allá de la *praxis* histórica, la restauración de la democracia en Venezuela requerirá un compromiso profundo de todos los sectores sociales y políticos, que trascienda la simple conveniencia circunstancial, y que se dirija a instalar de forma definitiva al sistema democrático como el marco normativo de la convivencia política de la nación, es decir, en *the only game in town*⁶⁹.

La consolidación democrática en los términos que recién expresamos no puede consistir, entonces, tan solo en el retorno a las formas tradicionales de la representación que, como hemos visto, están desacreditadas en el mundo moderno. Es por ello que ese proceso debe estar mediado por –y dirigido a– el diálogo permanente y en todos los niveles. Eso implica, por supuesto, valerse del diálogo social no solo para determinar la política socioeconómica a nivel estatal, sino también en los centros de producción, añadiendo «*ingredientes democratizados a las relaciones laborales*»⁷⁰ por lo cual la práctica democrática comience a colmar todos los espacios de toma de decisiones, fortaleciendo, a su vez, el sistema político en general.

Este impulso del diálogo social debe acompañarse, necesariamente, de la restitución de las libertades públicas, en particular la libertad de expresión y asociación, sin las cuales es imposible el ejercicio efectivo de los derechos sindicales⁷¹

67 Carlos Sojo, *op. cit.*, p. 137.

68 Véase: César Carballo, “Delimitación del campo de batalla: la concertación social de 1958”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n°157, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018, pp. 422-439.

69 Véase: (i) Adam Przeworski, “What makes democracy endure?”, *Journal of Democracy*, vol. 7, n°1, Johns Hopkins University Press, Washington, D.C., 1991, p. 26 y (ii) Juan Linz y Alfred Stepan, *Problems of democratic transition and consolidation: southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Johns Hopkins University, Baltimore, 1996, p. 5.

70 Humberto Villasmil Prieto, “Tripartismo y libertad sindical”, *Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales*, n°33, UCAB, Caracas, 1997, p. 91.

71 OIT, *Resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles* (adoptada en la 54ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo), Ginebra, Oficina Internacional

y, por ende, la realización del diálogo social. Este proceso, que no puede llevarse a cabo sin un enfoque de derechos, también debe promover el fortalecimiento de las organizaciones sindicales, empresariales y sociales en general, no ya como sujetos pasivos del sistema democrático más allá de la participación individual en elecciones, sino como verdaderos protagonistas del sistema. Así lo ha apuntado Andrias:

*Political processes that engage workers in government as co-regulators are more promising—but only if they are joined with efforts to build strong, democratic trade unions. The right to participate is valuable, but evidence suggests that workers are unlikely to use it without organization that facilitates their engagement*⁷².

Corresponde, entonces, en primer lugar, «fomentar un entorno jurídico e institucional propicio para promover un diálogo social eficaz»⁷³, y en seguida, aprovechar el diálogo social al máximo como recurso democrático, principalmente para la definición y evaluación de la política socioeconómica, sin la cual difícilmente puede sostenerse el modelo, pero, además, para democratizar todos los espacios de toma de decisiones. Esto no es solo una necesidad práctica, sino, como veremos de seguidas, un imperativo en materia de derechos humanos, dentro de los cuales ha de incluirse un *derecho humano al diálogo social*.

Argumentación a favor de un derecho humano al diálogo social en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

La historia de los derechos es una de conquistas y avances lentos pero constantes. Este proceso se aceleró, aunque no sin sus desafíos, a partir del inicio de lo que Bobbio denominó *el tiempo de los Derechos*⁷⁴, por el cual éstos tomaron absoluto protagonismo como justificantes de la ordenación nacional e internacional de las relaciones políticas. En ese marco, la protección de los Derechos Humanos se ha ubicado en el centro del Derecho Internacional Público, y este Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha incorporado en los órdenes jurídicos internos⁷⁵.

del Trabajo, 1970.

72 Kate Andrias, *op. cit.*, p. 140.

73 OIT, *Resolución relativa a la segunda discusión recurrente sobre el diálogo social y el tripartismo* (adoptada en la 102ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, Marco de acción, parte 3 (c).

74 Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, pp. 97-98.

75 Carlos Ayala, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 17-20.

Nuestro interés recae, especialmente, en una de las características esenciales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: su progresividad. Nikken se expresa respecto de este principio, así: «*Como los derechos humanos son inherentes a la persona [...] siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma*»⁷⁶, León XIII lo advirtió en su tiempo del siguiente modo: «*Las necesidades de cada hombre se repiten de manera constante; de modo que, satisfechas hoy, exigen nuevas cosas para mañana*»⁷⁷. Este es el fundamento que nos permite afirmar que, al menos en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha de reconocerse la existencia de un derecho humano al diálogo social.

A pesar de que ni en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (DADH), ni en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o la Convención), hay mención explícita a un derecho al diálogo social —lo cual sería, sin dudas, un anacronismo, dada la fecha de adopción de los dos instrumentos—, la dogmática del Derecho Internacional de los Derechos Humanos permite construirlo, apalancado en el principio de progresividad antes señalado y con el objeto de avanzar en la protección de la dignidad humana.

El paradigma interpretativo de los tratados de Derecho Internacional Público está recogido en la Parte III, sección tercera de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que no es otro que el de la clásica interpretación literal, sistemática y teleológica, valiéndose de algunos recursos como medios complementarios de interpretación⁷⁸. Sin embargo, como apunta Ayala «*en materia de derechos humanos, las reglas de la Convención de Viena son atenuadas y complementadas, debido - la naturaleza dinámica y evolutiva de los tratados sobre derechos humanos*»⁷⁹. Este nuevo paradigma, que incorpora dentro de los medios de interpretación —concurrentes a la hora de dotar de significado a los instrumentos internacionales— la interpretación evolutiva. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH o la Corte), en ese sentido, ha reiterado en múl-

76 Pedro Nikken, “El concepto de Derechos Humanos”, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Tomo I, IIDH, San José de Costa Rica, 1994, p. 25.

77 León XIII, *op. cit.*, párr. 5.

78 ONU, *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*. Documento A/CONF.39/27 (1969), Viena, 1969, artículos 31 y 32: Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin [...] Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31 [...].

79 Carlos Ayala, *Hacia una justicia constitucional internacional de los Derechos Humanos*, Tiran lo blanch, Ciudad de México, 2024, p. 60.

tiples oportunidades que «los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales»⁸⁰.

Desde lo señalado, podemos derivar la construcción compleja de un derecho al diálogo social –de forma similar a lo que se ha hecho con el derecho a la verdad⁸¹– a partir de los artículos 16.1 (Libertad de asociación), 23.1 (Derechos políticos) y 26 (Desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales) de la Convención. Por supuesto, no solo hay que valerse del texto de los artículos, sino también del desarrollo de su contenido que ha hecho, como autoridad para su interpretación, la Corte en su jurisprudencia, tal como haremos en las siguientes líneas.

El artículo 16.1 de la CADH reza: «*Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole*»⁸². En la primera ocasión que la CorteIDH tuvo para pronunciarse sobre un caso en específico de libertad de asociación *con fines laborales*, destacó que

Al considerar si se configuró o no en el caso en cuestión la violación de la libertad de asociación, **esta debe ser analizada en relación con la libertad sindical**. La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción [...]⁸³.

80 Ver, entre otros: CorteIDH, *Opinión Consultiva OC-24/17 “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”* de 24 de noviembre de 2017, párr. 58; *Opinión Consultiva OC-16/99 “El derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”* de 1 de octubre de 1999; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 193; *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016, párr. 245.

81 Véase, entre otros: CIDH, *Derecho a la verdad en las Américas*, Documento OEA/Ser.L/V/II.152 Doc.2, 2014, párr. 13; CorteIDH, *Caso Da Silva y otros vs. Brasil. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2024, párr. 74; *Caso Maidanik y otros vs. Uruguay. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 15 de noviembre de 2021, párr. 176; *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 201 y; *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 200-201.

82 OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 1969.

83 CorteIDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párr. 156. Resaltados propios.

Con esa aseveración, la Corte fijó la piedra fundacional de una doctrina sobre la libertad sindical que se ha desarrollado en varios casos. En primer lugar, entendió que «*la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles*»⁸⁴, con lo cual, se añade un componente teleológico al análisis del derecho, siendo este parte integrante de su contenido. Los fines lícitos que se persigan con la actividad de asociarse forman parte, así, del ámbito protegido por el derecho.

Partiendo de lo anterior, se reconoció una doble dimensión de este derecho a la libertad sindical, que en su vertiente individual «*no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad*»⁸⁵, y en la colectiva «*es un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos*»⁸⁶. Se desprende de ello que el Estado tiene una obligación de respeto, consistente en abstenerse de intervenir en el ámbito de ejercicio de la libertad, que como señalamos alcanza el uso de cualquier medio apropiado para lograr los fines colectivos propuestos y; una obligación de garantía, que exige al Estado «*organizar [adecuadamente] todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio [del derecho]*»⁸⁷.

Por otro lado, en lo que refiere al artículo 23.1, es de nuestro interés un ámbito específico de la jurisprudencia interamericana, más allá del profundo desarrollo que han tenido los denominados derechos político-electorales. En su literal (a), la CADH consagra el derecho de todo ciudadano «*de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos*». La CorteIDH ha dispuesto, en este sentido, que:

La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de [...] influir

84 CorteIDH, *Caso Huilca Tecse vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 3 de marzo de 2005, párr. 70.

85 *Ídem*.

86 *Ibid.*, párr. 71.

87 Ver, entre otros: CorteIDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166; *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 189; *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 166 y; *Caso Pavez Pavez vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 4 de enero de 2022, párr. 109.

en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa⁸⁸.

Esta forma de ejercicio de los derechos políticos, que se identifica con la democracia participativa, implica que «*los ciudadanos tienen el derecho de **participar activamente** en la dirección de los asuntos públicos [...]*»⁸⁹. Al desarrollar una previsión similar del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas destacó que:

La dirección de los asuntos públicos [...] es un concepto amplio que se refiere al ejercicio del poder político. Incluye el ejercicio de los poderes legislativo, ejecutivo y administrativo. Abarca todos los aspectos de la administración pública y la formulación y aplicación de políticas internacionales, nacionales, regionales y locales⁹⁰.

Entre los modos para ejercer dicha participación, el Comité reconoció que «*los ciudadanos también participan en la dirección de los asuntos públicos ejerciendo influencia mediante el debate y el diálogo públicos [...] y gracias a su capacidad para organizarse*»⁹¹. De esta forma, si bien los derechos políticos encuentran su cauce más tradicional en el derecho al voto, y regularmente se asocian con la designación de representantes o a través de recursos de la democracia directa como los referéndums o consultas, lo cierto es que no se agotan allí. Tomar parte de la dirección de los asuntos públicos a través de cualquier medio, con mayor o menor influencia sobre el resultado, es una manifestación del ejercicio de los derechos políticos, y en ese sentido debe respetarse, garantizarse y promoverse.

En último lugar, el artículo 26 de la Convención dispone:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan

88 Ver, entre otros: CorteIDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 196; *Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008, párr. 146 y; *Caso Petro Urrego vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 8 de julio de 2020, párr. 93.

89 CorteIDH, *Caso Castañeda Gutman*, párr. 147; *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010 y; *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018, párr. 111.

90 ONU. Comité de Derechos Humanos, *Observación General n°25 “Artículo 25 – La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto”*, 57° período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996), párr. 5. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Download.aspx?symbolno=HRI%2FGEN%2F1%2FRev.7&Lang=es.

91 *Ibid.*, párr. 8.

de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

En el desarrollo jurisprudencial de la CorteIDH pueden identificarse tres etapas en cuanto se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales —a los que se añaden los ambientales— (DESCA). Inicialmente, se verifica que los DESCA constituían territorio ignoto para la Corte, o si acaso, muy tímidamente referido; a partir del año 2001, ocurre una exploración por vía indirecta de estos derechos, que se consolida en un *encuadramiento normativo* por el cual se hacían exigibles por intermedio de los derechos civiles y políticos que consagra la CADH en el Capítulo II de la Parte I; no es sino hasta 2017, con el salto cualitativo de la sentencia del caso Lagos del Campo vs. Perú, que la Corte —sin abandonar sus encuadres anteriores— reconoció la exigibilidad directa de los DESCA⁹².

Vista la referencia que hace la propia Convención a *las normas económicas, sociales y sobre educación ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA*, hemos de acudir, tal como lo ha hecho la propia Corte, a las disposiciones de la Carta para determinar cuáles son esos derechos. Entre otros, la Corte ha encontrado como justiciables el derecho al trabajo⁹³, a la seguridad social⁹⁴, a la salud⁹⁵ y a

92 Sobre este desarrollo, véase: (i) Christian Courtis, “Los derechos laborales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Trabalho, Direito e Justiça*, vol. 2, n°3, TRT-9ª Região, Paraná, 2024, disponible en: <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.103>; (ii) César Carballo, “Derechos laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n°2, Universidad de Málaga, Málaga, 2021, pp. 136-142 y; (iii) Renan Bernardi Kalil, “De San José para Brasília: os parâmetros interamericanos de direitos humanos e a negociação coletiva”, *Revista Jurídica del Trabajo*, vol. 5, n°15, RJT, Montevideo, 2024, pp. 42-49.

93 Por ejemplo, en: CorteIDH, *Caso Lagos del Campo*, párr. 141-154; *Caso Spoltore vs. Argentina. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 9 de junio de 2020, párr. 84-100; *Caso de los empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antonio de Jesus y sus familiares vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 15 de julio de 2020, párr. 155-174; *Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2021, párr. 153-160 y; *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 22 de junio de 2022, párr. 55-74.

94 Véase: CorteIDH, *Caso Muelle Flores vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019, párr. 172-193 y; *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCE-JUB-SUNAT) vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2019, párr. 156-176.

95 Entre otros: CorteIDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 103-124; *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018, párr.

la educación⁹⁶. A nuestro juicio, puede deducirse también un derecho al diálogo social de las normas en cuestión. La Carta, en sus artículos 34 y 45, dispone:

Artículo 34. Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. [...]

Artículo 45. Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...]

d) Justos y eficientes sistemas y procedimientos de consulta y colaboración entre los sectores de la producción, tomando en cuenta la protección de los intereses de toda la sociedad; [...]

g) El reconocimiento de la importancia de la contribución de las organizaciones, tales como los sindicatos, las cooperativas y asociaciones culturales, profesionales, de negocios, vecinales y comunales, a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo [...]⁹⁷.

Tal como se evidencia, la Carta hace alusión a lo que nosotros hemos referido como el contenido esencial del diálogo social, ello es, la participación en el proceso de diseño, ejecución y evaluación de las medidas socioeconómicas. Se destaca también un compromiso de la aplicación de sistemas y procedimientos de consulta y colaboración con los actores sociales, que no son otra cosa que mecanismos de diálogo social, razón por la cual también se reconoce la importancia de las organizaciones —en particular sindicales y empresariales— en los procesos de desarrollo.

De todo lo descrito anteriormente, podemos confirmar que, bajo el paradigma de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos, la Convención admite la construcción de un derecho al diálogo social, puesto que

73-97; *Caso Hernández vs. Argentina. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2019, párr. 64-74 y; *Caso Brites Arce y otros vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2022, párr. 58-81.

96 CorteIDH, *Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de junio de 2020, párr. 117; *Caso Pavez Pavez*, párr. 72 y; *Opinión Consultiva OC-29/22 «Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad»* de 30 de mayo de 2022, párr. 221-222.

97 OEA, *Carta de la Organización de Estados Americanos*, Bogotá, 1948 (reformada en Buenos Aires, 1967; Cartagena, 1985; Washington, D.C., 1992 y; Managua, 1993).

este es componente indisoluble de la libertad sindical que ha sido acuñada por la jurisprudencia de la Corte a partir del artículo 16.1 convencional; por ser una herramienta para influir en la conformación de la política socioeconómica, también debe entenderse como un mecanismo idóneo para participar en la dirección de los asuntos públicos de forma directa, con lo cual conlleva el ejercicio -y por lo tanto, son corolario⁹⁸- de los derechos reconocidos en el artículo 23.1 y; por último, subyace como un derecho reconocido entre las normas económicas y sociales de la Carta de la OEA, que son directamente exigibles a través del artículo 26 de la Convención.

Si bien la CorteIDH no se ha pronunciado aún en este sentido, no puede dejar de notarse que en su Opinión Consultiva 27 señaló que *«los Estados deben fomentar la participación efectiva de representantes de trabajadores y trabajadoras en el diseño de la política y legislación de empleo [...]»*⁹⁹, y, además, resaltó:

[...] la importancia que tiene el diálogo tripartito, que permita que la política pública y la legislación laboral promueva relaciones profesionales estables y sólidas entre empleadores y empleadoras, y trabajadores y trabajadoras, en el marco del respeto y garantía de los derechos humanos. El respeto a los principios de la consulta y la colaboración debe ser un elemento esencial de la acción estatal en el diseño e implementación de la política estatal en materia laboral¹⁰⁰.

Lo anterior no son más que los primeros pasos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el reconocimiento de un derecho humano al diálogo social, que, como hemos argumentado, es susceptible de exigirse a partir de los artículos 16.1, 23.1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, partiendo del principio de progresividad que influye sobre la dogmática del derecho internacional de los derechos humanos. Pero, además de los organismos del Sistema Interamericano, las autoridades nacionales deben avanzar en este reconocimiento, a través del control difuso de la convencionalidad¹⁰¹, que

98 Humberto Villasmil Prieto, “Tripartismo y libertad sindical”... *op. cit.*, pág. 90: *«[...] el tripartismo y la gestión del diálogo social, corolarios ambos del derecho de participación, gana fundamento en las normas básicas [...]»*.

99 CorteIDH, Opinión Consultiva OC-27/21 «Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género» de 5 de mayo de 2021, párr. 211.

100 *Ibid.*, párr. 212.

101 Sobre el concepto de control difuso de la convencionalidad, véase: CorteIDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer MacGregor, párr. 13-63.

les permita adecuar la actividad estatal para respetar, garantizar y promover el derecho humano al diálogo social.

Manual de instrucciones para ensamblar una máquina de diálogo social

Es oportuno, a partir del diagnóstico que hemos hecho con respecto a la ausencia del diálogo social en Venezuela, su idoneidad para reconstruir el sistema democrático y el carácter de derecho humano que dimana de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —que integra el bloque de constitucionalidad¹⁰²—, dedicaremos este apartado a ofrecer algunos trazos de como estimamos que debe verse la *máquina* del diálogo social, ello es, como aterrizar, en estándares concretos para una institucionalidad dialógica, las ideas que hemos desarrollado.

Si bien es cierto que «*no existe un enfoque universal para organizar y reforzar el diálogo social*»¹⁰³, la OIT ha hecho un esfuerzo para sistematizar y promover conceptos nucleares que se pueden trasladar de un escenario a otro y procuran que la construcción y ejecución del diálogo social sean efectivas¹⁰⁴. En el ámbito americano, tanto la OEA¹⁰⁵ como académicos de la región¹⁰⁶ han ofrecido sus valoraciones en ese mismo tono. Así también, ofrece criterios relevantes la juris-

102 Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), publicada en Gaceta Oficial n°36.860 de 30 de diciembre de 1999 y reimpressa en Gaceta Oficial n°5.453 (Extraordinario) de 24 de marzo de 2000, artículo 23:

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

103 OIT, *Resolución relativa a la segunda discusión recurrente sobre el diálogo social y el tripartismo...* *op. cit.*, principios rectores y contexto.

104 En nuestro caso, hemos consultado: (i) OIT, *Informe sobre Diálogo Social 2024. El diálogo social en el más alto nivel para el desarrollo y el progreso social*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2025, pp. 6-7; (ii) OIT, *Método de autoevaluación para las instituciones de diálogo social MA-IDS*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2021, pp. 10-11 y; (iii) OIT, *Procedimientos para la celebración de consultas con los pueblos indígenas. Experiencias de Noruega*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, p. 40.

105 OEA. Red Interamericana para la Administración Laboral, *Recomendaciones y resultados del taller “Diálogo social para una recuperación sostenible, justa y equitativa”*, OEA, Bogotá, 2022, p. 4. Disponible en: https://rialnet.org/sites/default/files/documents/DocResultados_TallerDS_FINAL%20%281%29.pdf.

106 Daniel Zovatto y Marcelo Varela-Erasheva, *op. cit.*, pp. 32-34.

prudencia constitucional de varios países de América Latina¹⁰⁷ –y la de la CorteIDH¹⁰⁸– en aplicación del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) de la OIT, en cuanto al derecho de consulta¹⁰⁹. Utilizaremos ambos recursos a modo de *corpus iuris* de estándares para este tipo de experiencias, ello es, una especie de manual de instrucciones para la construcción de la *máquina* que es una instancia para canalizar el proceso de diálogo social.

Todos estos estándares pueden ser estructurados en cuatro *ejes* de construcción de diálogo social, que son: (i) los fundamentos del proceso, (ii) los actores y su participación, (iii) la operatividad del proceso y (iv) los resultados y garantías de sostenibilidad. Alrededor de cada uno de estos cuatro ejes se agrupan una variedad de criterios, los cuales son esenciales para el establecimiento de una instancia de diálogo social y, sin los cuales, esta puede resultar en un ejercicio vacío propenso a producir frustraciones en los actores involucrados y, en general, en toda la sociedad.

Los fundamentos de un proceso de diálogo son, al mismo tiempo, prerequisites para la existencia de una experiencia de esta naturaleza y valores cardinales que deben orientar la práctica dialógica. Estos fundamentos pueden resumirse en lo siguiente:

- El primero de ellos es la existencia de un contexto propicio al diálogo, esencialmente, ello se traduce en el respeto a los derechos humanos, o en la terminología de la OIT, los principios y derechos fundamentales en el

107 Particularmente, nos referimos a (i) Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97 de 3 de noviembre de 1997, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell; (ii) Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-389/16 de 27 de julio de 2016, magistrada ponente María Victoria Calle Correa y; (iii) Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia n°1185-20-JP/21 “El río Aquepi” de 15 de diciembre de 2021.

108 Véase: CorteIDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 133 y; *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku*, párr. 177.

109 El Convenio en cuestión hace referencia, entre otros, a la necesidad de consulta con los pueblos indígenas para la aplicación de sus disposiciones: «*Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [...]*» (artículo 6.1.a) y al derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar de forma activa en las decisiones que les afecten: «*Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo [...]* Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente» (artículo 7).

trabajo, entre los cuales surgen la libertad de expresión y asociación como primordiales;

- Lo anterior habilita el desarrollo de relaciones de comunicación y entendimiento mutuo, fundadas en la transparencia, que construyan confianza entre las partes;
- Logrado ese ambiente, es fundamental que exista una concepción pluralista de la gobernanza económica, lo que se traduce en que haya voluntad política para admitir el cambio y el tratamiento de los actores sociales como iguales en el proceso de diálogo, con lo cual la mera información o notificación no pueden ser consideradas como manifestaciones dialógicas y;
- Finalmente, debe existir un compromiso certero de todos los involucrados con el proceso y, más generalmente, con los principios del diálogo como ejercicio comunicativo, especialmente, el principio de buena fe, que se constituye en pilar básico de la experiencia dialógica.

De seguidas, el diálogo social gira en torno a unos actores y el rol que estos cumplen en el marco del proceso. Los criterios de este apartado giran alrededor de dos conceptos claves, que son la inclusividad y la participación plena. De forma detallada, nos referimos a lo siguiente:

- En primer término, dado que el diálogo social sirve para definir la política socioeconómica, podría creerse erróneamente que el mismo depende enteramente del gobierno, sin embargo, este proceso no le pertenece al mismo, aunque ciertamente, no puede hacerse sin él ni en su contra. Aunque el Estado mantenga un rol importante, debe potenciarse el protagonismo de la sociedad;
- En ese sentido, es crucial que se determine con máxima apertura la colectividad de personas afectadas por la decisión, inspirado en el *principio de todos los afectados*¹¹⁰, que propenda a la inclusión de las organizaciones sindicales y de empleadores, pero también otros movimientos sociales;
- El proceso de diálogo debe ser, en toda dimensión, inclusivo. Esto implica que (i) la composición de este incluya a los representantes legítimos de las

110 Véase: Archom Fung y Sean W.D. Gray, “The All-Affected Principle: A pathway to democracy for the twenty-first century”, *Empowering Affected Interests. Democratic inclusion in a globalized world*, Cambridge University Press, Cambridge, 2024, p. 2: «That principle states that everyone who is affected by a decision should be able to influence that decision».

organizaciones participantes, (ii) los órganos decisorios tengan participación de todos, (iii) se procure la diversidad en todas sus categorías, especialmente de los grupos históricamente discriminados;

- Los actores del diálogo, como representantes legítimos de sus organizaciones, deben contar con capacidad de actuación y respaldo institucional, siempre promoviendo que los mismos actúen de forma verdaderamente representativa. Los promotores y articuladores del diálogo –que actúan como secretarías técnicas, presidencias o asesores–, en particular, deben contar con liderazgo y confianza de todos los actores para llevar adelante su trabajo y poder ayudar a componer los conflictos que surjan en el proceso y;
- Los actores *«deben saber y estar preparados para escuchar y aceptar que el otro o los otros tienen también parte de la razón»*¹¹¹, con lo cual debe insistirse en la predisposición necesaria para dialogar y seguir afianzando las relaciones de confianza y mutuo respeto que operan como precondiciones para el ejercicio del diálogo.

El tema de la operatividad del proceso es, quizás, el más complejo de abordar, porque debe adaptarse a la realidad en la que ocurre, sin embargo, algunas nociones generales que deben verse aplicadas en todas las experiencias de diálogo social que pretendan organizarse, son:

- Para el éxito del diálogo, es esencial que ocurran procesos previos, un diálogo sobre el diálogo, que permita acordar todos los aspectos operativos a partir de las opiniones de todos los actores involucrados, con la misión común de construir consensos;
- El diálogo debe tener una agenda inclusiva e importante, es decir, que incluya temas de interés de todos los involucrados, y una agenda realista, que incluya tanto los temas sencillos de consensuar como aquellos que presentan dificultades o controversias;
- El proceso debe dirigirse y ser capaz de construir consensos, y para ello debe tener métodos de trabajo e instrumentos eficaces para producir ese resultado, los cuales, además, deben ser adecuados tanto culturalmente como logísticamente, de acuerdo con los recursos disponibles;
- Todo acuerdo sobre las reglas y métodos debe evitar las zonas grises o ambiguas que dificulten su aplicación, construyendo así un conjunto de

111 Daniel Zovatto y Marcelo Varela-Erasheva, *op. cit.*, p. 33.

reglas de juego que todos los actores comprendan y se sientan en capacidad de exigir. Particularmente es relevante que exista acuerdo en cuanto a en qué consiste el consenso, cómo construirlo y cómo manejar las opiniones disidentes;

- Los procesos de diálogo deben tener el grado necesario de flexibilidad para adaptarse a los cambios en el contexto, los temas y las personas u organizaciones que participan. Esta flexibilidad *«demanda alta dosis de creatividad, pero no de improvisación»*¹¹², por lo cual debe entenderse como un elemento sustancial del diseño y ejecución del diálogo social, previéndolo y canalizándolo de forma estructurada;
- El proceso de diálogo exige un intercambio de información que debe ser provista por el actor que la tenga para los demás, información que debe ser completa, incluyendo estudios y datos objetivos que permitan ponderar riesgos y beneficios de cualquier curso de acción, y que debe entregarse con el suficiente tiempo para que se formulen y respondan preguntas que puedan surgir en torno a la misma;
- El escenario ideal es que el proceso de diálogo se canalice a través de una institución diseñada para ello por los actores sociales, la cual cuente con recursos suficientes, una metodología de trabajo y la capacidad de distribuir la información necesaria entre todos los interesados para lograr una decisión.

El último tema que debe atenderse para el diseño de un proceso exitoso de diálogo social es el de los resultados y las garantías de sostenibilidad. La atención a este asunto es neurálgica para que todo lo anterior no quede en una declaración de intenciones, sino que tenga efectos prácticos en la conformación de la política socioeconómica. Sobre esto, ha de tenerse en cuenta que:

- El objetivo principal de todo proceso de diálogo es la creación de consensos alrededor de la opción de política socioeconómica a desarrollar, por lo cual es esencial que los actores compartan una serie de metas y objetivos comunes a la hora de entrar en el diálogo social;
- Así, lo acordado en el diálogo social debe tener influencia efectiva en la política social, con lo cual deben implicar *«una afectación o restricción voluntaria del ejercicio del poder público, en la medida en que el Estado sujeta,*

112 *Ibid.*, p. 32.

en definitiva, sus opciones [a las discutidas]»¹¹³, y de forma más general, debe colaborar en la garantía de la paz social, explicitando que, si bien no siempre pueden alcanzarse los consensos necesarios, al menos se hayan estructurado los desacuerdos¹¹⁴ imponiendo a la autoridad que la toma de su decisión esté desprovista de arbitrariedad y tome en cuenta lo discutido;

- Lo acordado en el diálogo debe consistir en objetivos claros y compromisos precisos que sean exigibles por los actores y la sociedad, con lo cual se hacen esenciales los mecanismos de rendición de cuentas de cada actor con respecto a las organizaciones que representan, y la instalación de mecanismos de seguimiento y control que procuren la plena satisfacción de los resultados de la agenda;
- Para garantizar la continuidad, los procesos deben incluir mecanismos para la construcción y preservación de su memoria institucional, lo que facilite la continuidad más allá de los cambios de gobierno o de circunstancias. Esta memoria debe tener como elemento fundamental una base sólida y acumulativa de información —tanto la que fue suministrada para la toma de decisiones, como los procedimientos y sus resultados—, que pueda ser consultada abiertamente en el futuro y;
- Quizás el elemento más importante a la hora de procurar la continuidad del diálogo social es que este sea concebido por los actores como un proceso continuo y de largo plazo, diríamos nosotros incluso, un proceso permanente, convirtiendo al diálogo en una herramienta viva de gobernanza cuyo uso se institucionaliza y ocurre no solo en eventos de crisis o significativo, sino de forma cotidiana.

Algunos de estos elementos han podido ser evaluados a propósito de los foros de diálogo social organizados por recomendación de la OIT en Venezuela, y los resultados advierten de carencias profundas desde los fundamentos y prerrequisitos para el diálogo, hasta la eficacia en los resultados de este¹¹⁵. Dicho ello, no se puede perder de vista que el solo hecho de haber iniciado un tránsito, aun-

113 Graciela Giuzio, “Los sujetos del diálogo social: los sindicatos, los empleadores y sus organizaciones y el Estado. Experiencias concretas en América Latina y Europa”, *Boletín técnico interamericano de formación profesional*, n°156, OIT, Montevideo, 2005, pág. 37.

114 Samuel Ely Bagg, *The Dispersion of Power. A critical realist theory of democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2024, p. 43-44: «[...] deliberation can serve to structure our disagreements along a single dimension, thereby facilitating more robust correlations between preferences and policy».

115 César Carballo y Luis Lauriño, *op. cit.*, pp. 49-65.

que deficiente y ralentizado, hacia una cultura del diálogo social, es una primera piedra sobre la cual hemos todos de construir en pro de una redemocratización significativa, no solo de las relaciones laborales y de la política socioeconómica, sino, en última instancia, del sistema político.

Los elementos que hemos descrito no son únicamente un manual de instrucciones para la elaboración de un proceso de diálogo social, sino también indicadores para la evaluación del mismo, con lo cual, aquello que ya ocurre en Venezuela puede ser visto a través de este prisma para hacer las correcciones pertinentes y poder, en el futuro, fundar una instancia permanente de diálogo social que profundice en estos criterios y los perfeccione; en primer lugar, para la instalación de una gobernanza democrática y, en segundo, para la garantía del derecho humano al diálogo social que se aloja en el espíritu más esencial del Derecho del Trabajo y de la dogmática internacional de los Derechos Humanos.

Apreciación final

Este ensayo ha ensamblado una variedad de argumentos con respecto al diálogo social. Lo primero, encuadrarlo dentro de un contexto que es el Derecho del Trabajo, como disciplina protectora, democrática y democratizante. A propósito del caso venezolano, hemos destacado como la ausencia de diálogo social es neurálgica para la comprensión de la crisis del sistema, tal como lo ha evidenciado la Comisión de Encuesta de la OIT. De forma propositiva, hemos apuntado a un concepto de diálogo que lo convierte en herramienta idónea para la reconstrucción del modelo democrático, no solo en Venezuela, sino en cualquier latitud. A continuación, presentamos nuestra argumentación para el reconocimiento de un derecho humano al diálogo social que fortalezca las exigencias de su concreción en la región americana. Por último, ofrecemos una lista de criterios y características básicas para el diseño y ejecución de instancias y procesos de diálogo social.

Este encadenamiento pretende demostrar que el diálogo social, lejos de ser un tema zanjado, es una herramienta de máxima potencia en permanente reimaginación, a la cual debemos prestar atención especialmente desde Venezuela, donde el clamor por la construcción conjunta de un futuro mejor, basado en la justicia social y el respeto a los derechos humanos, está tan presente como siempre. Nuestra intención, al celebrar los cincuenta años del IIJ de la Universidad Católica Andrés Bello, es poner todas estas ideas –y muchísimas otras– al servicio de un país que requiere urgentemente que se retome el diálogo social sincero y fructífero para su recuperación plena.

Bibliografía

- ANDRIAS, Kate, «Labour and Democracy», *The Oxford Handbook of the Law of Work*, Oxford University Press, Oxford, 2024.
- AYALA, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.
- _____, *Hacia una justicia constitucional internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo blanch, Ciudad de México, 2024.
- BAGG, Samuel Ely, *The Dispersion of Power. A critical realist theory of democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2024.
- BAYLOS, Antonio, *¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de uso*, 2ª edición, Catarata-Fundación 1º de mayo, Madrid, 2021.
- BERNARDONI DE GOVEA, María, «DLOTTT y sus características fundamentales», *Decreto Ley Orgánica del Trabajo. Balance de un decenio*, abediciones-Instituto de Investigaciones Jurídicas UCAB, Caracas, 2022.
- _____, «Libertad y Derecho del Trabajo en Venezuela», *El mundo del trabajo: miradas desde Venezuela*, abediciones-Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2020.
- BERNARDI KALIL, Renan, «De San José para Brasília: os parâmetros interamericanos de direitos humanos e a negociação coletiva», *Revista Jurídica del Trabajo*, vol. 5, n°15, RJT, Montevideo, 2024.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991.
- BREWER-CARÍAS, Allan, *Reflexiones sobre la revolución americana (1776), la revolución francesa (1789) y la revolución hispanoamericana (1810-1830), y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 3ª edición ampliada, Editorial Jurídica Venezolana, Panamá, 2019.
- CALDERA, Rafael, *Derecho del Trabajo*, 2ª edición, El Ateneo, Buenos Aires, 1972.
- CARBALLO, César, «Delimitación del campo de batalla: la concertación social de 1958», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, n°157, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2018.
- _____, *Derecho del trabajo. Trazos cardinales*, Palestra, Lima, 2025.
- _____, «Derechos laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n°2, Universidad de Málaga, Málaga, 2021.
- _____, «DLOTTT. Instrumento transicional hacia un modelo socialista de relaciones laborales», *Decreto Ley Orgánica del Trabajo. Balance de un decenio*, abediciones-Instituto de Investigaciones Jurídicas UCAB, Caracas, 2022.

- CARBALLO, César y LAURINO, Luis, *Diálogo social en Venezuela. Presupuestos | inclusividad | eficacia*, abediciones, Caracas, 2023.
- CIDH, *Derecho a la verdad en las Américas*, Documento OEA/Ser.L/V/II.152 Doc.2, 2014.
- COELHO HERNÁNDEZ, Anselmo, «Un par de apuntes sobre diálogo social, consenso y cambio», *Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales*, n°55, UCAB, Caracas, 2023.
- CORRALES, Javier, «Venezuela's autocratization, 1999-2021», *When democracy breaks. Studies in democratic erosion and collapse, from ancient Athens to the present day*, Oxford University Press, Nueva York, 2024.
- COURTIS, Christian, «Los derechos laborales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista Trabalho, Direito e Justiça*, vol. 2, n°3, TRT-9ª Región, Paraná, 2024. Disponible en: <https://doi.org/10.37497/RevistaTDJ.TRT9PR.2.2024.103>.
- FERRAJOLI, Luigi, *La construcción de la democracia. Teoría del garantismo constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2023.
- FRANCISCO, *Carta Encíclica Fratelli Tutti*, Imprenta de La Santa Sede, Ciudad del Vaticano, 2022. Disponible en: https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html.
- FUNG, Archom y GRAY, Sean W.D., «The All-Affected Principle: A pathway to democracy for the twenty-first century», *Empowering Affected Interests. Democratic inclusion in a globalized world*, Cambridge University Press, Cambridge, 2024.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª edición, Alianza Universidad, Madrid, 2009.
- GARRORENA MORALES, Ángel, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- _____, *Escritos sobre la democracia. La democracia y la crisis de la democracia representativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- GIUZIO, Graciela, «Los sujetos del diálogo social: los sindicatos, los empleadores y sus organizaciones y el Estado. Experiencias concretas en América Latina y Europa», *Boletín técnico interamericano de formación profesional*, n°156, OIT, Montevideo, 2005.
- GOLDIN, Adrián, «The development of the Law of Work in Latin America», *The Oxford Handbook of the Law of Work*, Oxford University Press, Oxford, 2024.

- GRAÑA, François, «¿Democratizar la democracia? Las nuevas formas de diálogo social», *Boletín técnico interamericano de formación profesional*, n°156, OIT, Montevideo, 2005.
- HERNÁNDEZ, Óscar y RICHTER, Jacqueline, «La libertad sindical en Venezuela y el examen de sus problemas por parte de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo», *El mundo del trabajo: miradas desde Venezuela*, abediciones-Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2020.
- KOLVENBACH, S.J., Peter-Hans, «La cultura del diálogo», *Conferencia en la Universidad de Mérida*, 6 de febrero de 1998.
- LAURÍÑO, Luis, «Anatomía de las relaciones industriales. Una mirada desde el intervencionismo del estado, el marco normativo y la ley del trabajo en Venezuela», *Decreto Ley Orgánica del Trabajo. Balance de un decenio*, abediciones-Instituto de Investigaciones Jurídicas UCAB, Caracas, 2022.
- LEÓN XIII, *Carta Encíclica Rerum Novarum*, Imprenta de la Santa Sede, Ciudad del Vaticano, 1891. Disponible en: http://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html.
- LINZ, Juan y STEPAN, Alfred, *Problems of democratic transition and consolidation: southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Johns Hopkins University, Baltimore, 1996.
- MANIN, Bernard, *The principles of representative government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.
- MARÍN, Enrique, «Origen y forma del DLOTTT, “misteriosa ley del trabajo”, en su décimo aniversario», *Decreto Ley Orgánica del Trabajo. Balance de un decenio*, abediciones-Instituto de Investigaciones Jurídicas UCAB, Caracas, 2022.
- NIKKEN, Pedro, «El concepto de Derechos Humanos», *Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo I*, IIDH, San José de Costa Rica, 1994.
- OEA. Red Interamericana para la Administración Laboral, *Recomendaciones y resultados del taller “Diálogo social para una recuperación sostenible, justa y equitativa”*, OEA, Bogotá, 2022. Disponible en: https://rialnet.org/sites/default/files/documents/DocResultados_TallerDS_FINAL%20%281%29.pdf.
- OIT, *Diálogo Social. Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (Informe VI de la 102ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo)*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2013.
- , «Diálogo social y tripartismo», Disponible en: <https://www.ilo.org/es/temas-y-sectores/dialogo-social-y-tripartismo>.

- ____, *Informe sobre Diálogo Social 2024. El diálogo social en el más alto nivel para el desarrollo y el progreso social*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2025.
- ____, *La Libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*, 6ª edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018.
- ____, *Método de autoevaluación para las instituciones de diálogo social MA-IDS*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2021.
- ____, *Por la reconciliación nacional y la justicia social en la República Bolivariana de Venezuela. Informe de la Comisión de Encuesta instituida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la observancia por parte del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela del Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 26), del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y del Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144)*, OIT, Ginebra, 2019.
- ____, *Procedimientos para la celebración de consultas con los pueblos indígenas. Experiencias de Noruega*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016.
- ____, «Quejas/Comisiones de encuesta», OIT Normlex, Disponible en: https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:50011:0::NO::P50011_ARTICLE_NO:26.
- ____, *Relaciones de trabajo en Venezuela. Serie Relaciones de Trabajo 79*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995.
- ____, *Resolución relativa a la segunda discusión recurrente sobre el diálogo social y el tripartismo (adoptada en la 102ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo)*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018.
- ____, *Resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles (adoptada en la 54ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo)*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1970.
- ONU. Comité de Derechos Humanos, *Observación General n°25 “Artículo 25 – La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto”*, 57º período de sesiones, HRI/GEN/1/Rev.7, 1996. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Download.aspx?symbolno=HRI%2FGEN%2F1%2FRev.7&Lang=es.
- ONU. OCHA, *Glossary of Humanitarian Terms in relation to the Protection of Civilians in Armed Conflict*, ONU, Nueva York, 2004.
- PALOMEQUE, Manuel Carlos, «La construcción institucional del Derecho del Trabajo», *Revista Jurídica del Trabajo*, vol. 5, n°15, Montevideo, 2024.

PRZEWORSKI, Adam, *Crises of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

_____, «What makes democracy endure? », *Journal of Democracy*, vol. 7, n°1, Johns Hopkins University Press, Washington, D.C., 1991.

R4V Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela (ONU), «Refugiados y migrantes de Venezuela», Disponible en: <https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes>.

Real Academia Española – Diccionario de la Lengua Española, «Diálogo», Disponible en: <https://dle.rae.es/di%C3%A1logo>.

_____, «Social», Disponible en: <https://dle.rae.es/social>.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, «La cláusula del Estado Social de Derecho y los derechos fundamentales sociales», *La doctrina constitucional y administrativa del Estado Social y Democrático de Derecho. Liber Amicorum Allan Brewer Carías*, Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, 2016.

SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Tribunal Federal Electoral, Ciudad de México, 1993.

SERNA DE LA GARZA, José María, *Acceso a la ciudadanía. Estudios sobre diversos mecanismos de participación de la sociedad civil en los procesos decisionales del Estado*, IIJ UNAM, México, 2024.

SINZHEIMER, Hugo, «La esencia del Derecho del Trabajo», *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984.

SOJO, Carlos, «Reflexiones finales», *Diálogo social en América Latina. Un camino hacia la democracia ciudadana*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., 2005.

SOMAVIA, Juan, *Informe del Director General: Trabajo Decente (presentado ante la 87ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo)*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999. Disponible en: <https://webapps.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>.

VELASCO, Antonio y ALONSO, Leonor, «Una síntesis de la teoría del diálogo», *Argos*, vol. 26, n°50, Universidad Simón Bolívar, Caracas, 2009.

VILLASMIL PRIETO, Humberto, «Tripartismo y libertad sindical», *Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales*, n°33, UCAB, Caracas, 1997.

_____, *Fundamentos de Derecho Sindical Venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007.

ZOVATTO, Daniel y VARELA-ERASHEVA, Marcelo, «Diálogos nacionales: lecciones aprendidas en diversas experiencias en América Latina», *Diálogo social en América Latina. Un camino hacia la democracia ciudadana*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D.C., 2005.

Legislación

OEA, *Carta de la Organización de Estados Americanos*, Bogotá, 1948 (reformada en Buenos Aires, 1967; Cartagena, 1985; Washington, D.C., 1992 y; Managua, 1993).

_____, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 1969.

OIT. *Consejo de Administración, 332.a reunión, Documento GB.332/INS/10 (Rev.)*, Ginebra, 2018.

_____, *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo*, Versalles, 1919.

_____, *Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo*, Filadelfia, 1944.

ONU, *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*. Documento A/CONF.39/27 (1969), Viena, 1969.

_____, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)*, Gaceta Oficial n°36.860 de 30 de diciembre de 1999 y reimpressa en Gaceta Oficial n°5.453 (Extraordinario) de 24 de marzo de 2000.

VENEZUELA, *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras*, Gaceta Oficial n°6.076 (Extraordinario), 7 de mayo de 2012.

Referencias Jurisprudenciales

CorteIDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

_____, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016.

_____, *Caso Da Silva y otros vs. Brasil. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2024.

_____, *Caso Maidanik y otros vs. Uruguay. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 15 de noviembre de 2021.

_____, *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.

_____, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

_____, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001.

- _____, *Caso Huilca Tecse vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 3 de marzo de 2005.
- _____, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988.
- _____, *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011.
- _____, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012.
- _____, *Caso Pavez Pavez vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 4 de enero de 2022.
- _____, *Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005.
- _____, *Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008.
- _____, *Caso Petro Urrego vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 8 de julio de 2020.
- _____, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010.
- _____, *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018.
- _____, *Caso Spoltore vs. Argentina. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 9 de junio de 2020.
- _____, *Caso de los empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antonio de Jesus y sus familiares vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 15 de julio de 2020.
- _____, *Caso Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2021.
- _____, *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 22 de junio de 2022.
- _____, *Caso Muelle Flores vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019.
- _____, *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2019.
- _____, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018.

- _____, *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 23 de agosto de 2018.
- _____, *Caso Hernández vs. Argentina. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2019.
- _____, *Caso Brítez Arce y otros vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2022.
- _____, *Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 24 de junio de 2020.
- _____, *Opinión Consultiva OC-29/22 «Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad»* de 30 de mayo de 2022.
- _____, *Opinión Consultiva OC-27/21 «Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género»* de 5 de mayo de 2021.
- _____, *Opinión Consultiva OC-24/17 «Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo»* de 24 de noviembre de 2017.
- _____, *Opinión Consultiva OC-16/99 «El derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal»* de 1 de octubre de 1999.
- _____, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.
- _____, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-039/97 de 3 de noviembre de 1997.
- _____. Sentencia C-389/16 de 27 de julio de 2016.
- Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia n°1185-20-JP/21 “El río Aquepi” de 15 de diciembre de 2021.

Las hijas del artículo 123

Humberto Villasmil Prieto¹

“Por mi raza hablará el espíritu”. José Vasconcelos.

La Revolución Mexicana y su Constitución

La Historia es el ancla del tiempo que va pasando. En este caso, hablamos de un tiempo histórico, no definitivamente acotado, sobre el cual los historiadores no han dejado de debatir hasta nuestros días: ¿cuándo empezó y cuándo terminó la Revolución Mexicana (RM)?.

La opinión más compartida propone que la RM, la primera del Siglo XX, anterior a la Revolución Rusa y que se desarrolló coincidiendo en buena parte con la primera Guerra Mundial (IGM), transcurrió entre 1910 hasta 1920 cuando, después del asesinato de Venustiano Carranza en Tlaxcalantongo, el 21 de mayo de ese año, los sonorenses, Generales Calles y Obregón institucionalizan el poder revolucionario.

Incluso, un género literario, que tiene ya solera, como es la Novela de la Revolución Mexicana (NRM) tuvo como primera dificultad tener que constatar que el tiempo de la NRM no coincide cronológicamente con la RM y, menos aún, si esta hubiese terminado en 1920. De no ser así, como parece evidente, habría que destacar una plasticidad en la NRM que explica su influencia de onda larga hasta, por lo menos, la década de los sesenta del siglo pasado².

-
- 1 Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) de Caracas, Venezuela, de la Universidad Central de Venezuela (UCV) y de la Universidad Monteávila. Miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Presidente honorario y ex Secretario General de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Todas las negrillas, cursivas y subrayados son del autor, salvo indicación en contrario.
 - 2 Max Aub, *Guía de narradores de la Revolución Mexicana*, 1ª edición, Secretaría de Educación Pública, México DF, 1969.

En clave histórica la RM tuvo una primera etapa (1910-1911) representada por la Revolución Maderista, signada por la consigna “Sufragio efectivo no reelección”, cuyo momento más icónico lo significó la caída del dictador Porfirio Díaz en 1911 quien, el 31 de mayo de ese año, embarca en el vapor Ipiranga, anclado en el Puerto de Veracruz. La ruta sin retorno del General fue La Habana, Vigo, Gijón, Santander, Plymouth y Le Havre. Moriría en París el 2 de julio de 1915. Todavía se debate la conveniencia de repatriar sus restos a México.

La segunda, coincide con la presidencia de Francisco I. Madero y culmina con su ejecución en 1913 como colofón de *La decena trágica (9 al 19 de febrero de 1913)*.

Una tercera etapa (1913-1914) estuvo signada por el surgimiento del *Ejército constitucionalista*, que, una vez proclamado el Plan de Guadalupe del 26 de marzo de 1913, irrumpe contra el gobierno de facto de Victoriano Huerta. Fue este un tiempo de guerras intestinas y de división del bando revolucionario entre villistas, zapatistas y carrancistas.

Una cuarta etapa (1914-1920) estuvo significada por la presidencia de Venustiano Carranza y el triunfo constitucionalista. Es en este período que se aprueba la Constitución de Querétaro de 1917, la primera del mundo que, alejándose de las constituciones liberales decimonónicas, consagró los derechos sociales y especialmente los derechos de obreros y campesinos³.

Una quinta y última etapa partiría en 1920 con la presidencia de Adolfo de la Huerta, período que -según se entienda- se alarga hasta 1940 con el fin del sexenio del General Lázaro Cárdenas. Si cupiese un colofón de todo lo anterior cabría repetir que a mediados de la década de los cuarenta del siglo pasado “la Revolución se bajó del caballo y se subió al Cadillac”, según una frase citada muchas veces y que se atribuye al periodista Carlos Denegri.

Al institucionalizarse, la RM terminó apropiando -más bien canalizando- el discurso de la violencia y especialmente el de la lucha por la tierra y el trabajo, volviendo recurrentemente a un ícono, la Constitución de 1917, cuyo cabal cumplimiento, siempre pospuesto y no menos traicionado, necesitó entonces llevarla

3 “Coincidimos con el penetrante pensamiento del notable jurista alemán Gerhard Leibholz, en cuanto considera que en la moderna sociedad económica, las asociaciones en las cuales se organizan los diversos grupos sociales se han situado en el lugar que antes ocupaban las clases, y su gran ventaja ha sido convertir el concepto de clase en algo relativo, superando con ello la sociedad clasista del siglo XIX, pues dichas asociaciones están destinadas principalmente a expresar sus intereses antagónicos”. Héctor Fix Zamudio, *La Constitución y el Estado Social de Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México DF, 1988, p. 79. Disponible en: <https://repositorio.unam.mx/contenidos/5030789> el 12/07/2025.

a los altares del mito⁴, como ocurrió en efecto y no solo en México sino en toda la América latina.

(...) el siglo XX fue recibido con gran optimismo y con la plena certeza de que se transitaba hacia una nueva era de mayor paz, prosperidad y logros, que sería la lógica continuación de la glamorosa y alegre *Belle Époque* iniciada en el viejo continente en los últimos decenios del xix. Sin embargo, lejos, muy lejos se estaba de poder imaginar, visualizar o prever los radicales cambios que estaban por venir. En efecto, de golpe se comenzaron a registrar inesperados signos ominosos, como fueron las revoluciones sociales de México en 1910 y la de Rusia en 1917, que anticiparon la mayor catástrofe global que trajo consigo la Primera Guerra Mundial de 1914 y 1918⁵.

La Constitución de Querétaro de 1917: antecedentes y gestación

En efecto, la Revolución Mexicana transcurre, en buena parte, paralela a la IGM cuyo término en 1919, con el Tratado de Versalles, marcaría el fin del *largo siglo XIX* y el comienzo del *corto siglo XX*, según la sugerente tesis de Eric Hobsbawm⁶ que ha sido tan reiterada.

Con todo, y es lo que interesa, en medio de esa Revolución se aprueba la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos que reformó la Constitución liberal del 5 de febrero de 1857⁷. Fue la Constitución de 1917 la primera del mundo que consagró los derechos sociales, significando el pistoletazo de salida

4 “La crítica cruel (y justa) al mundo de la posrevolución de los novelistas engendra la creación de un mito: remitifican la R. en su estallido popular y sus ideales primeros. A la vez, este método de denuncia de la ruptura del ideal por la gestión política posterior, entraña una mitificación subsidiaria: ellos, los novelistas, se reservan -desde la buena fe- el papel de críticos, de censores de la mala configuración del ideal revolucionario. Se ven a sí mismos como protagonistas-antagonistas de la ideología política en el poder -hoy prístia. Es decir, opositoristas, y pueden llegar a crear una conciencia mítica de su propia vocación crítica. Marta Portal, *México: de la Revolución a la novela*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2011. Recuperado en: https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/mexico-de-la-revolucion-a-la-novela/html/522f5a74-a0fe-11e1-b1fb-00163ebf5e63_2.html

5 Walter Astié-Burgos, *El atribulado y violento inicio del Siglo XX, México y la Constitución de 1917. Contexto Histórico*, Senado de la República, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2016, p. 35.

6 Eric Hobsbawm, *Historia del siglo XX*, 2ª edición, Planeta, Buenos Aires, 2010.

7 República Mexicana. Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana. Diario Oficial. Tomo V, 4ª época, núm. 30, 5 de febrero de 1917. Disponible en: <https://www.constitucionpolitica.mx/versiones-anteriores/1917>.

del *Tiempo del Constitucionalismo Social*: “A diferencia de los reformadores de 1857, que primero redactaron una Constitución y después defendieron con las armas sus principios liberales en el campo de batalla, los revolucionarios de 1910-1917 primero lucharon y luego redactaron su Carta Magna. Este documento legalizó y legitimó a la Revolución Mexicana”⁸.

Con todo,

[l]os principios adoptados por el Constituyente mexicano de 1917 plasmados en el artículo 123 constitucional no son creación original del mismo, sino que son producto de las luchas y reivindicaciones laborales a lo largo de los siglos XVIII y XIX. Sin embargo, los dos grandes méritos de la Constitución mexicana de 1917 fueron el haber compilado la generalidad de las reivindicaciones laborales de la época uniformemente, en un mismo texto legislativo y, sobre todo, que dicho texto lograra el rango de constitucional, dándole el carácter de ley fundamental. Asimismo, el Constituyente, en otros aspectos, fue aún más vanguardista e innovador que la tendencia internacional de la época⁹.

No se trata desde luego de obviar que muchas de las reivindicaciones que hizo suya el artículo 123 de la Constitución Mexicana de 1917 estaban en el tráfico de las ideas que desde el siglo xix y las primeras décadas del xx se movían a lo largo del mundo, de la mano de muy distintas corrientes ideológicas que iban desde el anarquismo hasta la Doctrina Social de la Iglesia. Pero distinto es que ese ideario concluyese en un texto constitucional que, por lo demás, aconteció en el marco de la primera revolución que conoció el convulso siglo xx. Eso es lo que explica, por sobre todo, su influencia.

Como apunta Rafael Rojas en un libro imprescindible:

En el caso del liberalismo, basta con revisar las constituciones, leyes y decretos generados entre los años 30 y 40 por los gobiernos populistas o nacionalistas revolucionarios, para constatar que la vieja doctrina de los derechos naturales del hombre ha sido rebasada por otra que reconoce los derechos de nuevos sujetos que van desde la mujer hasta los campesinos¹⁰.

8 Andrés Garrido del Toral, *Constitución de Querétaro, Querétaro de la Constitución/Constitución de Querétaro*, Instituto Nacional de Estudios de Historia de las Revoluciones Mexicanas, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado Querétaro, 2015, p. 158.

9 Fernández Delgado, Miguel Ángel y Rodríguez Martínez Eli: *Del artículo 123 constitucional al Tratado de Versalles: un compendio de legislación laboral para el siglo XX*. *Revista De Investigaciones Jurídicas*, Año 42, México 2018, Núm. 42, pp. 105-106.

10 Rafael Rojas, *El árbol de las revoluciones. El poder y las ideas en América Latina*, Turner, México, 2021, p. 42.

Fueron las constituciones adoptadas al albur de la Constitución Mexicana de 1917 y cercanas a estas en el devenir histórico, *las hijas del artículo 123*.

Este modelo constitucional irrumpía contra las constituciones liberales decimonónicas acomodadas a resguardar los derechos del individuo frente al Estado y que reclamaban de este, primordialmente, un rol de abstención.

Pues bien, al movimiento de incorporación de esos derechos al texto de las Constituciones a partir de la Primera Guerra Mundial, para elevar su jerarquía y asegurar su cumplimiento, se denominó constitucionalismo social.

Este movimiento se inició con la Constitución mexicana de 1917, fruto de los principios de la revolución; con la Constitución soviética de 1918, expedida por el tercer congreso panruso de los soviets, y con la Constitución alemana de 1919, surgida después del derrumbe del gobierno imperial del Káiser Guillermo II¹¹.

Con la Constitución de 1917, surge un tipo de constitución que reconoce la existencia de los grupos y por ende se propone tutelar derechos en este orden¹². Es lo que el profesor Bidart Campos llamó *la textura grupal de las sociedades de nuestra época*¹³.

Es un hecho conocido que la Constitución Federal de 5 de febrero de 1917 inició la etapa del llamado “constitucionalismo social”, *al elevar a nivel de normas fundamentales a los derechos de los grupos sociales desprotegidos y marginados, es decir, campesinos y obreros en sus artículos 27 y 123* y que este ejemplo fue seguido por varios textos constitucionales de la primera postguerra, particularmente por la carta de Weimar de 11 de agosto de 1919¹⁴.

Desde luego que habiendo sido la RM una gesta que en buena parte se explica por la reivindicación del derecho a la tierra y de los derechos de los trabajadores, sus dos artículos más emblemáticos resultaron, precisamente, el 27 y el 123:

11 Rodrigo Borja, “Constitucionalismo social”, *Enciclopedia de la Política*. Disponible en: https://www.encyclopediadelapolitica.org/constitucionalismo_social/

12 “(...) el liberalismo deja paso a una concepción social proteccionista en la que el Estado tutela no solo al individuo, sino también a los grupos que integran la colectividad. El nuevo panorama constitucional de la República obedece a las notables transformaciones económicas sociales que fueron postulados del movimiento armado”. Margarita De la Villa, *Constituciones vigentes en la República Mexicana*, tomo I, Instituto de Derecho Comparado-UNAM, México, 1962, p. XI citado por Sergio García Ramírez, “Tres textos precursores en el constitucionalismo social”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año I, número 2-3, 1968, p. 475. Disponible en: <https://repositorio.unam.mx/contenidos/4127324> el 12/07/2025.

13 Germán José Bidart Campos, *Doctrina del Estado Democrático*, EJE, Buenos Aires, 1961, pp. 251-261, citado por Fix-Zamudio, *op. cit.*, p. 78.

14 *Ibidem*, p. 73.

Tengo la certeza de que las dos conquistas jurídico políticas de los constituyentes de 1916-1917 y, por ello, de la Revolución Mexicana de 1910, quedaron consignadas, en primer lugar, en el artículo 27 constitucional y en el 123 de la misma ley; en segundo, es haber descubierto y adoptado en la ley fundamental por primera vez en la historia del constitucionalismo, derechos sociales en el texto de una Constitución¹⁵.

De cualquier manera, el artículo 5 de la Constitución de Querétaro¹⁶ no deja de reclamar un protagonismo muy relevante a la hora de develar el ideario que influyó en el texto de 1917. Inicialmente, y antes de que se acogiera redactar lo que fue después el artículo 123,

[e]l 19 de diciembre de 1916 se presentó a la consideración del Congreso el proyecto del artículo 5º. de la Constitución que venía redactado casi en idénticos términos que el artículo respectivo de la ley de 1857: «nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial»¹⁷.

Se trataba de una disposición acomodada a terminar con la esclavitud -en cualquiera de sus formas- que pesaba sobre los trabajadores del campo, muchos de ellos indígenas.

15 Alfonso Noriega Cantú, “El Nacimiento de los Derechos Sociales en la Constitución de 1917”, *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1988, p. 191.

16 “Art. 5º.- Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123. En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas, los de jurados, los cargos concejiles y los cargos de elección popular, directa e indirecta, y obligatorias y gratuitas, las funciones electorales. El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, ya sea por causa de trabajo, de educación o de voto religioso. La ley, en consecuencia, no permite el establecimiento de órdenes monásticas, cualquiera que sea la denominación u objeto con que pretendan erigirse. Tampoco puede admitirse convenio en que el hombre pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio. El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles. La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que, en ningún caso, pueda hacerse coacción sobre su persona”.

17 Noriega Cantú, *op. cit.*, p. 192.

Para cerrar la *triada* de los artículos propiamente laborales de la Constitución de 1917¹⁸ habría que agregar al artículo 28 que, seguramente influido por la Ley Clayton de los EE. UU de 1914 (*The Clayton Antitrust Act of 1914*), dispuso que: “[n]o constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses (...)”. Conviene destacar que para 1871 “el código penal del Distrito Federal dispuso castigar con 8 días de arresto y multa de 25 a 500 pesos a quienes pretendieran el alza o la baja de los sueldos, o impidieran el libre ejercicio de la industria o del trabajo por medio de la violencia física o moral”¹⁹. La similitud de esta norma con el Art. 39 de la Ley del Trabajo de Venezuela de 1928 (23 de julio) resulta sorprendente: “Serán castigados conforme al Código Penal las violencias o amenazas y demás actos ilícitos que tengan por objeto lesionar la libertad de trabajo, u obligar a una persona a que deje de trabajar o a que reanude su trabajo”.

Esa disposición se explica desde la idea toral que resultó el hilo conductor del Derecho Laboral como un derecho tutelar y garantista: “*El trabajo no es una mercancía*”, en los términos de la Declaración de Filadelfia de la OIT de 1944²⁰. Ciertamente, no puede serlo, desde que “[e]l trabajo en efecto no es separable de la persona del trabajador y su ejecución moviliza un compromiso físico, una inteligencia y unas competencias que se inscriben en la singularidad histórica de cada vida humana”²¹.

Apunta Mariano Palacios Alcocer que

[c]uando la Revolución estalló en 1910, no tenía un proyecto. Cabrera la consideró más bien producto de un impulso que de una idea. Clases medias, obreros, campesinos, solo intuían que este país moderno que la oligarquía deseaba no era el suyo; que había que destruir ese orden el vértigo de la lucha armada; la Revolución destruyó los símbolos de esa injusta modernidad: derrocó al dictador, expresión visible de aquel régimen objetivo de su repudio; devastó las haciendas; celebró festivamente la destrucción de sus lujos²².

18 Arts, 5, 28 y 123.

19 Moisés González Navarro, “El primer salario mínimo”, *Historia Mexicana*, vol. 28, núm. 3 (111), 1979, p. 370.

20 “La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes: (a) el trabajo no es una mercancía (...)”. Disponible en: <https://www.ilo.org/sites/default/files/202406/Declaration%20of%20PhiladelphiaA5%20booklet%20ES.pdf>

21 Alain Supiot, “El trabajo no es una mercancía. Contenido y sentido del trabajo en el Siglo XXI”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 140, n°1, 2021, p. 6.

22 Mariano Palacios Alcocer, *La Constitución de 1917*, Apud: *El constitucionalismo en las pos-trimerías del siglo XX*, 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México,

Con todo, el texto de Querétaro de 1917 -*la obra jurídica más importante de la primera post guerra mundial*, al decir de Mario De La Cueva- no estuvo huérfano de antecedentes y, más bien, fue el vértice en que se cruzaron corrientes ideológicas muy anteriores a la RM.

En otras palabras, los constituyentes de 1916-1917 recogieron con verdadero acierto las ideas que fueron el contenido de ese hecho social, político y económico, que Jesús Reyes Heróles identificó con mano maestra y designó con el significativo nombre de *liberalismo social mexicano*²³.

En México, el liberalismo postcolonial fue representado, entre otros destacados intelectuales, por Francisco Zarco, Guillermo Prieto, Justo Sierra, Vicente Riva Palacio, e Ignacio Ramírez (*El Nigromante*); este último, la mente “*más combatiente y la personificación más radical del espíritu jacobino de la Reforma (Maciel)...*”²⁴.

Como consecuencia de la Revolución de Ayutla contra el Gobierno de Santa Anna, en 1854, se adoptó la Constitución Política de 1857 que sustituyó a la Constitución de 1824. Ciertamente el proceso de *la Reforma* tuvo en *El Nigromante* a su voz social más sensible e influyente. No faltó quien, como Francisco Zarco, lo reconociera como “*el ideólogo de la Constitución de 1857*”²⁵.

Mi maestro, Don Alberto Trueba Urbina, apuntaba que, en medio del proceso constituyente de 1857,

(...) se levantó la voz tronante de un genial constituyente que pensaba que la Constitución no solo debía ser égida política de los derechos individuales, sino también instrumento de protección de los grupos sociales débiles: Ignacio Ramírez (El pensamiento integral del «*Sublime destructor del pasado y el Obrero de la Revolución*», como dijera el maestro de América, don Justo Sierra, puede consultarse en Obras de Ignacio Ramírez, 2 t. Editorial Nacional, S.A, México 1947)²⁶.

1988, p. 2.

23 Noriega Cantú, *El Nacimiento de los Derechos Sociales en la Constitución de 1917*, op. cit, p. 200.

24 Salvador Benítez J. Loreto, “Ignacio Ramírez, su interés científico y filosófico”, *CIENCIA ergo-sum, Revista Científica Multidisciplinaria de Prospektiva*, vol. 25, núm. 2, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2018. Disponible en: <https://redalyc.org/journal/104/10454952009/html/>

25 *Ibidem*.

26 Alberto Trueba Urbina, *La Constitución Reformada*, 4ª edición, Librería Herrero Editorial, México, 1963, p. 109.

Esa Constitución “bien pudo ser la primera Constitución Político Social de México y del mundo”²⁷.

En los debates constituyentes de 1857 *El Nigromante* llegó a plantear que se estableciera el derecho al reparto de las utilidades de las empresas entre los trabajadores, lo que recogiera finalmente la Constitución de Querétaro, con todo y que fue “hasta la década de los años sesenta -del siglo pasado²⁸- cuando la distribución de esos dividendos de plusvalía social cobra carta de naturaleza en la Ley Federal del Trabajo y se implantan algunos mecanismos que no dejan de ser quebrantados por la doble contabilidad y otros subterfugios”²⁹.

El diputado Ignacio Ramírez, también hizo cargos a la Comisión dictaminadora por haber conservado la servidumbre de los jornaleros, exclamando en seguida: “¡Sabios economistas! en vano proclamaréis la soberanía del pueblo, mientras privéis a cada jornalero de todo el fruto de su trabajo y lo obliguéis a comerse su capital, poniéndole en cambio una ridícula corona sobre la frente.”³⁰

El pensamiento de Ignacio Ramírez resultaba explícito a propósito del sentido de la Constitución que postulaba:

Formemos una constitución que se funde en el privilegio de los menesterosos, de los ignorantes, de los débiles, para que de este modo mejoremos nuestra raza, y para que el poder público no sea otra cosa más que la beneficencia organizada³¹.

Por su parte, el Programa del Partido Liberal Mexicano (PLM)³², Saint Louis, Mo., julio 1° de 1906) y las huelgas de Cananea (junio de 1906) y Rio Blanco³³

27 *Ibidem*, p. 107.

28 Nota del autor.

29 Braulio Ramírez Reynoso, “Las nuevas garantías sociales”, *Revista Estudios comparativos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Serie B, número 26, UNAM, México, 1988, p. 157.

30 Ricardo García Granados, *La Constitución de 1857 y las Leyes de Reforma en México. Estudio Histórico-Sociológico*, Tipografía Económica, México, 1906, p. 42.

31 Ramírez Reynoso, *Las nuevas garantías sociales. op.cit*, p. 109.

32 Junta Organizadora del Partido Liberal Mexicano, *Programa Del Partido Liberal Mexicano y Manifiesto a la Nación*, Saint Louis-Missouri, 1906. Presidente, Ricardo Flores Magón.- Vicepresidente, Juan Sarabia.- Secretario, Antonio I. Villarreal.- Tesorero, Enrique Flores Magón.- 1er. Vocal, Prof. Librado Rivera.- 2º. Vocal, Manuel Sarabia: Recuperado en: <https://ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/CH6.pdf>.

33 “...estas huelgas enfrentaron a los trabajadores con regímenes políticos que participaban estrechamente de la expansión capitalista que tuvo lugar entre los últimos años del siglo xix y los primeros del siglo xx. Esa expansión puso en jaque a los sistemas de dominación como los que existían en Rusia y Francia y, en forma similar, a los regímenes políticos de Chile y México. El proceso de ajuste entre régimen de acumulación y régimen de dominación

(Diciembre-Enero de 1907) actuaron como detonantes del ideario que, a propósito de los derechos sociales y, muy particularmente, de cara a la adopción del artículo 123, logró permear en la Constituyente de Querétaro.

Habiendo sido lanzado 11 años antes de la Constitución de Querétaro no deja de sorprender que en el capítulo dedicado al CAPITAL Y TRABAJO se hubiere incluido, tan tempranamente, el establecimiento de una jornada de 8 horas de trabajo, de un salario mínimo, de la reglamentación del servicio doméstico y del trabajo a domicilio, de la protección de los trabajadores a destajo, la prohibición del empleo de menores, condiciones de higiene del trabajo en las minas fábricas y talleres, alojamiento higiénico a los trabajadores, la indemnización por accidente de trabajo y la nulidad de las deudas de los jornaleros; la prohibición del pago del salario por vales y de las tiendas de raya, además el descanso dominical y la obligación a las empresas de no ocupar en su empleo sino a una minoría de extranjeros³⁴.

La huelga de los trabajadores de las minas de cobre de Cananea, Sonora, estalla movida por el reclamo de las deplorables condiciones de trabajo que, además, resultaban discriminatorias, en desmedro de los trabajadores mexicanos frente a los anglosajones. La conformación poblacional de esta región del Estado de Sonora mostraba para la época la migración interna de muchos trabajadores atraídos por el enclave que significaba la *Cananea Consolidated Copper Company*, proceso que cautivó a muchos inmigrantes de origen mexicano en búsqueda de mejores condiciones de vida.

Los huelguistas de Cananea exigían aumento salarial, una jornada laboral más justa, el acceso a la atención médica y prestaciones sociales y, finalmente, el reconocimiento de su organización sindical.

La huelga de Cananea, como expresión icónica del *tardo porfiriato*, se saldó con cientos de muertos y heridos; incluso la compañía optó por contratar rompehuelgas, cuya alianza con las fuerzas represivas gubernamentales, exacerbó los ánimos y llevó la huelga a un punto de no retorno.

Cananea fue manifestación de un tiempo histórico particular, no solo de las luchas obreras mexicanas de los años previos a la RM, sino un referente sobresa-

dio lugar a ejercicios autoritarios y represivos que impidieron una solución pacífica a las legítimas demandas de los trabajadores que se encontraban en proceso de proletarización". Francisco Zapata, *Historia Mínima del Sindicalismo Latinoamericano*, 1ª edición, El Colegio de México, México DF, 2013, p. 57.

- 34 Humberto Villasmil Prieto, "Dimensión Laboral del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina", *La dimensión laboral del constitucionalismo transformador en América Latina. Construcción de un *ius commune**, Ediciones Uniandes, Max Planck Institute y Deutsche Forschungsgemeinschaft, Bogotá, 2024, p.18.

liente para un continente que a comienzos del pasado siglo llegaba tardíamente a la industrialización y plantaba cara, por fin, a llamada *cuestión obrera*.

La consigna ¡*Viva la huelga de Cananea*!, todavía se escucha en muchas manifestaciones obreras. Sobra decir que la Constitución de 1917 terminó incorporando varias de las reivindicaciones que habían sido demandada por los huelguistas.

Por su parte, la huelga de los trabajadores de la empresa textil de Río Blanco, Orizaba, Estado de Veracruz -*escenario de la huelga más sangrienta en la historia del movimiento obrero mexicano*³⁵-, estalla el 7 de enero de 1907. Esta huelga igualmente resultó un hito de las luchas obreras, *ad portas* del estallido de la Revolución Mexicana apenas tres años después. Se pretendió terminar con la huelga cuando fuerzas militares abrieron fuego contra los trabajadores; los muertos fueron cientos lo que, con todo, no logró terminar con el conflicto. Los motivos de la huelga, aparte de las precarias condiciones de trabajo, fueron la lucha por el reconocimiento de una jornada laboral menor a la que rendían y, entre otros muy relevantes, la oposición de los trabajadores a la obligación de comprar lo que necesitaban en las *tiendas de raya* de la compañía (*truck system*).

En este conflicto, el Gran Círculo de Obreros Libres (COL), fundado en 1906, organización vinculada al PLM y que había sido antes una sociedad mutualista de ahorros, no dejó de tener una particular influencia³⁶. El COL había demandado -en línea con el programa del PLM- la jornada de 8 horas³⁷ y aumentos salariales.

35 Jhon K. Turner, *México bárbaro*, 1ª edición, Editores Mexicanos Unidos, México, 2014, p. 165.

36 “La Junta Organizadora del Partido Liberal Mexicano se estableció sucesivamente en Saint Louis, Missouri, y Los Ángeles, California, entre 1905 y 1911. Desde estos lugares, los pelemistas dirigieron o participaron en movimientos sociales tan importantes para la vida política de México como las huelgas de Cananea y Río Blanco, las revueltas de 1906 y 1908 y la revolución de 1910. No creemos exagerar si afirmamos que los magonistas en el exilio lograron dar continuidad a una de las oposiciones políticas más importantes que luchaban contra Díaz y promovieron la organización de los migrantes y los chicanos en Estados Unidos, desarrollando una estructura organizativa y una lucha anticapitalista binacional”. Rubén Trejo, *MAGONISMO: Utopía y Revolución 1910-1913*, 2ª edición, Aldarull Ediciones, Barcelona, 2010, p. 119.

37 Con la Ley 6ª. de 1914 (De 29 de Octubre) Panamá fue el primer país de la región latinoamericana que estableció la jornada de 8 horas; tres años antes de la Constitución de Querétaro y cinco de la Constitución de la OIT: “Artículo 1º. Establéese en la República la jornada de ocho (8) horas de trabajo para los obreros y empleados de comercio. A ninguno de ellos se le podrá obligar a prestar mayor número de horas de trabajo que las que se expresan” (Gaceta Oficial: 02142 Publicada el 06-11-1914). En España, lo que no deja de contrastar, no fue sino hasta el Real Decreto de 3 de abril de 1920 cuando se consagró la jornada de 8 horas diarias de trabajo para todo tipo de ocupación. Sobre el tema, *vid*,

Vista la extensión del conflicto, la empresa decidió decretar un paro patronal el 24 de diciembre de 1907, lo que afectó a miles de trabajadores. Ante ello, muchos se negaron a volver al trabajo y se solicitó la mediación del Presidente Porfirio Díaz (1876-1910), gestión que se saldó con la emisión de un laudo que ordenaba a los obreros volver al trabajo.

La huelga tuvo un desenlace cruento y por demás trágico; incluso los líderes del Círculo de Obreros Libres, Ricardo Moreno y Manuel Juárez (Presidente y Vicepresidente) fueron fusilados como acto de escarmiento dirigido a los que deseaban continuar la huelga.

Sin lugar a dudas, el programa influyó en las huelgas de Cananea, Río Blanco y otros sitios mineros e industriales al norte de México, pues todo parecía indicar que se avecinaba una rebelión de gran magnitud, es decir, antes de que Francisco I. Madero se involucrara en ella. Este último, que al principio simpatizó con Flores Magón y su partido, llegando a prestarles ayuda económica, expresó su rompimiento cuando se volvieron más radicales y declaradamente anarquistas. Flores Magón, además, creía entonces que el movimiento revolucionario mexicano era apenas un eslabón dentro de una cadena de levantamientos similares en ambas orillas del Atlántico, y que sus correligionarios, sobre todo españoles e italianos, no tardarían en venir a prestar su ayuda³⁸.

Cananea y Río Blanco³⁹, se dieron en medio de un particular momento, inmediatamente anterior al estallido de la IGM

... Womack afirmó recientemente (*JOHN WOMACK, "La matanza de Río Blanco y el futuro de la clase obrera", Milenio Semanal, 8 de enero de 2007*) que la huelga de Río Blanco no fue un evento aislado, determinado sólo por la coyuntura histórica por la que atravesaba México, sino que se ubicó en un momento de grandes movilizaciones obreras en el mundo. Cita los conflictos de Cripple Creek (Colorado), las huelgas masivas en la Rusia occidental desde San Petersburgo hasta el Cáucaso (1905), las huelgas de masas en Alemania y Francia que culminaron en la gran huelga del 1 de mayo de 1906 en París.

Luis Enrique de la Villa Gil, *La formación histórica del Derecho español del trabajo*, Editorial Comares, Granada, 2003.

- 38 Miguel Ángel Fernández Delgado y Eli Rodríguez Martínez, "Del artículo 123 constitucional al Tratado de Versalles: un compendio de legislación laboral para el siglo XX", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 42, Escuela Libre de Derecho, Tirant lo blanch, México, 2018, p. 77.
- 39 En lo que fue seguramente su obra más trascendental, *México Bárbaro (1910)*, Jhon K. Turner dedica un capítulo a las huelgas de Cananea y Río Blanco: *Vid, Turner, op. cit.*, "Cuatro huelgas mexicanas" (Capítulo XI, pp. 165-183).

A estos conflictos, Womack agrega el “martes sangriento” en San Francisco (California) y las huelgas de los textiles, de las minas de carbón y de los astilleros ingleses, así como la huelga política de masas en Bombay (1908) y una serie de huelgas generales que tuvieron lugar en Buenos Aires (la Semana Trágica), en Barcelona y en Suecia en 1909. En esta serie figura también en lugar destacado la huelga de los obreros salitreros del desierto de Atacama en Chile, que culminó con la masacre de la Escuela Santa María de Iquique en Chile en diciembre de 1907⁴⁰.

En fin, “[l]a huelga de Cananea a mediados de 1906 y la huelga y el paro textil a fines de ese año representan la quiebra del sistema laboral porfirista”⁴¹. Sobre esa tierra yerma es que actuará el constituyente de 1917.

Antes Querétaro y no Weimar⁴²

Quizás parezca una reiteración pasada de moda si no fuera porque, fuera de América Latina, la Historia del Derecho Internacional del Trabajo, no dejó de tener una orientación interesadamente eurocéntrica. El tema no es menor, puesto que incluso en la Historia de la OIT ese sesgo no deja de ser especialmente relevante y para quien escribe injustificable.

Los expositores de la idea del derecho-del trabajo-derecho social: creemos poder afirmar que la vida se adelantó a la doctrina, porque en 1917 -lo hemos explicado en varias ocasiones- se proclamó en Querétaro la primera *Declaración de derechos sociales de la historia* y dos años después la de Weimar; ciertamente, la primera no mencionó los términos *derecho social o derechos sociales*, pero sí la segunda, y fue en ocasión de su interpretación que descubrieron los pensadores la unidad *derecho-del-trabajo-derecho social*⁴³.

Textos recientes continuaban omitiendo el carácter pionero de la Constitución de 1917 y, por contra, le reconocen a la Constitución de Weimar el haber iniciado el tiempo del Constitucionalismo Social.

40 Francisco Zapata Schaffeld, “De Cananea y Río Blanco a La Caridad y las Truchas. Un siglo de conflictos laborales en México (1907-2006)”, *ULÚA. Revista de Historia, Sociedad y Cultura*, núm. 12, Instituto de Investigaciones Histórico-Sociales de la Universidad Veracruzana, 2008, p. 113. Disponible en: <https://cdigital.uv.mx/bitstreams/f6fe7539-5e24-4dbc-a947-73306d043d21/download>.

41 González Navarro, “El primer salario mínimo”, op. cit, p. 375.

42 Paulo Bonavides, “El carácter pionero de la Constitución de México de 1917”, *Revista Derechos en Acción*, Año 3, núm. 8, 2018, p. 588.

43 Mario De La Cueva, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo I, 8ª edición, Editorial Porrúa. México DF, 1982, p. 71.

Por todos:

Fue la primera vez en la historia que una constitución incorporaba a su texto un elenco tan extenso de derechos que trascendía en el plano individual. Por ello, Weimar fue también el momento fundacional del llamado constitucionalismo democrático y social del siglo XX. A diferencia de las constituciones del siglo XIX, que se limitaban a garantizar la esfera de la autonomía individual, las del XX -a partir de Weimar- van a regular la intervención del Estado en la sociedad para hacer efectivos los principios de solidaridad y justicia⁴⁴.

No es esta la ocasión de insistir en la corriente -en la que me inscribo⁴⁵- que, de la mano de mi maestro, Don Alberto Trueba Urbina⁴⁶ y, antes que él, del Diputado Constituyente por el 10º. Distrito Electoral del Estado de Puebla, Ingeniero Pastor Rouaix⁴⁷, defendieron la influencia del artículo 123 en lo que resultó la *Carta del Trabajo*, esto es, el artículo 427 del Tratado de Paz de Versalles de 1919.

El silencio sobre ello significó y sigue significando un doble agravio si se considera que México, el país de la primera Constitución Social de la historia, no fue invitado a la Conferencia de Paz de París en 1919 y que, en los textos más importante sobre la Historia de la OIT recientemente publicados, sobre todo a partir del centenario de la organización en 2019, se omite toda influencia de México en su surgimiento⁴⁸.

44 Jesús Casquete y Javier Tajadura, *La República de Weimar: Constitución y Contexto*, Apud *La Constitución de Weimar: Historia, política y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 119.

45 Humberto Villasmil Prieto, *Una visión "americana" del centenario de la OIT: aproximación a la comprensión de una relación histórica*, Oficina de la OIT para el Cono Sur de América Latina, Santiago, 2019.

46 Alberto Trueba Urbina, "La Constitución Mexicana de 1917 Se Reflejó en el Tratado de Paz de Versalles de 1919 (1974)", *El pensamiento mexicano sobre la Constitución de 1917. Antología*, Instituto de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana de la Secretaría de Gobernación, México, 1987 (publicación original: París, 1974), pp. 131-143.

47 Pastor Rouaix, *Genesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, Gobierno del Estado de Puebla, Puebla, 1945. Disponible en: <https://archive.org/details/gnesisdelosartcu000roua/page/n3/mode/2up>.

48 Por todos: Daniel Maul, *La Organización Internacional del Trabajo: 100 años de políticas sociales a escala mundial*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019. Disponible en: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_725016.pdf y Gerry Rodgers, Eddy Lee, Lee Swepston y Jasmien Van Daele, *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009. Disponible en: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_104680.pdf

Con todo, distinta fue la convicción de los clásicos maestros del Derecho Constitucional.

Por todos,

En 1917, un premier texte systématise l'ensemble des nouveaux droits ainsi reconnus : la Constitution des Etats-Unis Mexicaine de 1917. Mais il proclame aussi le droit de la Nation d'éliminer tous les monopoles (art. 28) e d'imposer a la propriété privée, spécialement celle des sociétés par actions sone les limitations et modalités dictées par «l'intérêt général» (art. 27). La fin de la Grande Guerre est le signal d'une floraison d'affirmations des principes analogues en Europe...⁴⁹.

En esa omisión, y entre otros antecedentes importantes, se obvia que Samuel Gompers, quien presidió los trabajos de la Comisión de Legislación de la Conferencia de Paz -como integrante de la delegación de los EE.UU- que redactó el Título XIII del Tratado de Paz, tenía estrechos vínculos con el sindicalismo mexicano de la época y había conocido, de primera mano, no solo el texto de la Constitución de 1917, sino el proceso que la había antecedido.

El Título XIII del Tratado de Versalles⁵⁰ significó la Constitución de la naciente Organización Internacional del Trabajo que alumbraba como la primera agencia especializada de la Liga de las Naciones.

Gompers, (1850-1924), fue un dirigente sindical norteamericano nacido en Inglaterra en una familia judía de origen holandés que había emigrado a los Estados Unidos.

A los veinticinco años, Gompers resultó electo presidente del *Cigarmakers Union* o Sindicato de Cigarreros. Desde entonces, y durante algún tiempo, tuvo que acostumbrarse a dirigir organizaciones similares sin recursos, en oficinas improvisadas y sorteando tanto grupos enemigos como crisis económicas y los vaivenes de la política de su país. Ayudó a formar la Federación de Gremios y Sindicatos Organizados de los Estados Unidos y Canadá, en 1881, para reunir a las organizaciones de trabajadores de oficios afines, la cual, cinco años después, se separó de los *Knights of Labour* o Caballeros del Trabajo, la organización laboral más importante de su país por aquella época. Gompers reorganizó la Federación y fundó enseguida la *American Federation of Labor* o Federación Americana del

49 Pierre Duclos, *L'évolution des Rapports Politiques depuis 1750*, Presses Universitaires de France, 1950, citado por Trueba Urbina, *La Constitución Reformada*, op. cit, p. 91.

50 *Vid. Tratado de Versalles* (1919). Disponible en: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/tratado-de-versalles/>.

Trabajo (en lo sucesivo, AFL), de la que fue reelecto presidente hasta su muerte, salvo en el año 1895⁵¹.

Gompers se había vinculado con trabajadores mexicanos en New York que laboraban en el mismo sector del tabaco. Pero su interés trascendía con creces el ámbito meramente gremial de los trabajadores del sector:

Tenía un interés particular en conocer el proceso revolucionario que se vivía en México, pero sobre todo en lo que ocurría en la esfera sindical y gremial. En especial le inquietaba que *la IWW* (*Industrial workers of the world*, Chicago, 1905), incidiera en las agrupaciones obreras mexicanas. Las inquietudes de Gompers no eran infundadas, porque los activistas de la IWW, conocidos como *wobblies*, habían influido considerablemente en los procesos organizativos de los trabajadores ferrocarrileros, mineros y portuarios mexicanos desarrollados a principios del siglo XX. Por ello, en 1915 Samuel Gompers, por medio de John Murray, estableció canales de comunicación con los dirigentes de la Casa del Obrero Mundial y con el alto mando del constitucionalismo⁵².

Gompers procuró implantarse en el Caribe y Centroamérica, sin mayor éxito. Llegó a mantener contactos con los independentistas cubanos habiendo tratado a José Martí y a Tomás Estada Palma, el primer presidente de la Cuba republicana.

Viajó a La Habana, por primera vez, al año siguiente de su salida del dominio español, donde conversó y dio conferencias, con traducción simultánea, dirigidas a obreros y líderes sindicales. Volvió a visitar Cuba en otras ocasiones, sobre todo porque un médico le dijo que su clima sería benéfico para su salud. Por los mismos años, Gompers tuvo lazos de amistad con Puerto Rico, cuando el político y líder obrero Santiago Iglesias Pantín, solicitó su auxilio para terminar con las deplorables condiciones de trabajo de sus compatriotas. Luego de visitar dicha isla y rendir un informe, nombró a Iglesias organizador general de la AFL para Puerto Rico y Cuba⁵³.

En México estableció vínculos con la Confederación Regional Obrera Mexicana (CROM), fundada en 1918 y liderada por Luis Napoleón Morones, quien fuese el vicepresidente de la COPA (Confederación Obrera Panamericana), que Gompers fundó -aunque tuvo vida efímera- y para cuya creación los dirigen-

51 Fernández Delgado y Rodríguez Martínez, *Del artículo 123 constitucional al Tratado de Versalles*, op. cit. p. 86.

52 Sergio Miguel Cedillo Fernández, “La diplomacia obrera: la estrategia sindical y las relaciones México-Estados Unidos durante los años posrevolucionarios”, *Historia mexicana*, vol. 72, núm. 1, 2022, p. 134.

53 Fernández Delgado y Rodríguez Martínez, *Del artículo 123 constitucional al Tratado de Versalles*, op. cit. p. 88.

tes *cromistas* dieron pleno respaldo, quedando “constituida por Estados Unidos, México, Guatemala, Colombia, Puerto Rico y El Salvador. Para participar en este encuentro, Luis N. Morones recibió el respaldo institucional del gobierno carrancista y hasta es posible que también económico”⁵⁴.

Incluso, antes de estallar la RM, y enterado de que el Partido Liberal Mexicano había trasladado su sede a Los Ángeles,

... unos meses después de publicar su programa de julio de 1906, entró en contacto con ellos, y abogó en su defensa cuando fueron arrestados y se intentó extraditarlos a México, bien enterado de que eran refugiados políticos. También ayudó a Mary Harris, mejor conocida como *Mother Jones*, lideresa de la *Western Federation of Miners*, para obtener la libertad de Manuel Sarabia. Gompers aprovechó, asimismo, la presencia de refugiados políticos rusos en territorio estadounidense, con el fin de pedir a su gobierno que no sirviera como asistente de gobiernos dictatoriales que perseguían enemigos⁵⁵.

Ni que decir tiene la omisión de toda referencia al profesor Don Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, el único latinoamericano que integró la Comisión de Legislación -como miembro de la delegación cubana a la Conferencia- y, a la sazón, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Querétaro y Weimar: Un continuum

Con todo, y es lo que nos interesa reivindicar, hay un *continuum* entre Querétaro y Weimar que tiene como hilo conductor la idea del *Derecho social* que, conviene destacar, no es simplemente la de un derecho destinado a las clases bajas de la sociedad, sino que envuelve un alcance mucho mayor. Se trata, en realidad, de una nueva forma estilística del Derecho, como apuntaba Gustavo Radbruch⁵⁶.

El pensamiento de G. Levasseur: ya no es lícito, afirma el maestro de la Universidad de Lille, incluir al derecho del trabajo en el marco del derecho público o del privado, porque sus caracteres no lo permiten y porque la separación es cada día menos precisa: el derecho del trabajo ya reveló las líneas generales de una silueta propia, que consiste en la *transposición jurídica de situaciones económicas*, lo que no ha de entenderse en el sentido de que la influencia de los factores económicos conduce a la tesis de que el derecho el trabajo tiene un contenido exclusivamente

54 Cedillo Fernández, “La diplomacia obrera: la estrategia sindical y las relaciones México-Estados Unidos durante los años posrevolucionarios”, *op. cit.*, pp. 138-139.

55 Fernández Delgado y Rodríguez Martínez, *Del artículo 123 constitucional al Tratado de Versalles*, *op. cit.*, p. 89.

56 *Vid.*, Gustavo Radbruch, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, traducción de Luis Recansens Siches y prólogo de Fernando de los Ríos, Imprenta Helénica, Madrid, 1930.

económico, pues posee también una finalidad social y ética: *evitar que el trabajo humano sea considerado como una mercancía*⁵⁷.

La Constitución de Weimar (CW) del 11 de agosto de 1919 receptó explícitamente la categoría *derechos sociales* comenzando por su artículo 162: “El Imperio luchará por obtener una reglamentación internacional de las relaciones jurídicas de los trabajadores, con objeto de asegurar a toda la clase obrera de la humanidad, un *mínimum* general de *derechos sociales*”.

Desde luego que el punto de contacto, primero, y de continuidad después, entre Weimar y Querétaro fue que ambas plantaron cara al liberalismo decimonónico.

Ya durante el proceso de elaboración se dijo que no había que ceñirse al catálogo clásicamente liberal de los derechos fundamentales de la Constitución de la Iglesia de San Pablo, sino aventurarse en el ‘ensayo de un Derecho político con orientación social’ (Friedrich Naumann). Cada una de las distintas fuerzas políticas interpretaba a su manera lo que esto podría significar. La izquierda pretendía asegurar las conquistas de la revolución y esperaba un ‘renacimiento del pueblo alemán en el socialismo, a través del socialismo’; la mayoría socialdemócrata rechazaba ciertamente la República de Consejos, pero promovía enérgicamente, con toda su potencia política, el despliegue de elementos sociales. Querían preservarlos y desarrollarlos tanto mediante determinaciones programáticas contenidas en la Constitución como a través de la legislación ulterior que confiaban en dominar. Los liberales de izquierda iban de la mano al menos hasta medio camino y exigían que los derechos fundamentales garantizaran los seguros sociales y el apoyo a los parados (Walter Schücking). Los reformadores burgueses querían superar el liberalismo decimonónico y hacer justicia a las exigencias de los nuevos tiempos, por ejemplo, Gustav Stresemann con su idea de crear un parlamento social. Incluso el Partido Nacional Popular Alemán (DNVP) exigía en una declaración del 17 de diciembre de 1918 la ‘impregnación de toda nuestra vida pública con puntos de vista sociales’⁵⁸.

En el ámbito americano cabe poner en valor que,

la irradiación continental de ideas vinculadas al cambio revolucionario en México tuvo a su favor otros elementos como el entusiasmo de la izquierda socialista y agrarista norteamericana, y en la que destacaban figuras como Waldo Frank, Carleton Beals o Frank Tanenbaum, muy escuchados en toda la región; las gi-

57 De La Cueva, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, op. cit., p. 74.

58 Michael Stolleis, “El Proyecto Social de la Constitución de Weimar”, *Revista de Historia Constitucional*, núm. 20, 2019, p. 236.

ras sudamericanas de José Vasconcelos, especialmente por Brasil, Perú, Uruguay Argentina; las gestiones diplomáticas de Alfonso Reyes y Genaro Estrada; la presencia de la literatura mexicana en publicaciones como la Argentina *Sur* o la cubana *Revista de avance* o el enorme atractivo que ejercían las artes plásticas mexicanas, sobre todo el muralismo de Diego Rivera, David Alfaro Siqueiros y José Clemente Orozco⁵⁹.

En Europa, la Constitución de la IIa. República Española de 1931 (CRE)⁶⁰ comienza diciendo en su artículo 1º. que “*España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia...*”⁶¹. Luego, y por su parte, refiere a las leyes *sociales* comenzando por declarar que: “Corresponde al Estado español la legislación, y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias: 1ª. Legislación penal, *social*.....” (Art. 15).

El Capítulo III de esta Constitución intitulado *Familia, economía y cultura* dedica dos disposiciones particularmente explícitas a propósito de ratificar no solo como la noción de derecho social había permeado en esta Constitución sino lo que podría entenderse como el ámbito de la legislación social que abarcaba, por de pronto, al trabajo propiamente industrial, pero, al mismo tiempo, al trabajo agrícola, con una mención particular del trabajo de los pescadores⁶².

La CRE como la CW inician sus disposiciones relativas al trabajo refiriendo al principio protectorio: “Art. 46. “El trabajo, en sus diversas formas, es

59 Rojas, *El árbol de las revoluciones. El poder y las ideas en América latina*, op. cit, p. 41.

60 Gaceta de Madrid, No. 344, 10 de diciembre de 1931.

61 Una norma del mismo tenor encabezó la Constitución de la República Italiana: Art. 1. *L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro*.

62 Artículo 46 (LCT): “El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el Extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores”. Artículo 47. “La República protegerá al campesino y a este fin legislará, entre otras materias, sobre el patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos, crédito agrícola, indemnización por pérdida de las cosechas, cooperativas de producción y consumo, cajas de previsión, escuelas prácticas de agricultura y granjas de experimentación agropecuarias, obras para riego y vías rurales de comunicación. La República protegerá en términos equivalentes a los pescadores”.

una obligación social, y gozará de la protección de las leyes” (CRE); Art. 157: “*El trabajo gozará de la protección especial del Imperio*. Se establecerá en todo el Imperio un derecho obrero uniforme” (CW). Ello confirma, del todo, que al *principio protectorio* le debe el Derecho del Trabajo su propio gentilicio.

De otra parte, no deja de resultar curioso que la *Ley relativa al contrato de trabajo* (LCT) de la República Española se adoptara unos días antes, el 21 de noviembre de 1931, de la CRE⁶³. Ella vendría a sancionar el *estatuto del trabajador*.

Entre las numerosas c. que se establecieron en los países de la Europa centro-oriental, báltica y balcánica, ha habido siempre un interés particular por la alemana de 1919 (c. de Weimar) por la austriaca y checoslovaca de 1920, y más tarde, en la península Ibérica, por la republicana española de 1920 (Sic). Muchas de estas constituciones se proponían no solo ofrecer un ordenamiento ‘racionalizado’ de la organización constitucional sino también garantizar, junto con los derechos tradicionales de libertad, *los llamados derechos sociales*⁶⁴.

El 28 de agosto de ese mismo año de 1931 se publica la Ley Federal del Trabajo mexicana que vino a desarrollar los términos del Art. 123. Como se deduce, esta fue anterior, por unos meses, tanto a la LCT de 1931 como a la Constitución de la IIa. República española, textos estos que -de vuelta- tuvieron una honda influencia en el desarrollo del Derecho Laboral Latinoamericano, llegado el momento de su codificación, proceso que comenzara, precisamente, ese año mítico de 1931, con la LFT de México y el Código del Trabajo de Chile.

En una reflexión acotada a la República Argentina pero que bien valdría para toda la región,

Pudiera resultar impensado que el constitucionalismo social de la Carta Magna de México influyera de forma tan vasta y considerable sobre los ideales que fueron *a posteriori* plasmados por la Constitución de la nación argentina. Pero ello efectivamente fue así. La Ley fundamental azteca ha tenido una definida cosmovisión de los derechos sociales cuyos ideales han servido de base para el reflejo normativo en gran parte de las constituciones latinoamericanas, entre las cuales se encuentra, desde ya, la de la nación argentina⁶⁵.

63 Gaceta de Madrid. Año CCLXX, Tomo IV, Núm. 326, Domingo 22 de noviembre de 1931.

64 Giuseppe De Vergottini, *Constitución. Diccionario de Política*, 4ª edición, Siglo XXI, Buenos Aires, 1985, p. 386.

65 Patricio Maraniello y Néstor Sebastián Parisi, “El constitucionalismo social en la Constitución mexicana y su vasta influencia en el derecho argentino”, *Revista IUS*, vol. 10, núm. 38,

Esa cosmovisión sobre *el derecho social primero* tuvo como antecedente protagónico el artículo al 123 -el único del TÍTULO SEXTO (DEL TRABAJO Y DE LA PREVISION SOCIAL)- que, con todo, incluyó xxx numerales. No fue por ende la CM una constitución minimalista en lo que hace al reconocimiento de derechos laborales individuales y colectivos.

La CW, de la mano del liderazgo de Hugo Sinzheimer y de la Escuela Ius laboralista social demócrata alemana de comienzos de siglo, incluyó cinco artículos (Arts. 157 a 162), acomodados bajo la SECCIÓN V (La vida económica).

En lo que hace a México y a la RM,

El constitucionalismo social como último eslabón de la historia constitucional mexicana, ha personificado en los artículos 27 y 123 sobre la propiedad territorial y los derechos laborales, al decir de Catherine Andrews, informó toda una teleología historiográfica que se incorporó al aparato de legitimación simbólica del régimen post revolucionario⁶⁶.

Las hijas de la Constitución Mexicana de 1917

A partir de la CM y en el período de entreguerras se adoptaron constituciones en Sudamérica, en Centroamérica y en el Caribe que dejaban ver la influencia simbólica que tuvo desde siempre la RM y su Constitución. Ese tiempo significó “el momento inicial de notorias divergencias respecto del modelo del constitucionalismo clásico, que se desarrolló siguiendo la estela de las primeras c. francesas y norteamericanas del siglo xviii y bajo el influjo de la experiencia constitucional británica”⁶⁷.

Más allá de todo cabe acotar que las hijas del artículo 123, y con el de la Constitución Mexicana de 1917 (CM), fueron particularmente latinoamericanas y, si queremos acotar más, caribeñas y centroamericanas. De cualquier manera, ello no pretende obviar, todo lo contrario, la influencia de la CM al sur del continente.

La Constitución Peruana de 1933 incorporó un Título II (Garantías Constitucionales) que comenzaba con un Capítulo I (Garantías Nacionales y Sociales) que incluía cuatro disposiciones (Artículos 42 al 46) referidas al trabajo y su protección. *La Constitución Brasileira de 1934* incorporó un Título IV (*Da Ordem*

2016. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472016000200007&lng=es&tlng=es.

66 Rojas, *El árbol de las revoluciones. El poder y las ideas en América Latina. op. cit.*, p. 39.

67 De Vergottini, *Constitución. Diccionario de Política, op. cit.*, p. 386.

Econômica e Social) que incluyó cuatro artículos (120 a 123) dedicados asimismo al trabajo y su protección.

La Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1934, bajo el Capítulo II de la Sección II (Derechos, deberes y garantías), comienza por establecer el principio de protección del trabajo (Art. 52), siguiendo con el derecho a la justa remuneración, a la limitación de la jornada, al descanso semanal y a la higiene física y moral (Art. 53). Ese mismo artículo dispuso que el trabajo de las mujeres y de los menores de 18 años sería objeto de reglamentación especial. El artículo 56 reconoció el derecho a la organización de sindicatos gremiales y, asimismo, el derecho de huelga como un derecho gremial, estableciendo que “sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad”. Cierran los artículos dedicados a las relaciones laborales y al Estatuto de los trabajadores con el artículo 57 dónde se anuncia que la ley “establecerá el Estatuto del funcionario sobre la base de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario”.

La Constitución de Venezuela de 1936 es una hija *avant la lettre* de la CM: ciertamente no hizo suya la noción de derechos o garantías sociales, si bien incluyó bajo el TÍTULO II: (DE LOS VENEZOLANOS Y SUS DEBERES Y DERECHOS) un largo artículo (Art. 32. “La Nación garantiza a los venezolanos...”) que contiene un numeral (9) dedicado al trabajo y su protección, aunque todavía sin reconocimiento explícito de los derechos colectivos.

Ese mismo año de 1936, el ACTO LEGISLATIVO 1 DE 1936 (agosto 05) Reformatorio de la Constitución de Colombia incluyó el Art. 17 (“El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado”) y el Art. 20 que reconoció el derecho de huelga, con excepción de los servicios públicos. Fue una reforma todavía escueta, por no decir minimalista, en relación a los derechos laborales, individuales y colectivos, que se reconocerían con posterioridad y particularmente con la Constitución de 1991.

La Constitución de Bolivia de 1938 incluyó la Sección XIV (Régimen social), con nueve disposiciones (Arts. 121 a 130) dedicados al trabajo y a su protección. Fue esta de las hijas más próximas de la CM en cuenta del detalle en la regulación de los derechos que se explican a lo largo de la sección.

Aunque desigual, como veremos, fue Centroamérica y el Caribe el escenario de mayor influencia. La *Constitución de El Salvador de 1939*, bajo el TÍTULO V (Derechos y garantías) incluyó un Capítulo II intitulado Familia y Trabajo con apenas dos disposiciones (Arts. 62 y 63) referidas, lo que con todo no era poco para la época, al principio de protección del trabajo y al modo de solución de los conflictos laborales que se asignaron como competencia del “tribunal de arbitraje o de conciliación que una ley especial determinará”.

En contraste, la *Constitución de Nicaragua* del mismo año de 1939 incluyó un Capítulo II (De las garantías sociales) que contenía nueve artículos (Arts. 96 a 105), comparativamente muy explícitos, sobre la protección del trabajo y la seguridad social, aunque todavía sin reconocer, a ese rango, los derechos colectivos del trabajo.

La *Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico* (Dada en Convención reunida en el Capitolio de Puerto Rico el día 6 de febrero del año de nuestro señor de mil novecientos cincuenta y dos) incluyó cuatro disposiciones sobre derechos laborales (Secciones 15 al 19) que refirieron a la edad mínima para el empleo de menores (Sección 15); al derecho de todo trabajador a escoger libremente su ocupación y a renunciar a ella, a recibir igual paga por igual trabajo, a un salario mínimo razonable, a protección contra riesgos para su salud o integridad personal en su trabajo o empleo, y a una jornada ordinaria que no exceda de ocho horas de trabajo (Sección 16). La Sección 17, por su parte, reconoció a los trabajadores el derecho a organizarse y a negociar colectivamente por medio de sus representantes, de su propia y libre selección, a fin de promover su bienestar. Por su parte la Sección 18 reconoció el derecho de huelga incluyendo, lo que no deja de ser una novedad para las constituciones de ese tiempo, el derecho “a establecer piquetes y a llevar a cabo otras actividades concertadas legales”.

Por fin la Sección 19 incluye un artículo, en general reiterado desde la Constitución Cubana de 1940, con este tenor: “La enumeración de derechos que antecede no se entenderá en forma restrictiva ni supone la exclusión de otros derechos pertenecientes al pueblo en una democracia, y no mencionados específicamente. Tampoco se entenderá como restrictiva de la facultad de la Asamblea Legislativa para aprobar leyes en protección de la vida, la salud y el bienestar del pueblo”.

Las hijas dilectas del artículo 123

Pero cuatro fueron las hijas dilectas de la CM y del Art. 123: la más notorias, la Constitución Cubana de 1940, las Garantías Sociales de Costa Rica de 1943, la Constitución de Guatemala de 1945 y la Constitución de Venezuela de 1947.

Conviene destacar que la CM de 1917, la Constitución Cubana de 1940, la Constitución de Guatemala de 1945, así como la de Venezuela de 1947, fueron episodios destacados de procesos revolucionarios determinantes en la historia de estos cuatro países, a la sazón: la Revolución Mexicana de 1910-1920, la Revolución Cubana de 1933, la *Primavera guatemalteca* (1944-1954), y la *Revolución de octubre* en Venezuela (1945-1948).

El caso de Costa Rica y la adopción de las garantías sociales en 1943 fue un proceso distinto que, con mucho, contribuyó a reforzar el secular signo diferenciador costarricense en el escenario de la historia de Centroamérica y del Caribe.

La Constitución de Guáimaro, Camagüey, Cuba, del 1º. de julio de 1940

En 1933, un movimiento cívico-militar derroca la dictadura de Gerardo Machado y Morales (1925-1933). Ese proceso -la *Revolución de 1933*- estalla en agosto de ese año y tuvo como momento crucial una huelga general liderada por el movimiento estudiantil, en particular, la Federación Estudiantil Universitaria (FEU), por sectores obreros y por partidos políticos, como el Partido Socialista Popular (fundado en 1925 y origen del actual Partido Comunista Cubano). Aunado a ello, la presión del embajador norteamericano en La Habana, Benjamín Summer Wells, fue determinante para lograr la renuncia de Machado quien abandona el país. el 12 de agosto de ese año. Machado estuvo al frente del último de los gobiernos de los generales *mambises*, esto es, los que habían participado en la guerra de independencia hispano-cubana-norteamericana que se saldara en 1898 con la derrota de la Armada española en la bahía de Santiago de Cuba.

A la caída de Machado, Carlos Manuel de Céspedes y Quesada, hijo del padre de la patria, Carlos Manuel de Céspedes, presidió un gobierno provisional que no logró consolidarse (13 de agosto-4 de septiembre).

La primera Constitución de la Cuba republicana (1901) se había adoptado con el inciso (Apéndice) agravante que significó la *Enmienda Platt*, por la cual los Estados Unidos se reservaron el derecho de intervención en la isla cuando creyeran en riesgo sus intereses; que declaraba fuera del territorio de Cuba a *la Isla de Pinos*, dejando su status pendiente de un tratado futuro, el derecho de los EE.UU. a mantener bases militares en la isla al tiempo que se legitimaban todos los actos de los EE.UU. durante la primera intervención después de la Guerra (1898-1902).

El 4 de septiembre un grupo de oficiales medios liderados por Fulgencio Batista y Zaldívar se revela contra el Gobierno de Carlos Manuel de Céspedes y Quesada, episodio que la historia cubana contemporánea conoció como *La sargentada*. De seguidas se constituyó la llamada *Pentarquía*, que duró apenas días, y que fuera reemplazada por un gobierno bajo la presidencia del Doctor Ramón Grau San Martín, médico y catedrático de la Universidad de La Habana a quien el Directorio Estudiantil Universitario había apoyado.

El gobierno de Grau San Martín, se conoció como *el Gobierno de los 100 días* (septiembre 1933- enero 1934) y tuvo en Antonio (Tony) Guiteras Holmes a su gran referente desde que, en un tiempo tan breve, impulsara reformas laborales y

particularmente sociales que quedaron como símbolo de aquel momento que sin duda significó un parteaguas en la historia de la Cuba contemporánea.

El 29 de mayo de 1934 se deroga la enmienda Platt. Gobernada el presidente Franklin Delano Roosevelt, siendo la política del *buen vecino* (*good neighbour*) la que orientó sus relaciones diplomáticas y militares con América latina y en el Caribe, muy especialmente.

En 1940 Fulgencio Batista y Zaldívar fue electo por vía democrática y es bajo su mandato que se adopta la Constitución de 1940. Fue esta la constitución liberal más importante e influyente en ese tiempo histórico del Caribe. Tuvo como integrantes de la Asamblea Constituyente que la redactó a juristas de enorme prestigio, quienes se desempeñaban como docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, centro académico señero que logró reunir en ese tiempo y después -al estallar la IIGM- una pléyade de juristas de gran significación. Habría que mencionar al menos a Carlos Márquez Sterling, Orestes Ferrara Marino, Jorge Mañach Robato, José Manuel Cortina, Pelayo Cuervo Navarro, Emilio Ochoa, Blas Roca Caldeiro y Eduardo Chibás. Carlos Márquez Sterling y Guiral, hijo adoptivo de Manuel Márquez Sterling, fue Presidente de la Convención Constituyente y resultó una figura crucial de ese proceso.

Es relevante apuntar que Manuel Márquez Sterling⁶⁸ se desempeñó como embajador de Cuba en México en el momento en que estallan los sucesos de *la decena trágica* (9-19 de febrero de 1913) que se saldara con el asesinato del Presidente Francisco I. Madero y de su Vicepresidente José María Pino Suarez⁶⁹.

La Constitución del 40 incluyó un Título VI (Del trabajo y la propiedad). La sección primera del título (Trabajo) contuvo dieciséis artículos (Arts. 60 a 86) que considerando el momento de su sanción no pueden resultar menos que admirables.

El artículo 60 comenzó por disponer que el trabajo es un derecho inalienable; el artículo 61 estableció el sueldo mínimo que “se determinará atendiendo a las condiciones de cada región y a las necesidades normales del trabajador en

68 Junto con Cosme de la Torriente tuvo a cargo las gestiones diplomáticas con EE.UU. para abrogar la enmienda Platt.

69 El embajador Márquez Sterling, junto con los embajadores del Japón y de Chile en la Ciudad de México, hizo esfuerzos significativos durante aquellos días trágicos para salvar la vida del presidente Madero y de su familia apostando un barco en el puerto de Veracruz listo para zarpar con el presidente, su familia y su comitiva con ruta a la ciudad de La Habana donde se le daría asilo. Desde luego, no solo por su cargo sino por su condición de destacado jurista, conoció el proceso que gestaba la Constitución Mexicana de 1917, adoptada cuatro años después.

el orden material, moral y cultural y considerándolo como jefe de familia”. Ese mismo artículo sancionó que “[l]a Ley establecerá la manera de regular periódicamente los salarios o sueldos mínimos por medio de comisiones paritarias para cada rama del trabajo, de acuerdo con el nivel de vida y con las peculiaridades de cada región y de cada actividad industrial, comercial o agrícola.” Es de destacar que esta disposición vendría a desarrollar, con una norma del máximo rango, los términos del *Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos*, 1928 (núm. 26) de la OIT que Cuba había ratificado el 24 de febrero de 1936.

El artículo 62 establecía la igualdad de salario para el trabajo prestado en idénticas condiciones, mientras que el artículo 63 prohibía los descuentos no autorizados por la ley. El artículo 64, por su parte, prohibía el pago en vales, fichas, o mercancías o cualquier otro signo representativo con que se pretendiera sustituir la moneda de curso legal.

El artículo 65 estableció los seguros sociales como derecho irrenunciable e imprescindible de los trabajadores, con el concurso del Estado, los patronos y los propios trabajadores, sancionando los riesgos a cubrir, como la invalidez, la vejez, el desempleo y demás contingencias del trabajo y el artículo 80 estableció la asistencia social bajo la dirección del Ministerio de Salubridad y Asistencia Social.

El artículo 66 estableció la jornada de ocho (8) horas al día que sería reducida hasta seis (6) horas diarias para los menores trabajadores. El artículo 67 dispuso el derecho al descanso retribuido “de un mes por cada 11 de trabajo dentro de cada año natural”; el artículo 68, por su parte, prohibió las diferencias entre casadas y solteras a los efectos del trabajo, agregando que la ley regulará la protección a la maternidad obrera.

Por fin, el artículo 69 estableció el derecho de sindicación de trabajadores y empleadores; el 71 reconoció el derecho de huelga de los trabajadores y el de paro patronal, mientras que el artículo 72 sancionó que la ley regulará “el sistema de contratos colectivos de trabajo”. De este modo quedaban consagrados, a rango constitucional, *el tríode de los derechos colectivos del trabajo*.

El artículo 74 sancionó la no-discriminación y la igualdad de trato “en la distribución de oportunidades de trabajo en la industria y el comercio”. El artículo 77 dispuso que “[n]inguna empresa podrá despedir a un trabajador sin previo expediente y con las demás formalidades que establezca la Ley, la cual determinará las causas justas de despido”, con lo que se constitucionalizaba el derecho a la estabilidad en el empleo, por cierto, cuarenta y dos años antes de la adopción del *Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo*, 1982 (núm. 158) de la OIT que Cuba nunca ratificó.

El artículo 77 regulaba las *relaciones triangulares de trabajo* estableciendo que “[e]l patrono será responsable del cumplimiento de las leyes sociales, aun cuando contrate el trabajo por intermediario”; asimismo, se reguló el traslado de fábricas y talleres con lo que ello podría significar respecto de las condiciones de trabajo: “La Ley regulará la forma en que podrá realizarse el traslado de fábricas y talleres a los efectos de evitar que se envilezcan las condiciones de trabajo...” (Art. 83).

El cierre de la Sección resulta más que relevante y, en una perspectiva no solo comparada sino especialmente histórica, pone en valor a la Justicia Social al reconocerla como fuente de otros derechos -constitucionales- no expresamente mencionados: “La enumeración de los derechos y beneficios a que esta Sección se refiere, no excluye otros que se deriven del principio de la Justicia Social y serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de la producción” (Art. 86).

Las garantías Sociales de Costa Rica (1943)

Como apunta Vladimir de la Cruz, con el trasfondo de la IIGM se dio (...) el marco propicio para la gran alianza política entre el gobierno del Doctor Rafael Ángel Calderón Guardia, la Iglesia Católica, encabezada por Víctor Manuel Sanabria y el Partido Comunista, dirigido por Manuel Mora Valverde, después de diciembre de 1941, con motivo del ataque a Pearl Harbor y el fortalecimiento de la alianza internacional antifascista⁷⁰.

La alianza entre el gobierno, la Iglesia Católica y sectores políticos que tenían honda influencia en el movimiento obrero se justificaba con creces en el discurso que el Presidente de la República, Dr. Calderón Guardia, dirigiera al Congreso el 1º de Mayo de 1942.

En el mismo delineó las fuentes de inspiración de su propuesta de incorporar un capítulo intitulado las Garantías Sociales a la Constitución liberal de 1871:

Negar que el mundo vive un momento trascendente y que la humanidad busca con anhelo una mayor Justicia Social para retornar a la paz duradera que no puede basarse sino sobre ella, equivale a ir contra la evidencia. Costa Rica no puede sustraerse al influjo de esas corrientes universales. De otra manera se expondría a males imprevisibles, por lo cual nos hemos decidido, asumiendo la entera responsabilidad de nuestros actos, que se inspiran en el más puro amor patrio, a

70 Vladimir De la Cruz, *El Derecho Laboral y las Garantías Sociales surgieron de la necesidad de regular las relaciones desiguales de las principales clases sociales de nuestra sociedad*. Publicado en Análisis, 09-09-2023. Disponible en: <https://surcosdigital.com/el-derecho-laboral-y-las-garantias-sociales-surgieron-de-la-necesidad-de-regular-las-relaciones-desiguales-de-las-principales-clases-sociales-de-nuestra-sociedad/>

presentar este proyecto, que contribuirá en mucho a asegurar la tranquilidad y el orden futuro de la familia costarricense.

No se podrá decir que estamos innovando en forma reñida con los actuales postulados del Derecho Constitucional, ni que nos hemos apartado de las reglas clásicas de nuestro pensamiento cristiano. Muy al contrario, los señores Diputados se convencerán, si no lo están ya, que el Presidente de la República es y seguirá siendo el más fiel continuador de las normas que marcaron, en lo jurídico -y para su tiempo- los Constituyentes de 1871, y en lo social, las más ilustres figuras de la Iglesia Católica de los siglos XIX y XX (...).

Por lo mismo nos apoyamos en la doctrina de las Encíclicas “Rerum Novarum” de León XIII y “Quadragesimo Anno” de Pío XI, en el “Código Social de Malinas” y en los principios adoptados por las más recientes Constituciones de América, que tienden, fundamentalmente, a reafirmar y consagrar el credo democrático de los pueblos libres. Es oportuno recordar aquí que la mayoría de ellos, reunida en Versalles, se comprometió a dar fuerza de ley a las declaraciones que en cuanto a trabajo y solidaridad social estatuyó el Tratado que se firmó en esa ciudad el día 28 de junio de 1919. Y a partir de entonces, estos hermosos preceptos se han consagrado y completado, aunque desgraciadamente perecieran los postulados de paz y de concordia que los inspiraron, acaso porque los Gobernantes no supieron a tiempo cumplirlos (...).

El camino que nosotros sugerimos es el que han seguido las Leyes Fundamentales de Cuba, Brasil, Uruguay, Perú y México, lo mismo que la de Bolivia⁷¹.

La impronta de la Doctrina Social de la Iglesia fue más que evidente como fundamento de las Garantías Sociales costarricenses. Ello explica que el Código del Trabajo del mismo año de 1943 dejara establecido en el mismo artículo 1º. “El presente Código regula los derechos y obligaciones de patronos y trabajadores con ocasión del trabajo, de acuerdo con los principios cristianos de Justicia Social”⁷².

El 25 de junio de 1943 fue aprobado el texto por parte del Congreso Constitucional, y una vez suscitado el ejecútase del Poder Ejecutivo (La Gaceta N.º 147), la Ley N.º 24 de 2 de julio de 1943 incorporó el capítulo de las garantías sociales a la Constitución Política.

71 Mensaje del Presidente Calderón Guardia al presentar el proyecto de incorporación del capítulo de Garantías Sociales en la Constitución de la República, 16 de mayo de 1942. Disponible en: <https://lospobresdelatierra.net/especial1948/calderonguardiaalpresentargarantiassociales.html>

72 República de Costa Rica. Ley n.º 2 de 27 de agosto de 1943 por la que se adopta el Código de Trabajo. Publicada en La Gaceta n.º 192 de 29 de agosto de 1943.

El capítulo de las garantías sociales incluía la jornada laboral limitada de 8 horas diarias y 48 horas semanales; las vacaciones anuales remuneradas, el salario mínimo, la protección contra despidos injustificados, el pago de prestaciones por despido, la prohibición de discriminación laboral y la regulación del trabajo infantil, el derecho a la huelga y a la libertad sindical y la creación de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS).

Después de la Guerra Civil de 1948, la Constitución Política de Costa Rica de 1949, incorporó y consolidó el capítulo de las Garantías Sociales aprobado en 1943 mediante reforma constitucional a la Carta Magna de 1871.

La Constitución de Guatemala de 1945

El 20 de octubre de 1944 un movimiento cívico militar iniciado en junio de ese año culmina con el derrocamiento del Gobierno interino del General Federico Ponce Valdés quién había sido designado por el Presidente, General Jorge Ubico quien -en medio de protestas populares- renunció a su cargo el 21 de julio de ese año.

Al suscitarse la renuncia del General Ponce se constituyó un gobierno unificado integrado por los oficiales, Francisco Javier Arana y Jacobo Árbenz Guzmán, y por Jorge Toriello Garrido. Esta Junta revolucionaria permaneció en el poder hasta el 15 de marzo de 1945, no sin convocar a una Asamblea Nacional Constituyente que elaboró la nueva Constitución de la República de Guatemala de 1945.

Esta Constitución, “[n]o oculta su deuda con la Constitución de Querétaro de 1917 y como otras del medio siglo se inscribe plenamente en el constitucionalismo social latinoamericano”⁷³.

En diciembre de 1944 se llevaron a cabo elecciones por voto popular, universal, directo y secreto, resultando electo el profesor Juan José Arévalo Bermejo quién ganó ampliamente las elecciones. El profesor Arévalo se había desempeñado por varios años como académico de distintas universidades argentinas.

La llamada *primavera guatemalteca* (1944-1954), culminó -ya en plena *Guerra Fría*- con el derrocamiento del presidente constitucional Jacobo Árbenz Guzmán como consecuencia de la *Operación PB SUCCESS* que, con apoyo de los EE.UU, instaló en el poder al General Carlos Castillo Armas.

73 Rojas, *El árbol de las revoluciones. El poder y las ideas en América Latina*, op. cit, p. 160.

La reforma constitucional que se dio en el marco de ese proceso⁷⁴ sancionó un texto que incluyó un Capítulo II intitulado *Garantías sociales* y cuya Sección 1 se denominó *Trabajo*⁷⁵. Se trató de un texto maximalista e incluso podría decirse que hasta reglamentario, lo que lo emparenta con el artículo 123 de la CM de 1917. Junto con la Constitución Cubana fueron estas las más cercanas a la CM, en cuanto a la extensión de las disposiciones sociales y propiamente laborales que se llevaron al texto constitucional.

La Sección I incluyó el artículo 56 que estableció el principio de protección del trabajo, mientras que la parte *in fine* del artículo 58 dejó asentado textualmente lo siguiente: “Son principios fundamentales de la organización del trabajo que deberán reglamentar dichas leyes” (se alude a las leyes que regulen las relaciones entre el capital y el trabajo según lo preveía el artículo 58 de esta Constitución).

Los principios fundamentales aludidos fueron 16, con textos cada uno las más de las veces muy detallados.

Entre estos principios fundamentales estaba la regulación de los contratos individuales y colectivos de trabajo que serían de obligatorio cumplimiento (numeral 1), la fijación periódica del salario mínimo que los trabajadores de todas clases deban percibir atendiendo a las posibilidades de las empresas patronales y a las necesidades de orden material moral y cultural de los trabajadores y sus deberes como jefe de familia (numeral dos); el derecho a un día de descanso remunerado por cada día de trabajo, los días de asueto reconocidos por la ley que deberían ser igualmente remunerados y la inembargabilidad del salario mínimo, así como la prohibición de descuentos no autorizados por los trabajadores (numeral dos).

De otra parte, la obligación de pagar al trabajador el salario en moneda de curso legal y no en vales, fichas mercancías ni especie alguna (numeral 3); la jornada máxima efectiva de trabajo diurno de 8 horas diarias y de 48 horas semanales (numeral 4), las vacaciones anuales pagadas a los trabajadores después de

74 La promulgación de la Constitución de 1945, del Código de Trabajo y de la Ley de Seguridad Social, imponían un reajuste de las condiciones de operación de las empresas extranjeras. No solamente hubo falta de cooperación de su parte, sino que se resistieron sistemáticamente a encauzarse dentro de la nueva realidad nacional. La libre sindicalización, los pactos colectivos de trabajo, el reajuste equitativo de salarios y, en general, la humanización de las condiciones laborales en la ciudad y en el campo, habían de ser causa de numerosos conflictos que requerirían la intervención gubernativa”. Guillermo Torriello Garrido, *La Batalla de Guatemala*, 1ª edición, Escuela de Ciencia Política, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2016, p. 63.

75 República de Guatemala. Constitución de la República de Guatemala. Decretada por la Asamblea Constituyente en 11 de marzo de 1945. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2210/24.pdf>

1 año o más de servicios ininterrumpidos (numeral 5); la igualdad de salario o sueldo correspondiente a trabajo igual y en idénticas condiciones (numeral 6), la preferencia para los trabajadores guatemaltecos en igualdad de condiciones, fijándose la proporción mínima de nacionales para cada negocio o empresa (numeral 7); el derecho de sindicalización libre para los patronos y los trabajadores (numeral 8), los derechos de huelga y de paro (numeral 9), la protección a la mujer y al menor trabajador regulando las condiciones en que deban prestar sus servicios (numeral 10), la obligación de indemnizar al trabajador cuando fuera retirado sin justa causa (numeral 11), la reglamentación de los contratos de aprendizaje y de enganche (numeral 12), los beneficios que correspondan a los trabajadores y los casos y periodos en que deba percibirlos (numeral 13), las medidas de asistencia y de previsión social necesarias para los trabajadores (numeral 14), las condiciones de seguridad e higiene en que deben prestarse el trabajo (numeral 15) y, por fin, la obligación de las empresas situadas fuera de los centros de población de proporcionar a sus trabajadores y las familias de estos, habitaciones adecuadas, escuelas, enfermería y demás servicios y atenciones indispensables para su bienestar físico y moral.

El artículo 59 estableció que las deudas por contrato de trabajo no podrán exceder la cantidad equivalente al salario del número de días que estipule la ley, mientras que el artículo 60 dispuso que los accidentes y enfermedades profesionales que sufran los trabajadores con motivo de sus labores o en ejercicio de ellas los empresarios serán responsables, salvo los casos de intención manifiesta de la víctima, fuerza mayor extraña al trabajo, accidentes ocurridos a trabajadores que realizan por cuenta del patrono trabajo en su domicilio y accidente debido a comprobado estado de embriaguez de la víctima.

Las asociaciones sindicales -según el artículo 61- deberían obtener autorización de las autoridades correspondientes antes de iniciar sus actividades y la inscripción del sindicato determinará la personería jurídica de los mismos. Por su parte el artículo 62 estableció que el Estado tendría a su cargo la vigilancia e inspección de las empresas para garantizar los preceptos legales en materia social y el artículo 63 estableció el Seguro Social obligatorio que comprendería por lo menos la cobertura de la invalidez, vejez, muerte, enfermedad y accidentes de trabajo.

El artículo 64 estableció que los conflictos relativos al trabajo estarían sometidos a jurisdicción privativa y los tribunales del trabajo dependerán del organismo judicial; el artículo 65 sancionó que el Estado promoverá la preparación técnica de los trabajadores, el 66, la formación de empresas cooperativas, el 67 la construcción de viviendas baratas y colonias para los trabajadores y, por fin, los artículos 68 estableció la colegiación oficial obligatoria para el ejercicio de profe-

siones universitarias, cerrando la sección con un artículo 69 que vino a sancionar que “[s]on irrenunciables los derechos y beneficios que esta sección establece, y su enumeración no excluye otros, derivados de los altos principios de Justicia social, que la ley consigne”.

Durante ese lapso que corre entre 1944-1954 se adopta igualmente el Código del Trabajo de Guatemala de 1945.

La Constitución de Venezuela de 1947

El 18 de octubre de 1945 una rebelión cívico militar derroca al presidente General Isaías Medina Angarita. Después de 80 años todavía se discute si aquello fue un golpe de estado o verdaderamente una revolución, la llamada *Revolución de octubre de 1945*. En lo que no habría duda es que -como apuntó Jorge Olavarria- esa fecha “partió en dos la historia de Venezuela”⁷⁶. El profesor Tomás Straka habló de la *Revolución del voto* y explicó así su trascendencia:

Con el voto universal, secreto y directo que la Junta Revolucionaria de Gobierno estableció en 1946, la estructura de la república venezolana experimentó su transformación más importante desde su fundación. Ni el federalismo, que nunca se vivió realmente; ni el triunfo de la “anti-república” durante la larga era de dominio caudillista (entre 1870 y 1935) representaron una mutación en las reglas de juego tan honda. Y no porque antes de 1946 no se lo ejerciera, sino que su peso político para definir la vida de la sociedad era, por decir lo menos, extremadamente restringido, como expresión de un sistema que Germán Carrera Damas ha llamado “liberal autocrático” (o, agregamos nosotros, en todo caso oligárquico entre 1830 y 1870, que es cuando comienza una autocracia en toda ley)⁷⁷.

La Constitución de 1947, impulsada por la Junta cívico militar presidida por Rómulo Betancourt, permitió por primera vez la elección del presidente de la República por votación universal directa y secreta. A este propósito el Decreto número 1 de la Junta de fecha 20 de octubre de 1945 resolvió la convocatoria a una Asamblea Nacional constituyente que adoptó la Constitución de 1947.

Betancourt consideraba que la constitución de 1936, promulgada por López Contreras, la considero desde el punto de vista del sistema electoral un retroceso con respecto a las anteriores desde el punto de vista electoral, al restringir el derecho al voto a solo los varones letrados mayores de 21 años en un país donde al

76 Luis E. Fidhel Gonzales, “18 de octubre de 1945: la revolución olvidada”, *El Estímulo*, 18 de octubre de 2019. Disponible en: <https://elestimulo.com/venezuela/2019-10-18/opinion-18-de-octubre-de-1945-la-revolucion-olvidada/>.

77 Tomás Straka, “La revolución del voto y el 18 de octubre de 1945”, *PRODAVINCI*, 18/10/2020. Disponible en: <https://prodavinci.com/la-revolucion-del-voto-y-el-18-de-octubre-de-1945/>.

menos la mitad de la población era analfabeta, violentando así el derecho al voto universal teóricamente consagrado desde el año 1864 y dejando en pie la fórmula de elección de segundo grado para escogencia de los miembros de ambas cámaras legislativas nacionales y de tercer grado para presidente de la República⁷⁸.

En diciembre de 1947, Don Rómulo Gallegos es electo presidente de Venezuela por votación popular. Habiendo tomado posesión de su cargo el 15 de febrero de 1948, fue derrocado por una asonada militar en la fecha infausta del 24 de noviembre de ese mismo año.

Pero, más allá de todo lo apuntado, la significación de la Constitución de 1947 en relación a los derechos sociales y particularmente del trabajo resultó del todo notable. El texto incluyó un Título III intitulado *De los Derechos y Deberes Individuales y Sociales* que contenía un Capítulo VI (Del Trabajo) que constó de cuatro artículos (Arts. 61 a 64).

Una primera impresión pudiera hacernos suponer que se trató de una Constitución *minimalista*, por el número reducido de disposiciones dedicadas al trabajo. Sin embargo y con el mismo modelo de la CM y de su artículo 123, el artículo 63 incluyó hasta quince (15) numerales a propósito de los derechos y preceptos que debía desarrollar la legislación del trabajo.

El artículo 61 del Capítulo VI comenzó indicando que el trabajo es un deber y un derecho; el artículo 62 se refirió a que “la ley dispondrá lo necesario para la mayor eficacia, responsabilidad y estímulo del trabajo, regulándolo adecuadamente y estableciendo la protección que deberá dispensarse a los trabajadores para garantizar su estabilidad en el trabajo y el mejoramiento de sus condiciones materiales, como morales e intelectuales...”. El artículo 64, por su parte, estableció que el Estado propendería el establecimiento del salario familiar.

Pero, desde luego, la disposición más importante de la Constitución de 1947 en relación a lo que nos ocupa fue el artículo 63 que incluyó, como se apuntó, quince (15) numerales, cada uno de los cuales contentivo de los derechos y preceptos, individuales y colectivos, aplicables tanto al trabajo manual como al intelectual o técnico y qué deberá desarrollar la legislación del trabajo.

Estos son: 1). Jornada máxima de ocho horas en el día y de siete en la noche; 2. Salario igual para trabajo igual, sin distinción de sexo, nacionalidad o raza; 3. Salario mínimo y vital, suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador; 4. Vacaciones anuales remuneradas; 5. Responsabilidad por riesgos profesionales; 6. Preaviso e indemnización en caso de término o ruptura del contrato de trabajo; prima de antigüedad, y jubilación después del tiempo de servicio, en las condi-

78 Fidhel Gonzales, *op. cit.*

ciones que establezca la Ley; 7. Estabilidad en el trabajo para los miembros de las directivas de los sindicatos de trabajadores; 8. Contrato colectivo de trabajo, en el cual podrá incluirse la cláusula sindical; 9. Conciliación para resolver los conflictos entre patronos y trabajadores; 10. Derecho de huelga, salvo en los servicios públicos que determine la Ley; 11. Protección especial en el trabajo de menores y de las mujeres; 12. Régimen de participación en los beneficios de las empresas, para los empleados y los obreros, y fomento del ahorro entre los mismos; 13. Responsabilidad del cumplimiento de las leyes sociales, por parte de la persona natural o jurídica en cuyo provecho se preste el servicio, aun cuando el contrato de trabajo fuere efectuado por intermediario o contratistas, sin que ello impida la responsabilidad de estos últimos; 14. Inembargabilidad del salario, en la proporción y en los casos que fije la Ley y 15. Irrenunciabilidad de las disposiciones legales que favorezcan a los trabajadores.

La Constitución de 1947 por primera vez en el derecho venezolano reconoció de manera explícita los derechos colectivos del trabajo, incluyendo, además del núcleo duro de la libertad sindical (derecho de organización, de negociación colectiva y de huelga) el fuero sindical (además de la cláusula sindical como media de fomento de la sindicación) para proteger en el empleo a los directivos sindicales y, por fin, la responsabilidad del intermediario y el contratista, con lo cual se adelantaba a la regulación de lo que modernamente llamaríamos las *relaciones triangulares de trabajo*.

No solo por el temario y los derechos preceptuados sino, sobre todo, por el modelo o tipo que dejó sancionado el artículo 63 al incluir un largo listado de derechos individuales y colectivos que debían ser desarrollados por la legislación, la Constitución venezolana de 1947 pareció una hija dilecta de la CM.

A modo de epílogo

i. La CM de 1917 marcó el surgimiento del *Constitucionalismo Social*. Adoptada en medio del proceso revolucionario iniciado en 1910 con la caída del *porfiriato* significó un texto que tuvo enorme influencia en el constitucionalismo mundial, pero muy particularmente en América Latina.

ii. Esa Constitución, que por primera vez incorporó los derechos sociales, se dio en medio de un proceso revolucionario que tuvo entre sus banderas principales -aparte del sufragio efectivo y la no reelección- el derecho a la tierra y los derechos de los trabajadores. Por ello los artículos 27 y 123 de su texto, respectivamente, resultaron los más icónicos y trascendentes.

iii. Con la Constitución de 1917 se superaban las constituciones liberales decimonónicas que se limitaban a sancionar derechos y garantías individuales frente

a los cuales el estado tenía fundamentalmente un deber de abstención. Con el *derecho social*, y en la voz de George Gurvitch⁷⁹, irrumpe un *tertium genus*, un *nuevo derecho* (Alfredo Palacios)⁸⁰, que se abrió espacio entre el derecho privado y el derecho público: el primero como un *derecho de coordinación entre voluntades autónomas* y, el segundo, un *derecho de subordinación* del individuo frente al estado.

iv. El derecho social fue por el contrario un *derecho corporativo*, esto es, el derecho de los *grupos sociales* (obreros, campesinos, indígenas) a quienes estaba dirigido.

Como había enseñado Otto von Gierke,

(...) en el siglo XIX, Otto von Gierke (*Das deutsche Genossenschaftsrecht, Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1868*) explicó que en el curso de la historia existió, al lado del derecho del estado y del derecho privado regulador de las relaciones entre personas determinadas, un derecho social creado por las corporaciones, cuyos caracteres eran su autonomía y la circunstancia de que consideraba al hombre no como persona plenamente individual sino en sus relaciones con un cuerpo social; ordenamientos jurídicos que desaparecieron en gran medida en la Edad moderna, pero que parecía que estaban encontrando un campo nuevo en las corporaciones socio-económicas del siglo XIX⁸¹.

v. Pero la CM no estuvo ajena de antecedentes que naturalmente la influyeron; desde la *Reforma*, que dio lugar a la Constitución liberal de 1857, se escucharon las voces más preclaras del liberalismo social mexicano, a cuya cabeza estuvo sin duda Ignacio Ramírez (El Nigromante). En el *tardo porfiriato* y *ad portas* de la IGM, las huelgas de Cananea (1906) y Río Blanco (1907) simbolizaron la quiebra del modelo autoritario de relaciones laborales del *porfiriato* que lejos estuvo de reconocer los derechos de organización, de negociación colectiva y mucho menos de huelga.

vi. Pero esas huelgas icónicas no fueron ajenas a la influencia del Partido Liberal Mexicano (PLM) y particularmente de su programa, ideario que orientó lo que en la historia contemporánea de México se denominó *El Magonismo*, en cuenta de quienes fueron sus principales líderes: los hermanos Enrique y Ricardo Flores Magón.

vii. La CM tuvo influencia en toda la región y también en el Tratado de Versalles, muy particularmente en su artículo 427 (*la Carta del Trabajo*), influencia

79 Georges Gurvitch, *L'Idée du Droit Social (1931), Notion et Système du Droit Social. Histoire doctrinale, XVIIe siècle jusqu'à la fin du siècle XIXe*, Librairie Recueil Sirey, Paris, 1932.

80 Alfredo Palacios, *El Nuevo Derecho*, Librería Nacional, Buenos Aires, 1920.

81 De La Cueva, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, op. cit., pp. 70-71.

que la historia oficial -incluso de la OIT- le ha negado siempre, con evidente sesgo eurocéntrico. Desde luego, donde tuvo más incidencia, no solo en cuanto al ideario de los derechos sociales sino por la propia estructura o modelo de los textos constitucionales, fue en Centroamérica y en el Caribe y, particularmente, en la Constitución Cubana de 1940, en las *Garantías Sociales* de Costa Rica de 1943, en la Constitución de Guatemala de 1945 y en la Constitución Venezolana de 1947, que significó acaso el derrotero más brillante de la Revolución del 18 de octubre de 1945.

viii. Desde luego que la lucha por la justicia social toca a rebato en estos tiempos en que de nuevo se le cuestiona y, con ella, al Derecho del Trabajo. Como apuntó recientemente el profesor César Carballo Mena, el Derecho del Trabajo fue un *derecho cismático*⁸²: pero, asimismo, un sistema normativo que debió una y otra vez salir a justificar su propia razón de ser. Fue siempre un *derecho interpelado*.

ix. Vuelve a ocurrir y, ante ello, es bueno poner en valor la legitimidad del derecho laboral como el derecho de los débiles y de los *hipo-suficientes* (Cesarino Junior); repensar sus fuentes, la historia de su legislación, su doctrina y, desde luego, el acervo de sus maestros legendarios.

Referencias bibliográficas

- AUB, Max, *Guía de narradores de la Revolución Mexicana*, 1ª edición, Secretaría de Educación Pública, México DF, 1969.
- ASTIÉ-BURGOS, Walter, “El atribulado y violento inicio del Siglo XX”, *México y la Constitución de 1917. Contexto Histórico*, Senado de la República, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2016.
- BENÍTEZ J. LORETO, Salvador, “Ignacio Ramírez, su interés científico y filosófico”, *CIENCIA ergo-sum, Revista Científica Multidisciplinaria de Prospectiva*, vol. 25, núm. 2, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2018. Disponible en: <https://redalyc.org/journal/104/10454952009/html/>.
- BORJA, Rodrigo, “Constitucionalismo social”, *Enciclopedia de la Política*. Disponible en: https://www.enciclopediadelapolitica.org/constitucionalismo_social/.
- CALDERÓN GUARDIA, Rafael Ángel, “Mensaje del Presidente Calderón Guardia al presentar el proyecto de incorporación del capítulo de Garantías Sociales en la Constitución de la República”, 16 de mayo de 1942. Disponible en: <https://>

82 César Carballo Mena, *Derecho del trabajo. Trazos cardinales*, 1ª edición, Palestra, Lima, 2025, p. 23.

lospobresdelatierra.net/especial1948/calderonguardiaalpresentargarantiassociales.html.

CARBALLO MENA, César, *Derecho del trabajo. Trazos cardinales*, 1ª edición, Palestra, Lima, 2025.

CASQUETE, Jesús y TAJADURA, Javier, “La República de Weimar: Constitución y Contexto”, *La Constitución de Weimar: Historia, política y derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.

CEDILLO FERNÁNDEZ, Sergio Miguel, “La diplomacia obrera: la estrategia sindical y las relaciones México-Estados Unidos durante los años posrevolucionarios”, *Historia mexicana*, vol. 72, núm. 1, México, 2022.

COSTA RICA. Ley n°2 de 27 de agosto de 1943 por la que se adopta el Código de Trabajo. La Gaceta n°192, 29 de agosto de 1943.

DE LA CUEVA, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, tomo I, 8ª edición, Editorial Porrúa, México DF, 1982.

DE LA CRUZ, Vladimir, “El Derecho Laboral y las Garantías Sociales surgieron de la necesidad de regular las relaciones desiguales de las principales clases sociales de nuestra sociedad.”, *Análisis*, 09 de septiembre de 2023. Disponible en: <https://surcosdigital.com/el-derecho-laboral-y-las-garantias-sociales-surgieron-de-la-necesidad-de-regular-las-relaciones-desiguales-de-las-principales-clases-sociales-de-nuestra-sociedad/>.

DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, *La formación histórica del Derecho español del trabajo*, Editorial Comares, Granada, 2003.

DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Constitución. Diccionario de Política*, 4ª edición, Siglo XXI, Buenos Aires, 1985.

ESPAÑA. Constitución de la IIa. República Española de 1931. Gaceta de Madrid, No. 344, 10 de diciembre de 1931.

ESPAÑA. Ley relativa al contrato de trabajo (LCT) de la República Española. Gaceta de Madrid. Año CCLXX, Tomo IV, Núm. 326, 22 de noviembre de 1931.

FERNÁNDEZ DELGADO, Miguel Ángel y RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eli, “Del artículo 123 constitucional al Tratado de Versalles: un compendio de legislación laboral para el siglo XX”, *REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS*, Año 42, Núm. 42, México, 2018.

FIDHEL GONZALES, Luis E., “18 de octubre de 1945: la revolución olvidada”, *El Estímulo*, 18 de octubre de 2019. Disponible en: <https://elestimulo.com/venezuela/2019-10-18/opinion-18-de-octubre-de-1945-la-revolucion-olvidada/>.

FIX ZAMUDIO, Héctor, *La Constitución y el Estado Social de Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México DF, 1988. Disponible en: <https://repositorio.unam.mx/contenidos/5030789>, consultado en fecha: 12/07/2025.

- GARCÍA GRANADOS, Ricardo, *La Constitución de 1857 y las Leyes de Reforma en México. Estudio Histórico-Sociológico*, Tipografía Económica, México, 1906.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Tres textos precursores en el constitucionalismo social”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año I, número 2-3, México, 1968. Disponible en: <https://repositorio.unam.mx/contenidos/4127324>, consultado en fecha: 12/07/2025.
- GARRIDO DEL TORAL, Andrés, “Constitución de Querétaro”, *Querétaro de la Constitución/Constitución de Querétaro*, Instituto Nacional de Estudios de Historia de las Revoluciones Mexicanas, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado Querétaro, Querétaro, 2015.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Moisés, “El primer salario mínimo”, *Historia Mexicana*, vol. 28, núm. 3 (111), México, 1979.
- GUATEMALA. Constitución de la República de Guatemala. Decretada por la Asamblea Constituyente, 11 de marzo de 1945. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2210/24.pdf>.
- GURVITCH, Georges, *L’Idée du Droit Social (1931), Notion et Système du Droit Social. Histoire doctrinale, XVIIe siècle jusqu’à la fin du siècle XIXe*, Librairie Recueil Sirey, Paris, 1932.
- HOBSBAWM, Eric, *Historia del siglo XX*, 2ª edición, Planeta, Buenos Aires, 2010.
- JUNTA ORGANIZADORA DEL PARTIDO LIBERAL MEXICANO, *Programa Del Partido Liberal Mexicano y Manifiesto a la Nación*, Saint Louis-Missouri, 1906. Disponible en: <https://ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/CH6.pdf>.
- MARANIELLO, Patricio y PARISI, Néstor Sebastián, “El constitucionalismo social en la Constitución mexicana y su vasta influencia en el derecho argentino”, *Revista IUS*, vol. 10, núm. 38, 2016. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&cpid=S1870-21472016000200007&lng=es&tlng=es.
- MAUL, Daniel, *La Organización Internacional del Trabajo: 100 años de políticas sociales a escala mundial*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019. Disponible en: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_725016.pdf.
- MÉXICO. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial. Tomo V, 4ª época, núm. 30, 5 de febrero de 1917. Disponible en: <https://www.constitucionpolitica.mx/versiones-antiores/1917>.
- NORIEGA CANTÚ, Alfonso, “El Nacimiento de los Derechos Sociales en la Constitución de 1917”, *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1988.

- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Declaración de Filadelfia de la OIT de 1944”. Disponible en: https://www.ilo.org/sites/default/files/202406/Declaration%20of%20Philadelphia_A5%20booklet%20ES.pdf.
- PALACIOS, Alfredo, *El Nuevo Derecho*, Librería Nacional, Buenos Aires, 1920.
- PALACIOS ALCOCER, Mariano, “La Constitución de 1917”, *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 1988.
- PORTAL, Marta, *México: de la Revolución a la novela*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2011. Disponible en: https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/mexico-de-la-revolucion-a-la-novela/html/522f5a74-a0fe-11e1-b1fb-00163ebf5e63_2.html.
- RADBRUCH, Gustavo, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Imprenta Helénica, Madrid, 1930.
- RAMÍREZ REYNOSO, Braulio, “Las nuevas garantías sociales”, *Revista Estudios comparativos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Serie B, número 26, UNAM, México, 1988.
- RODGERS, Gerry; LEE, Eddy; SWEPSTON, Lee y VAN DAELE, Jasmien, *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009. Disponible en: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_104680.pdf.
- ROJAS, Rafael, *El árbol de las revoluciones. El poder y las ideas en América Latina*, Turner, México, 2021.
- ROUAIX, Pastor, *Genesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, Gobierno del Estado de Puebla, Puebla, 1945. Disponible en: <https://archive.org/details/gnesisdelosartcu0000roua/page/n3/mode/2up>.
- STOLLEIS, Michael, “El Proyecto Social de la Constitución de Weimar”, *Revista de Historia Constitucional*, núm. 20, 2019.
- STRAKA, Tomás, “La revolución del voto y el 18 de octubre de 1945”, *PRODAVINCI*, 18 de octubre de 2020. Disponible en: <https://prodavinci.com/la-revolucion-del-voto-y-el-18-de-octubre-de-1945/>.
- SUPIOT, Alain, “El trabajo no es una mercancía. Contenido y sentido del trabajo en el Siglo XXI”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 140, n°1, 2021.
- TORRIELLO GARRIDO, Guillermo, *La Batalla de Guatemala*, 1ª edición, Escuela de Ciencia Política, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2016.
- Tratado de Versalles (1919)*. Disponible en: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/tratado-de-versalles/>.

- TREJO, Rubén, *MAGONISMO: Utopía y Revolución 1910-1913*, 2ª edición, Aldarull Ediciones, Barcelona, 2010.
- TRUEBA URBINA, Alberto, “La Constitución Mexicana de 1917 Se Reflejó en el Tratado de Paz de Versalles de 1919 (1974)”, *El pensamiento mexicano sobre la Constitución de 1917. Antología*, Instituto de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana de la Secretaría de Gobernación, México, 1987.
- TRUEBA URBINA, Alberto, *La Constitución Reformada*, 4ª edición, Librería Herro Editorial, México, 1963.
- TURNER, Jhon K., *México bárbaro*, 1ª edición, Editores Mexicanos Unidos, México, 2014.
- VILLASMIL PRIETO, Humberto, “Dimensión Laboral del Ius Constitutionale Commune en América Latina”, *La dimensión laboral del constitucionalismo transformador en América Latina. Construcción de un ius commune*, Ediciones Unian-des, Max Planck Institute y Deutsche Forschungsgemeinschaft, Bogotá, 2024.
- VILLASMIL PRIETO, Humberto, *Una visión “americana” del centenario de la OIT: aproximación a la comprensión de una relación histórica*, Oficina de la OIT para el Cono Sur de América Latina, Santiago, 2019.
- ZAPATA, Francisco, *Historia Mínima del Sindicalismo Latinoamericano*, 1ª edición, El Colegio de México, México DF, 2013.
- ZAPATA SCHAFFELD, Francisco, “De Cananea y Río Blanco a La Caridad y las Truchas. Un siglo de conflictos laborales en México (1907-2006)”, *ULÚA. Revista de Historia, Sociedad y Cultura*, núm. 12, Instituto de Investigaciones Histórico-Sociales de la Universidad Veracruzana, Veracruz, 2008. Disponible en: <https://cdigital.uv.mx/bitstreams/f6fe7539-5e24-4dbc-a947-73306d043d21/download>.

DERECHO PROCESAL

Lenguaje claro, inteligencia artificial y reforma judicial

Ramón Escovar León¹

Introducción

“El derecho a comprender tiene una sutil conexión con el espíritu democrático”². Esta afirmación, tomada de la *Guía Panhispánica de lenguaje claro y accesible*, resulta particularmente acertada, en tanto reconoce que los ciudadanos tienen derecho a entender el lenguaje de la vida cotidiana en todas sus expresiones. Todo —desde la información contenida en los empaques de medicamentos hasta las decisiones judiciales y los textos jurídicos— debe ser comprensible de forma sencilla y directa.

Este trabajo se propone examinar las características actuales del lenguaje jurídico en Venezuela, con el fin de proponer un método que favorezca su claridad. Se sostiene que el estilo judicial vigente obstaculiza el acceso efectivo a la justicia por parte de los ciudadanos y que su transformación hacia un lenguaje más claro y preciso es indispensable para el funcionamiento de un sistema judicial eficiente. A partir del análisis de guías internacionales y criterios lingüísticos, se plantea la elaboración y adopción de una guía de estilo judicial venezolana que promueva la sencillez, la precisión argumentativa y la inteligibilidad del discurso jurídico.

Se destacan, además, los problemas lingüísticos frecuentes en el foro, como la extensión de los escritos, el uso incorrecto del verbo *haber*, el desdoblamiento innecesario del lenguaje inclusivo, el abuso de los adjetivos, las frases y párrafos

-
- 1 Abogado *summa cum laude* (UCAB: 1974). Licenciado en Letras *Magna Cum Laude* (UCV: 2016). Magister en Administración de Empresas (UCAB: 1997). Doctor en Derecho (UCV: 1990). Profesor Emérito UCV. Profesor jubilado UCAB. *Visiting Scholar* Stanford University (1990). Diplomado en Historia Contemporánea de Venezuela, Universidad Experimental Libertador- Fundación Rómulo Betancourt: 2020.
 - 2 *Guía Panhispánica del lenguaje claro y accesible*, Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, Madrid, 2024, p.27.

innecesariamente largos y el estilo alambicado de muchos escritos y sentencias judiciales.

La extensión de los escritos

Es un hecho admitido que el lenguaje jurídico suele ser ambiguo, vago e indeterminado. En el caso venezolano, a estas características se suma una sintaxis enrevesada: los escritos forenses se componen con frecuencia de oraciones extensas, párrafos que pretenden amalgamar varias ideas y estructuras poco accesibles para el lector común.

El lenguaje es claro cuando se opone a lo oscuro, es decir, cuando puede ser comprendido sin mayores esfuerzos de índole intelectual³. Asimismo, debe garantizarse su facilidad de lectura. Sin embargo, esto dista de ser lo habitual en el foro venezolano.

En nuestro medio, las discusiones jurídicas suelen prolongarse más allá de lo razonable y concentrarse en aspectos accesorios, relegando lo esencial. De ahí que los conflictos judiciales se extiendan durante años —en ocasiones más de décadas—, y que los escritos forenses no se distingan por su claridad ni concisión. A menudo, quien no tiene ideas precisas recurre a la ambigüedad, al exceso de palabras y a una retórica grandilocuente. En no pocas ocasiones, además, la argumentación se dirige casi exclusivamente a cuestiones formales.

Esta tendencia a eludir el fondo del asunto se ha convertido en una práctica reiterada en el foro venezolano. A ello se suma una extendida costumbre: el uso del argumento de autoridad como recurso para suplir la falta de claridad conceptual. Así, se invocan citas de autores o de jurisprudencias que tratan temas diferentes al objeto del debate, sin establecer con claridad la conexión entre el caso citado y el caso en análisis. Esta práctica puede caer en la *falacia de autoridad*.

Aún más, suele omitirse el deber elemental de sintetizar el contenido de la cita doctrinal o jurisprudencial: se transcriben párrafos extensos, muchas veces excediendo el límite metodológico universal de cuarenta líneas. Bastaría leer al azar cualquier sentencia para constatar la extensión de las citas doctrinales o jurisprudenciales. En lugar de resumir los alegatos y criterios relevantes en unos pocos párrafos, se privilegia la mala costumbre de *copiar y pegar*, como se ilustrará más adelante.

¿A qué obedece esta situación? Son múltiples los factores que la explican. Uno de ellos se encuentra en las deficiencias formativas que arrastran los estudiantes

3 Véase Santiago Muñoz Machado, *Fundamentos del lenguaje claro*, Editorial Planeta, 2024, p.11.

de Derecho desde la educación secundaria: pobre formación lingüística y escasas herramientas metodológicas para la organización de ideas. Estas carencias no son adecuadamente atendidas en las facultades de Derecho. Es posible que un estudiante de quinto año aún tenga dificultades expresivas, tanto orales como escritas, sin haber contado con oportunidades reales para corregirlas.

De allí la necesidad de incorporar a la formación jurídica asignaturas de lingüística, acompañadas de talleres de expresión oral y escrita. De ese modo, los futuros abogados adquirirán competencias lingüísticas y sintácticas que contribuirán a mejorar la calidad de sus escritos jurídicos.

Asimismo, convendría incluir en el plan de estudios de pregrado una asignatura titulada *Literatura y Derecho* —ya existente en el nivel doctoral—, que estimule la dimensión creativa del pensamiento jurídico. Esto no solo enriquecería la capacidad interpretativa de los abogados, sino que favorecería una mayor agilidad intelectual al momento de analizar los hechos y alegar el Derecho.

A las deficiencias expresivas se suman dificultades argumentativas. Por ello, resulta imprescindible fomentar en las Escuelas de Derecho el ejercicio del razonamiento claro y la comprensión de que el razonamiento jurídico puede ser tanto deductivo como inductivo. El razonamiento deductivo parte de una norma general (premisa mayor), que se aplica a un hecho concreto (premisa menor), para llegar a una conclusión. Se trata, sin embargo, de una operación que no debe ser mecánica, sino resultado de una labor hermenéutica rigurosa.

En cambio, el razonamiento inductivo parte de los hechos para luego alcanzar una conclusión normativa. Por ejemplo, si un trabajador alega la existencia de una relación laboral y el empleador la niega, el juez debe, en primer lugar, verificar los hechos que sustenten esa pretensión. En este caso, el razonamiento inductivo precede al deductivo.

Más allá de las fallas mencionadas, persiste en nuestro sistema una noción reduccionista del rol judicial. A menudo se concibe al juez como un mero notario de formas, más que como un auténtico administrador de justicia. Así, se evita el análisis sustantivo de los casos, recurriendo a fórmulas que resuelven el expediente, pero no el conflicto. Esta visión incompleta del Derecho debe ser superada por una que promueva el pensamiento jurídico integral, capaz de expresarse con claridad, rigor y precisión.

Frente a los vicios señalados, urge promover un estilo judicial claro, breve y bien motivado. Para ello, se hace necesaria la adopción de una guía de estilo judicial que sistematice buenas prácticas de redacción jurídica, como se desarrollará en las páginas siguientes.

La claridad

Ya lo advertía Maese Pedro —ese peculiar personaje de la segunda parte del *Quijote*— respecto a la claridad expresiva: “Aquí alzó otra vez la voz Maese Pedro, y dijo: Llانة, muchacho, no te encumbres, que toda afectación es mala” (Segunda parte, Capítulo 26). En el mismo sentido, don Quijote reprende a Sancho Panza con estas palabras: “¡No más refranes, Sancho, por un solo Dios!, que parece te vuelves el *sicut erat*: habla a lo llano, a lo liso, a lo no intrincado, como te he dicho muchas veces, y verás cómo te vale un pan por ciento” (Segunda Parte, Capítulo 71).

La claridad es una exigencia que implica abandonar el uso excesivo de expresiones en latín, las citas doctrinales desmedidas, los giros arcaicos y una sintaxis innecesariamente recargada. Se impone, en cambio, una transformación cultural que combine la precisión técnica del discurso jurídico con una genuina responsabilidad comunicativa, de manera que el derecho no solo se aplique, sino que también se entienda.

En lo que respecta al estilo, resulta imprescindible destacar la necesidad de redactar con claridad y concisión⁴. Ello exige preferir párrafos breves, oraciones directas y evitar los incisos innecesarios, así como los giros alambicados que oscurecen el discurso jurídico. La tradición forense en Venezuela, sin embargo, ha cultivado una tendencia a construir párrafos extensos y complejos, plagados de subordinadas y de “abundancia de construcciones explicativas” que entorpecen la comprensión lectora y fomentan un lenguaje alambicado.

Este tipo de redacción no solo constituye un obstáculo comunicativo, sino que también compromete principios esenciales del orden constitucional. La seguridad jurídica repudia expresamente este estilo. Cuando el lenguaje judicial se torna oscuro y artificioso, se convierte en una barrera que impide el acceso a la justicia. Lo que hay que buscar es la frase que sea como un dardo: directo y sin desvíos.

Un ejemplo paradigmático en el contexto venezolano es la sentencia número 1456 de la Sala Constitucional, dictada el 27 de julio de 2006, sobre técnicas de inseminación artificial. El texto está plagado de extensas citas doctrinales y jurisprudenciales que poco o nada contribuyen a la *motivación* de la decisión.

4 Así lo expone *El Libro de estilo de la Justicia*: “En la redacción jurídica tradicional se impuso como norma, especialmente en las sentencias, que el párrafo debía estar formado por una sola oración. El resultado eran párrafos enormes, llenos de informaciones secundarias, plagados de incisos, sembrados de referencias acumuladas, de meandros sintácticos, de coordinaciones ensartadas en diferentes niveles y de subordinaciones de todo tipo y condición. Párrafos que ni siquiera los profesionales podían seguir en una lectura atenta” (*Ibíd.*, p. 34).

Abundan las referencias encadenadas: citas dentro de citas, unas entrecomilladas, otras en cursivas, o ambas a la vez, en una confusa amalgama de normas editoriales que dificulta la identificación de la voz propia del tribunal. La sintaxis enrevesada, la incorporación de modismos como “a lo interno” —un italianismo popularizado por el periodismo dominicano—, y el tono barroco y pomposo, contrastan con los principios de sencillez y claridad que exige el lenguaje jurídico contemporáneo⁵.

En este punto conviene evocar a Jorge Luis Borges, quien reivindicaba el valor de la palabra común, de uso diario, y recomienda apartarse del estilo ampuloso y retórico⁶. Esa misma orientación la adopta el Instituto Cervantes, que recomienda preferir la palabra breve sobre la extensa. Así, es preferible decir “aclarar” en lugar de “clarificar”; “hoy” en lugar de “actualmente” o “en el día de hoy”; “virtual” antes que “telemática”⁷. Igualmente, se aconseja evitar formas perifrásticas y rodeos superfluos: debe decirse “avisar”, no “dar aviso”.

Cada escrito jurídico debe organizarse en torno a una idea central, desarrollada de forma precisa en párrafos autónomos y coherentes. La regla orientadora es que cada oración no supere, en lo posible, las veinticinco palabras. Por supuesto, hay oraciones largas que pueden ser perfectamente claras si están bien construidas, como ocurre con la prosa de Mario Vargas Llosa, cuyo ritmo fluido no sacrifica la inteligibilidad. Lo importante es evitar circunloquios, digresiones innecesarias y estructuras subordinadas excesivas, tan propias de ciertas sentencias impregnadas de la llamada *neolengua*.

Cabe hacer, además, una breve reflexión sobre el uso adecuado de las mayúsculas. Estas se emplean para distinguir nombres propios de nombres comunes. “También afecta a las expresiones pluriverbales denominativas que cumplen funciones análogas a las del nombre propio”⁸, tal como lo enseña el Instituto Cervantes. No obstante, en la práctica se ha extendido el uso abusivo de la mayúscula. Por ejemplo, los cargos o títulos académicos deben escribirse en minúscula, mientras que los nombres de instituciones sí se escriben con mayúscula inicial. Así, se debe redactar: “el académico Pedro Pérez es miembro de la Academia

5 Si la sentencia número 1456 hubiese aplicado las reglas señaladas y se hubiese evitado las interminables citas, la misma se habría reducido a dos o tres páginas. Pero el lenguaje jurídico de la Sala Constitucional se llena de citas de jurisprudencia y de doctrina, perífrasis verbales, locuciones extranjeras y palabras manipuladas, como las que conceptúan el “desacato”. Es un estilo reñido con la necesaria claridad expresiva que debe caracterizar las decisiones de los tribunales

6 Ver la entrevista de Joaquín Soler Serrano a Jorge Luis Borges en su programa “A fondo”. En: <https://www.youtube.com/watch?v=2gu9lTqS8I&t=29s> ^[Disponible: 16.7.2025]

7 *El libro del español correcto. Claves para hablar y escribir bien el español*. Madrid, Instituto Cervantes, Espasa libros, 2012, pp.25-80.

8 *El libro de la justicia* ...cit, p. 151.

de Ciencias Políticas y Sociales”. Sin embargo, por razones de protocolo o deferencia, es frecuente que se escriban en mayúscula tratamientos o cargos, lo cual contradice la norma gramatical, pues tales expresiones no dejan de ser adjetivos por más respeto que se pretenda manifestar.

Algunos defectos del lenguaje jurídico

En el lenguaje es posible advertir algunos defectos frecuentes que vale la pena examinar brevemente. Se pueden mencionar la pluralización del verbo haber, la manera arbitraria con la cual se suelen utilizar los signos de puntuación, el desdoblamiento gramatical y el uso impertinente de los adjetivos, entre otros. A ellos me voy a referir en las secciones siguientes.

III.1. La pluralización del verbo haber

Uno de los errores gramaticales más persistentes en el uso del español es la pluralización del verbo *haber* cuando se emplea como impersonal. Es frecuente escuchar expresiones como “*hubieron muchas personas en la fiesta*”, cuando lo correcto es decir “*hubo muchas personas en la fiesta*”. El verbo *haber*, en su uso impersonal, carece de sujeto y, por tanto, solo debe conjugarse en tercera persona del singular, excepto cuando actúa como verbo auxiliar.

Dado que la mayoría de los verbos en español se conjugan con un sujeto, es común suponer equivocadamente que *haber* también lo requiere. Sin embargo, en su forma impersonal, lo que este verbo exige es un complemento directo. Así, en la oración “*Hubo varias fiestas*”, el verbo está correctamente conjugado en singular, y “*varias fiestas*” funciona como complemento directo, no como sujeto. La confusión se produce cuando se intenta forzar la estructura sintáctica, interpretando erróneamente el complemento directo como sujeto y, en consecuencia, pluralizando el verbo de manera incorrecta.

La regla descrita se mantiene invariable desde que Andrés Bello la explicó con claridad en su *Gramática*:

“El de más uso entre los verbos impersonales es *haber*, aplicado a significar indirectamente la existencia de una cosa, que se pone en acusativo: ‘Hubo fiestas’, ‘Hay animales de maravillosos instintos’; frases que no se refieren jamás a un sujeto expreso”⁹

En resumen: el verbo *haber* no se conjuga con sujeto cuando se usa como impersonal, sino con complemento directo. Solo admite concordancia en nú-

9 Andrés Bello: *Gramática de la lengua castellana destinada al uso de los americanos*. Santa Cruz de Tenerife, Instituto Universitario de Lingüística Andrés Bello-Cabildo Insular de Tenerife, Edición crítica de Ramón Trujillo, 1981, p. 466.

mero cuando actúa como auxiliar, como en la oración: “*hubieron bailado toda la noche*”.

La *Nueva gramática de la lengua española* ratifica esta norma y señala que el verbo *haber* se emplea como impersonal tanto para fenómenos naturales —“*hay truenos*”— como para referirse a “cualquier otra realidad: *Había poco tiempo*”. A continuación, advierte que en el lenguaje estándar se observa la tendencia a pluralizar erróneamente este verbo, fenómeno del que no escapa siquiera el discurso periodístico. No obstante, la recomendación normativa es clara: “Uso no concordado del *haber*: *Hubo dificultades*, en lugar de *hubieron dificultades*; *Había suficientes pruebas para incriminarlos*, y no *habían suficientes pruebas para incriminarlos*, etc.”¹⁰

En conclusión, la pluralización del verbo *haber* es gramaticalmente incorrecta cuando se utiliza en construcciones impersonales. Aunque esta forma errónea se ha generalizado en ciertos sectores del habla popular, su uso debe evitarse en contextos académicos, jurídicos o formales, en los que se exige un dominio riguroso de la norma culta.

III.2. La arbitrariedad en el uso de los signos de puntuación: la llamada coma criminal

Un error perturbador en la redacción jurídica es el uso indebido de la conocida como *coma criminal*. Este término —empleado con cierta ironía— designa la coma que se inserta arbitrariamente entre el sujeto y el verbo, o entre el verbo y su complemento directo, vulnerando la estructura lógica de la oración y afectando la claridad expresiva.

La puntuación, como parte del sistema de signos lingüísticos, no admite una aplicación caprichosa. El uso incorrecto de la coma introduce pausas artificiales, interrumpe el flujo natural del discurso y en muchos casos genera ambigüedad o confusión.

A continuación, se presentan algunos ejemplos ilustrativos de este vicio de redacción:

- **Incorrecto:** *El número de sentencias dictadas por la Sala de Casación Civil, durante el primer trimestre del año fue de cincuenta.*
- En esta oración, la coma intercalada después del sujeto es innecesaria y rompe la continuidad entre el sujeto y el predicado.

10 *Real Academia Española*. Madrid, Asociación de Academias de la Lengua Española, Sintaxis II, 2009, núm 41.6, p. 3063.

- **Correcto:** *El número de sentencias dictadas por la Sala de Casación Civil durante el primer trimestre del año fue de cincuenta.*
- **Incorrecto:** *El presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, anunció nuevos foros sobre asuntos jurídicos.*
- La pausa tras el sujeto es injustificada y afecta la fluidez sintáctica.
- **Correcto:** *El presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales anunció nuevos foros sobre asuntos jurídicos.*
- **Incorrecto:** *El juez, dictó sentencia sin escuchar a la defensa.*
- En este caso, se separa el sujeto simple del verbo mediante una coma innecesaria, lo cual desvirtúa la estructura básica de la oración.

Correcto: *El juez dictó sentencia sin escuchar a la defensa.*

Estos ejemplos revelan una tendencia preocupante: la automatización de la escritura sin conciencia sintáctica. En el ámbito jurídico, donde la precisión es un imperativo, este tipo de errores no puede considerarse menor. La puntuación debe responder a la estructura lógica del enunciado, y no al capricho de quien escribe.

En síntesis, la llamada “coma criminal” constituye un atentado contra la coherencia y la comprensión del lenguaje jurídico. Su erradicación debe formar parte de cualquier propuesta seria de mejora en la redacción judicial, en especial en contextos donde la argumentación jurídica exige la máxima claridad.

III.3. El desdoblamiento gramatical y la economía del lenguaje

Una de las manifestaciones más discutidas de los cambios recientes en el uso del español jurídico y administrativo es el llamado *desdoblamiento gramatical*, consistente en duplicar sustantivos o adjetivos con el fin de marcar de forma explícita los géneros masculino y femenino. Ejemplos típicos son: “*venezolanos y venezolanas*”, “*hermanos y hermanas*”, “*abogados y abogadas*”. Esta práctica, aunque movida por intenciones inclusivas, incurre con frecuencia en un uso innecesario y reiterativo, que quiebra el principio de economía del lenguaje y no añade información significativa al enunciado.

Desde una perspectiva lingüística rigurosa, debe recordarse que en español el género gramatical masculino funciona como género no marcado, es decir, como forma gramatical inclusiva que puede abarcar ambos sexos sin exclusión ni connotación discriminatoria. En consecuencia, en contextos formales —por ejemplo, en un discurso dirigido a un público general o en la redacción de textos

normativos— resulta suficiente el uso del sustantivo en su forma tradicional: *ciudadanos, trabajadores, estudiantes, abogados*, entre otros.

El problema no reside en la lengua, sino en la interpretación que los hablantes hacen de ella. Como lo señala con acierto la lingüística académica contemporánea, la lengua no es sexista; si algo lo es, lo son algunos de sus hablantes. Por ende, cargar al sistema gramatical con una exigencia ideológica ajena a su estructura natural produce expresiones forzadas, que dificultan la comprensión, entorpecen la fluidez comunicativa y empobrecen el estilo.

Una manifestación errónea del desdoblamiento gramatical se presenta en la creación de formas léxicas sin respaldo en el sistema del español. Tal es el caso de expresiones como “camaradas y camarados”, en las que el segundo término no existe en la lengua y constituye un error conceptual: *camarada* es un sustantivo común en cuanto al género, y su concordancia se establece mediante el artículo (el camarada, la camarada), no por la terminación morfológica.

De modo similar, se han empleado —a veces con pretensiones irónicas— supuestas formas femeninas como *millonas* (a partir de *millones*) o *jóvenas* (en lugar de *jóvenes*), que carecen de justificación etimológica o morfosintáctica. Estos usos distorsionan la estructura del idioma y afectan su función comunicativa. En todo caso, conviene recordar que, conforme a lo señalado por la *Nueva gramática de la lengua española*¹¹, el masculino gramatical constituye el género no marcado en español, mientras que el femenino sí lo está.

Sin embargo, puede admitirse —aunque no recomendarse— un desdoblamiento moderado y ocasional, como en la expresión “*todas y todos*”, en contextos donde se quiera hacer énfasis político o retórico sobre la inclusión de ambos géneros. Sin embargo, incluso en estos casos, su utilidad comunicativa es discutible y su repetición constante lo convierte en un recurso parsimonioso, contrario al principio clásico de la buena escritura: *no decir con dos palabras lo que puede expresarse con una sola*.

Existen contextos en los que el desdoblamiento del género resulta justificado, en especial cuando el uso del masculino plural no permite inferir con claridad que se incluye también al género femenino. Así lo señala la *Nueva gramática de la lengua española*¹², al precisar que el uso del desdoblamiento puede ser pertinente cuando el contexto no garantiza una interpretación inclusiva del masculino genérico. Un ejemplo de esta situación se presenta en la oración: “Los venezolanos

11 Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, Espasa Libros, Madrid, 2009, T. I. núm. 2.2a, p. 85

12 Ob, cit, núm. 2.2g, T. I, p. 87.

y las venezolanas pueden servir en la Fuerza Armada”. El desdoblamiento aquí cumple una función aclaratoria al indicar de manera explícita que la afirmación comprende tanto a hombres como a mujeres.

Asimismo, la *Nueva gramática* admite el desdoblamiento cuando “la estructura sintáctica de la oración pone de manifiesto que se habla de dos grupos diferentes de individuos”¹³. Tal es el caso de la siguiente formulación: “Los venezolanos y las venezolanas expresan opiniones distintas ante el hostigamiento psicológico (*mobbing*) en las relaciones laborales”. En este ejemplo, el desdoblamiento no solo visibiliza ambos grupos, sino que permite establecer una diferencia significativa entre ellos, lo que lo hace gramatical y discursivamente pertinente.

Un ejemplo elocuente de los efectos contraproducentes del desdoblamiento excesivo se observa en el artículo 41 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual incorpora diecisiete desdoblamientos de género de manera consecutiva. Aunque el contenido de la disposición es sencillo en cuanto a su propósito —establecer los requisitos de nacionalidad para el ejercicio de cargos públicos—, su redacción resulta innecesariamente extensa y recargada. Este uso reiterativo compromete no solo la claridad del mensaje, sino también la elegancia y economía expresiva que deben caracterizar a todo texto normativo.

La experiencia comparada demuestra que los textos constitucionales redactados en un lenguaje claro, sobrio y directo favorecen la comprensión ciudadana, fortalecen el principio de seguridad jurídica y refuerzan la legitimidad del orden constitucional. Por el contrario, un estilo ampuloso o grandilocuente puede oscurecer el contenido normativo, alejando al ciudadano común del sentido práctico y normativo de la ley fundamental.

Ejemplo de buena redacción constitucional se encuentran en la Constitución española de 1978, cuyos textos destacan por la claridad conceptual y la estructura sintáctica sencilla, sin por ello sacrificar la sustancia del discurso constitucional.

Como reacción a los excesos del desdoblamiento, se ha introducido una práctica todavía más problemática: el uso de la arroba como supuesto marcador inclusivo. Así, se escriben formas como *tod@s*, *abogad@s*, *niñ@s*, etc. No obstante, esta práctica ha sido firmemente desaconsejada por las autoridades normativas. El *Diccionario panhispánico de dudas*¹⁴ lo expresa con claridad: “Debe tenerse en cuenta que la arroba no es un signo lingüístico y, por ello, su uso en estos casos es inadmisibles desde el punto de vista normativo.”.

13 *Ibíd.*

14 *Diccionario panhispánico de dudas*. Real Academia Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, con la colaboración del Instituto Cervantes, Madrid, 2005, p. 311

Además, el uso de la arroba presenta una dificultad insalvable: no puede ser pronunciada, lo que impide su utilización en contextos orales y convierte el intento de inclusión en una exclusión fonética. Su incorporación en textos oficiales o académicos constituye una forma de empobrecimiento discursivo y tipográfico, y no una solución viable a la legítima aspiración de no discriminar.

Por tanto, la corrección lingüística, la claridad expresiva y el respeto por la estructura del idioma exigen evitar tanto el desdoblamiento innecesario, como el uso impropio de símbolos extralingüísticos. La inclusión debe buscarse en la práctica social y no en la distorsión del lenguaje.

III.4. El abuso de los adjetivos

El uso del adjetivo debe usarse con moderación, porque el “adjetivo, cuando no da vida, mata”, como decía Vicente Huidobro¹⁵. En el mismo sentido, Atticus Finch, en *Matar a un Ruiseñor*, afirmaba: “Borra los adjetivos y tendrás los hechos”¹⁶.

Estas referencias demuestran la importancia del uso mesurado de los adjetivos. En este sentido, Azorín afirmaba que había que escribir sin adjetivos “para acostumbrarme al estilo estricto”¹⁷ y así evitar la prosa recargada que a los que “entendemos algo de técnica, nos hace sonreír”¹⁸. Igualmente recomendaba –el maestro de la precisión–, que al escribir había que “Poner una cosa detrás de otra y no mirar a los lados”.¹⁹ Y esto se traduce en la regla de estructurar las oraciones sobre el sujeto, verbo y predicado.

El lenguaje claro y la inteligencia artificial

Todo texto jurídico puede ser transformado en uno más claro, directo y eficaz. Esta convicción la expone la *Guía panhispánica de lenguaje claro y accesible*, que, con agudeza, cita un pasaje de *Juan de Mairena* (Antonio Machado), en la que se ilustra el contraste entre el artificio retórico y la sencillez expresiva:

“– Señor Pérez, salga usted a la pizarra y escriba: “Los eventos consuetudinarios que acontecen en la rúa”.

15 Esta frase aparece en el poema *Arte Poética*, publicado en su poemario “El espejo del agua y Ecuatorial (Pequeño Dios Editores, Bogotá, 2011, p. 13): Que el verso sea como una llave/ Que abra mil puertas. / Una hoja cae; algo pasa volando;/Cuanto miren los ojos creados sea, / Y el alma del oyente quede temblando. Inventa mundos nuevos y cuida tu palabra;/ El adjetivo, cuando no da vida, mata” (Subrayados míos).

16 Harper Lee: *To Kill a Mockingbird*, Warner Books, New York, 1960, p.59

17 Azorín, “El estilo”, en *Obras selectas de Azorín*, Editorial Aguilar, p.1227.

18 *Ibid.*, p. 1228.

19 Azorín, *El artista y el estilo*, Aguilar, Madrid, 1969, p. 155

El alumno escribe lo que se le dicta:

–Vaya poniendo eso en lenguaje poético.

El alumno, después de meditar, escribe: “Lo que pasa en la calle”

Mairena. –No está mal”²⁰.

Esta anécdota literaria revela la virtud del lenguaje claro: cualquier párrafo enrevesado puede volverse comprensible si se asume el esfuerzo de comunicar con economía y precisión. Expresar las ideas de forma sintética no empobrece el pensamiento, sino que lo ordena.

Durante el seminario que dicté en el doctorado de la Universidad Católica Andrés Bello (2022–2023), los cursantes realizaron ejercicios de resumen y reescritura de sentencias judiciales, orientados a lograr un estilo más claro y preciso sin menoscabar el contenido jurídico. Este trabajo fue precedido por un módulo de lingüística aplicada a la redacción jurídica, en el que los estudiantes revisaron los recursos disponibles en línea —como los portales de la Real Academia Española y la Fundación del Español Urgente (Fundéu)— para resolver dudas y mejorar su prosa.

Los resultados evidenciaron que, más allá de la especialización del participante (juez, litigante o docente), todos lograron reducir sentencias extensas a textos más condensados y comprensibles, incluso a la mitad o la tercera parte de su extensión original. Esta experiencia demuestra que el lenguaje claro puede y debe cultivarse desde el pregrado, y reforzarse en los estudios de posgrado con el ejercicio basado en casos concretos.

Más aún: hoy resulta posible incorporar herramientas de inteligencia artificial (IA) para apoyar este proceso de clarificación. Cualquier sentencia del Tribunal Supremo de Justicia puede ser sometida a una reescritura orientada a la claridad. El asunto es proponérselo.

Reescritura de una sentencia con IA

A título ilustrativo, puede analizarse la sentencia de la Sala Constitucional N° 447 del 1 de abril de 2025²¹, referida a la posibilidad de acumular en una misma demanda la acción de desalojo con la reclamación de cánones arrendaticios vencidos.

20 *Ob. cit.*, p. 24. Véase igualmente *Juan de Mairena*, Cátedra, Edición de Antonio Fernández Ferrer, segunda edición 1993, T. II, p. 75.

21 <https://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/342831-0447-1425-2025-24-0394>. HTML

El capítulo I de la decisión se titula “De la solicitud de revisión” y ocupa cinco páginas y contiene 2.491 palabras. En su totalidad, copia el escrito presentado por la parte actora. Se debe resaltar que la solicitud de revisión repite con los mismos términos la denuncia de acumulación indebida; hace un uso inconsistente de mayúsculas; usa expresiones coloquiales como “de manera desgarbada” y “sorpresivamente”, entre otras.

Mediante IA, puede sintetizarse así:

“El solicitante fundamenta su petición de revisión constitucional en la existencia de una inepta acumulación de pretensiones en la demanda interpuesta por la parte actora, al acumular simultáneamente la resolución del contrato de arrendamiento (con desalojo) y el cobro de cánones insolutos. Alega que dichas pretensiones son jurídicamente incompatibles según el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil y la jurisprudencia reiterada de la Sala Constitucional y la Sala de Casación Civil (sentencias N° 669/2003, N° 697/2021 y RC.000314/2021).

Afirma que el Tribunal de Primera Instancia desestimó esta objeción, al considerar que el cobro de cánones derivaba naturalmente del incumplimiento contractual, sin que existiera una acumulación indebida. En consecuencia, declaró con lugar la demanda por desalojo y ordenó el pago de los cánones adeudados.

El solicitante cuestiona esta decisión, sostiene que se violó el debido proceso, el principio de economía procesal y la prohibición expresa del artículo 78 CPC, y solicita que se declare la nulidad absoluta de la demanda y del fallo recurrido, por tratarse de una materia de orden público.

Reprocha también que el Tribunal Superior desechó su denuncia de acumulación indebida, invocando erróneamente una sentencia de 2014, en lugar de aplicar el criterio vigente de la Sala Civil ratificado por la Sala Constitucional en 2021 (sentencia N° 0536/2021).

Finalmente, alega que el juez superior incurrió en un vicio de *ultra petita*, al anular de oficio la sentencia y el auto de admisión sin que lo hubieran solicitado las partes”.

El Capítulo II lleva por título “De los fallos objeto de revisión” y reproduce de forma íntegra dos decisiones previas, sin ofrecer un resumen estructurado. La inteligencia artificial la resumió así:

“*Objeto de la controversia:* Se discute una demanda por resolución de contrato de arrendamiento verbal por falta de pago, que incluye solicitud de desalojo y cobro de cánones.

La Decisión del tribunal de primera instancia califica la demanda como desalojo, rechaza la acumulación indebida y declara con lugar la demanda, ordenando la entrega del inmueble y el pago de los cánones.

El tribunal superior revocó la decisión anterior por incongruencia procesal, recalifica la acción como resolución de contrato conforme al artículo 1167 del Código Civil y declara parcialmente con lugar la demanda, al considerar procedente la acumulación de pretensiones”.

El capítulo III se refiere a la competencia de la Sala, el cual en la sentencia cita las normas en las cuales fundamenta su competencia. El capítulo tiene tres párrafos, lo cual no es excesivo, pero se puede reducir aún más y prescindir de la transcripción literal de las normas jurídicas invocadas y conservar solo el fundamento jurídico necesario. Una nueva versión debe eliminar los conectores innecesarios:

El capítulo lo resume la IA de la manera siguiente:

“La Sala Constitucional declara su competencia para conocer la presente solicitud de revisión, conforme a lo previsto en el artículo 336.10 de la Constitución y el artículo 25.10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. La revisión se refiere a una sentencia definitivamente firme dictada el 20 de octubre de 2023 por el Tribunal Superior Octavo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario del Área Metropolitana de Caracas. Así se decide”.

El Capítulo IV se refiere a las “Motivaciones para decidir” y presenta varias repeticiones de sentencias y principios ya citados, sin distinción entre fundamentos jurídicos y desarrollo argumental. Mediante IA puede reducirse así:

“La Sala reitera que la revisión constitucional es una potestad excepcional, que no habilita una tercera instancia. Procede únicamente cuando exista violación grave de normas o principios constitucionales.

En el caso, la sentencia recurrida no incurrió en inepta acumulación. La acción ejercida fue de resolución de contrato, no de desalojo autónomo. Según jurisprudencia reiterada (véase sentencia N° 170/2023), es lícito acumular dicha resolución al cobro de los cánones vencidos.

En consecuencia, se declara improcedente la solicitud de revisión y se confirma el fallo recurrido”.

Este ejercicio evidencia que la IA puede ser empleada como herramienta auxiliar para identificar reiteraciones innecesarias, eliminar citas extensas que no aportan sustancia, y reestructurar el texto para facilitar su comprensión.

En definitiva, la claridad no es un lujo estilístico sino un deber profesional del juez en una democracia. Un lenguaje enrevesado, plagado de tecnicismos, repeticiones y construcciones barrocas, solo contribuye a distanciar a la justicia del ciudadano. Las nuevas tecnologías pueden servir de aliadas en este propósito de depuración expresiva. No se trata de reemplazar el juicio crítico del jurista, sino de ofrecerle herramientas que le permitan ejercer su función con mayor transparencia, eficacia y precisión.

Normas de redacción de la legislación procesal venezolana

El artículo 243, ordinal 3º, del Código de Procedimiento Civil establece que toda sentencia debe contener “una síntesis clara, precisa y lacónica de los términos en que ha quedado planteada la controversia, sin transcribir en ella los actos del proceso que constan en autos”. Sin embargo, esta previsión normativa no es atendida y se ha convertido en letra muerta.

En los primeros años de vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1987, la Sala de Casación Civil llegó a casar decisiones que incumplían esta exigencia formal. Esto revela la importancia que el legislador y la jurisprudencia atribuyeron en su momento a la economía y claridad expositiva en las decisiones judiciales. Corresponde, por tanto, reivindicar una política judicial que aliente a los jueces a aplicar de manera efectiva dicha norma, con miras a impulsar el lenguaje claro.

El respeto del artículo 243, ordinal 3º, permitiría identificar de forma inmediata cuál es el objeto del litigio, las pretensiones de las partes y los puntos nodales de la controversia, sin perderse en la reproducción innecesaria de actos procesales. Este tipo de sentencias facilita la labor de control de legalidad y constitucionalidad por parte de las instancias superiores y mejora la comprensión del razonamiento judicial por parte de la ciudadanía.

En lo que respecta a la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el artículo 171 establece que los escritos de formalización del recurso de casación no pueden exceder los tres folios y sus vueltos. Esta limitación condujo a que los litigantes debieran formular sus denuncias y argumentos en forma concisa, lo cual favoreció el desarrollo de una jurisprudencia laboral sólida en materias clave como la simulación del contrato de trabajo, la contratación internacional y las reclamaciones por daño moral.

En suma, el deber de redactar con claridad y concisión no vulnera el derecho a la defensa ni restringe el acceso a la justicia. Por el contrario, promueve una expresión jurídica más eficaz, transparente y accesible, en beneficio de los operadores judiciales y de los justiciables.

Las nuevas reglas de la casación francesa

La Corte de Casación francesa adoptó en el año 2019 la *Guía de las nuevas reglas relativas a la estructura y redacción de las sentencias*. Esta guía fue examinada por la profesora Ana Irene Vidal en un valioso trabajo publicado en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales²².

Esta guía de estilo introduce una serie de lineamientos destinados a mejorar la calidad expresiva de las decisiones judiciales. En primer lugar, prohíbe expresamente las extensas citas jurisprudenciales y recomienda un uso mesurado de las referencias doctrinales, limitándolas a lo estrictamente necesario. Asimismo, promueve una sintaxis sencilla y directa, basada en la construcción gramatical fundamental de sujeto, verbo y predicado. El uso de frases subordinadas se admite con cautela, y únicamente cuando su introducción resulte indispensable para el desarrollo lógico del argumento.

La organización formal del texto también recibe especial atención. Se exige la numeración de los párrafos, cada uno de los cuales debe contener una sola idea que permita avanzar con claridad hacia el siguiente. Se desalienta enfáticamente la repetición, la verborrea, los pleonasmos y las contradicciones internas, elementos que obstaculizan la comprensión del razonamiento jurídico.

En su estudio, la profesora Vidal analiza la estructura y el estilo de redacción de las sentencias de la Corte de Casación, conforme a las recomendaciones formuladas por una comisión *ad hoc* creada con este fin. Una de las innovaciones más significativas es la adopción del estilo directo, que exige el empleo riguroso de conectores lógicos y fórmulas de transición adecuadas para asegurar la coherencia argumentativa. En esta línea, se propone la creación de un comité de redacción responsable de establecer un repertorio léxico técnico que contribuya a la claridad, precisión y consistencia de las decisiones judiciales.

Del mismo modo, se dispone a estructurar las decisiones mediante párrafos numerados y titulados, salvo en aquellos casos cuya simplicidad no lo justifique²³. Esta técnica permite delimitar con claridad cada sector del razonamiento y faci-

22 Ana Irene Vidal; “La nueva estructura de las sentencias de la Corte de Casación Francesa. En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, julio-diciembre 2020, N° 161 pp. 1685-1738. En este trabajo la profesora Vidal hace un estudio de las nuevas reglas de estilo del sistema judicial francés. Véase la Guide des nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts del 05-06-2019 en : https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/comprendre-une-decision-de-la-cour/mode-de-redaction-et-motivation-des?utm_source=

23 Vidal, *Ob. cit.*, p. 1715.

lita la identificación de los distintos pasajes del fallo, práctica ya generalizada en diversas jurisdicciones europeas.

La adopción del estilo directo, junto con la organización lógica y numerada del contenido, constituye una herramienta fundamental para garantizar que las decisiones judiciales sean comprensibles, tanto para los profesionales del derecho como para los justiciables.

Finalmente, la guía destaca un criterio práctico de calidad: una sentencia cumple su función comunicativa cuando puede ser fácilmente entendida una vez ha sido traducida a otro idioma. En un contexto jurídico cada vez más globalizado, no es infrecuente que una decisión deba ser ejecutada en un país extranjero. Si el juez del país de ejecución no logra comprender el contenido de la sentencia debido a su oscuridad o mala redacción, podría negarse a ordenar su ejecución. Por ello, la claridad no es solo un valor estético o pedagógico, sino una condición esencial de eficacia jurídica de las decisiones judiciales.

La Guía para la redacción con motivación enriquecida

En armonía con esta evolución, el 26 de septiembre de 2023 la Corte de Casación publicó la *Guía para la redacción con motivación enriquecida* (*Guide de rédaction en motivation enrichie*). Este documento tiene como objetivo principal fomentar una motivación más transparente, estructurada y comprensible. A diferencia de la motivación tradicional, que puede limitarse a enunciar la norma aplicable o a citar un precedente, la motivación enriquecida exige que cada uno de los elementos incorporados —normas jurídicas, decisiones previas, doctrina relevante o métodos interpretativos— se integre de manera explícita en el encadenamiento lógico del razonamiento, justificando el principio adoptado. Todo ello debe expresarse en un lenguaje claro, preciso y libre de tecnicismos innecesarios.

La motivación enriquecida busca explicar el razonamiento judicial que articula la premisa mayor (cuestión de derecho), la premisa menor (cuestión de hecho) y su tránsito hacia la conclusión del silogismo decisorio. Este itinerario argumentativo puede incorporar uno o varios eslabones intermedios que dotan de profundidad al razonamiento y aseguran su transparencia, fuerza persuasiva y comprensión.

Entre tales eslabones se encuentran, en primer lugar, la interpretación de la norma aplicable, orientada a precisar su alcance conforme a criterios gramaticales, sistemáticos o teleológicos. Dicha interpretación puede acompañarse de la exclusión razonada de otras soluciones posibles, mediante una justificación expresa de su improcedencia. Asimismo, la motivación puede exigir la formulación de una metodología específica para abordar la cuestión jurídica controvertida,

lo cual permite al juez exponer con claridad el hilo conductor que sustenta la decisión adoptada.

La motivación enriquecida también puede incorporar la referencia a valores o principios superiores —como la proporcionalidad, la dignidad humana o la seguridad jurídica—, que operan como criterios orientadores en la interpretación y aplicación del derecho.

Cuando resulte pertinente, la motivación enriquecida puede invocar y resumir precedentes que respalden la solución adoptada, reforzando así la coherencia jurisprudencial. También puede aludir a precedentes disidentes, para explicar las razones por las cuales se los descarta en el caso concreto, con lo cual se incrementa la transparencia de la elección argumentativa.

Adicionalmente, puede recurrirse a consideraciones de derecho comparado cuando estas contribuyan a enriquecer la interpretación del ordenamiento nacional, en particular frente a vacíos normativos o situaciones jurídicas inéditas.

Una guía de estilo judicial para Venezuela

Lo dicho hasta ahora autoriza afirmar que el lenguaje jurídico debe ser claro y preciso para que sea fácilmente comprensible por todos. Una sentencia dictada en Venezuela debe ser entendida en Colombia, España o China. Por eso, es necesario que el estilo sea claro, preciso y desprovisto de verborrea, tautologías, ambigüedad, vaguedad, eufemismos, redundancias y fallas metodológicas.

El Poder Judicial venezolano está a la espera de elaborar y aprobar una guía de estilo judicial para mejorar y facilitar la comprensión de las sentencias. Esa guía, con las reglas lingüísticas y metodológicas de obligatorio cumplimiento por parte de jueces y litigantes, sería una contribución al sistema de justicia.

Este trabajo se debe hacer con la participación mancomunada del Tribunal Supremo de Justicia, las universidades, los colegios de abogados y las academias. Así se garantiza el principio de la participación ciudadana, la pluralidad, la transparencia y la democracia.

El estilo judicial venezolano carece de la precisión y claridad que exige el lenguaje jurídico. Las frases largas, el exceso de adjetivos y la manipulación verbal deben ser superadas. Para ello, se requiere la elaboración de una guía de estilo judicial para uso de jueces y abogados.

El Poder Judicial venezolano está a la espera de una guía de estilo judicial para mejorar y facilitar la comprensión de las sentencias y de los escritos jurídicos. Esa guía, con las reglas lingüísticas y metodológicas de obligatorio cumplimiento por parte de jueces y litigantes, sería una contribución al sistema de justicia.

Conclusiones

1. El lenguaje judicial venezolano presenta deficiencias lingüísticas y estructurales. El estilo actualmente predominante, caracterizado por oraciones excesivamente largas, párrafos enrevesados y uso abusivo de citas textuales, obstaculiza la comprensión del contenido jurídico y limita el acceso efectivo a la justicia por parte de los ciudadanos.

2. La oscuridad expresiva vulnera el derecho a comprender. Un lenguaje jurídico hermético, redundante o de tono barroco compromete garantías constitucionales fundamentales como la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, al dificultar que los justiciables comprendan las decisiones que los afectan.

3. Resulta necesaria la elaboración de una guía de estilo judicial venezolana. Inspirada en modelos internacionales, como el desarrollado por la Corte de Casación francesa, dicha guía debe establecer normas claras de redacción lógica, concisa y accesible, aplicables de manera obligatoria tanto a jueces como a litigantes.

4. La formación jurídica debe incorporar contenidos lingüísticos y literarios. Es necesario incluir en el plan de estudios asignaturas de lingüística, expresión oral y escrita, así como materias como *Literatura y Derecho*, con el fin de fortalecer las competencias argumentativas, expresivas e interpretativas del estudiante de Derecho.

5. La sencillez expresiva no empobrece el discurso jurídico, sino que lo potencia. Lejos de trivializar el pensamiento jurídico, la claridad permite organizar mejor las ideas, eliminar redundancias y transmitir razonamientos complejos de forma comprensible y precisa.

6. La inteligencia artificial constituye una herramienta útil para mejorar la redacción judicial. Su uso permite detectar repeticiones innecesarias, reorganizar el contenido, resumir decisiones extensas sin sacrificar rigor jurídico y redactar con mayor claridad la parte narrativa de las sentencias, así como sistematizar la presentación de pruebas.

7. Debe reivindicarse el cumplimiento de la norma procesal relativa a la redacción de las sentencias. Se trata del artículo 243, ordinal 3º, del Código de Procedimiento Civil, que exige decisiones *claras, precisas y lacónicas*, y cuya aplicación no debe continuar siendo ignorada. Su observancia contribuiría significativamente a elevar la calidad argumentativa de las resoluciones judiciales.

8. La corrección de los vicios lingüísticos debe ser una prioridad en el ámbito forense. Errores frecuentes como la pluralización del verbo *haber* en usos impersonales, el uso indebido de la llamada “coma criminal”, el desdoblamiento

gramatical excesivo o el abuso de adjetivos, deterioran la claridad del discurso jurídico y deben ser corregidos mediante formación continua.

9. El lenguaje judicial debe ser comprensible más allá de las fronteras nacionales. En un contexto jurídico globalizado, la claridad expresiva permite que una sentencia dictada en Venezuela sea comprensible en otras jurisdicciones. De allí que la claridad tenga no solo un valor interno, sino también proyección práctica y transnacional.

10. La claridad es un deber democrático que incumbe al juez. El juez no debe ocultar la decisión bajo un velo de tecnicismos, sino exponerla con transparencia, lógica y precisión. La claridad en la argumentación judicial es un componente esencial del derecho constitucional a comprender y, por tanto, de la legitimidad de la justicia.

Constitución y vulnerabilidad procesal de los adolescentes

Luis Gerardo Gabaldón¹

La Constitución de 1999 y las garantías procesales

El art. 78 de la Constitución garantiza la salvaguarda de niños, niñas y adolescentes mediante órganos y tribunales especializados, indicando como prioridad absoluta la protección integral en función de su interés superior, para lo cual establece un sistema rector nacional. Nada menciona sobre el régimen de responsabilidad penal que, desde la última reforma de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, ha fijado el piso de la responsabilidad penal en 14 años y el máximo de las penas imponibles en diez años de duración. Existen normas constitucionales vinculadas a la intervención penal frente a los adolescentes que no difieren de las reglas aplicables a los adultos; se especifican en el art. 46 para la cuestión material (prohibición de penas, tortura y tratos crueles e inhumanos o degradantes, trato vulnerando respeto y dignidad en situación de detención, experimentos o exámenes no consentidos y, en general sufrimiento físico o mental), y en el art. 49 para la cuestión procesal (defensa y asistencia jurídica, notificación de los cargos, acceso a pruebas lícitamente obtenidas, presunción de inocencia, derecho a ser oído, jueces naturales, prohibición de autoincriminación y del doble procesamiento, legalidad de la imputación y responsabilidad estatal por error o retardo judicial). El marco constitucional define, pues, mediante estas reglas, hasta dónde puede llegar la coacción estatal, en el art. 46, y cómo puede ser aplicada, en el art. 49. Dentro de los cánones modernos, la Constitución debería ser un muro infranqueable para asegurar el estado de derecho, ahora ampliado también a estado de justicia para enfatizar los límites del formalismo

1 Profesor Titular de Derecho Penal y Criminología, Universidad Católica Andrés Bello, e investigador titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Especialista en Derecho Penal y Criminología por la Universidad de Roma, Italia, y profesor e investigador asociado en la Universidad de Nuevo México, USA, en 1997. Sus líneas de investigación incluyen policía, violencia, control social, justicia penal, delincuencia juvenil y fraude electrónico. <https://orcid.org/0000-0003-4264-2127>. El presente ensayo se inspira en publicaciones previas en *Espacio Abierto*, 30, 4, 2021 y *Revista Latinoamericana de Criminología*, 3, 1, 2023.

jurídico, aunque también podría implicar un abandono del principio de legalidad. Nos encontramos en una etapa de transición, donde el modelo derivado de la Revolución francesa, fundamentalmente garantista luego del periodo del terror, compite con un modelo sistémico eficientista, donde pareciera predominar el control del delito sobre el debido proceso. Este es el marco general de referencia de este artículo. En lo que sigue procuro aproximarme a lo que muestra la evidencia empírica sobre el desempeño del sistema penal de responsabilidad del adolescente y cómo puede ser explicado, o al menos ilustrado, dentro del marco de las garantías procesales, que en definitiva resulta lo fundamental, pues son las normas adjetivas y los límites a la actuación del poder estatal lo que permite la aplicación de las normas materiales sobre la coacción estatal.

Los datos que sustentan este artículo provienen de entrevistas realizadas a adolescentes condenados por homicidio en el área centro norteña de Venezuela entre 2017 y 2018. Son parte de un proyecto más amplio sobre las propiedades situacionales de la victimización por homicidio², cuyo propósito fue analizar su dinámica situacional y su dimensión moral a través de una entrevista semi estructurada que abarca tanto el episodio que condujo a la muerte, descrito en forma libre por el entrevistado, como las condiciones que contribuyeron o mediaron en el resultado. Como parte de la entrevista, hacia el final de la misma, fueron también exploradas percepciones de los adolescentes sobre el proceso penal, la adjudicación de la responsabilidad y el castigo recibido. Se tuvo acceso previo a la acusación del Ministerio Público con el fin de contar con una versión independiente del caso y su calificación legal. Se seleccionó una muestra intencional de 18 homicidas, entre 14 y 17 años de edad para el momento del hecho, quienes estaban cumpliendo medida de privación de libertad, tres de ellos en un centro de detención policial del Estado La Guaira y quince más en un centro de atención de adolescentes intervenidos por el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente en el Estado Miranda. Las entrevistas tuvieron lugar entre el 8 de agosto y el 19 de septiembre de 2019, por parte del autor de este artículo y su asistente de investigación, mediante grabación y transcripción literal, respetando el lenguaje y giros de los adolescentes, protegiendo su identidad mediante la asignación de un seudónimo. Dieciséis casos corresponden a homicidios consumados y dos a homicidios frustrados que produjeron heridas. El 89% de los entrevistados son varones y el 11% hembras. La mitad de los adolescentes negaron ser autores de los homicidios por los cuales fueron condenados, aunque la mayoría reconoció haber estado presente en la escena y tiempo del delito y, en casos, haber provisto ayuda o soporte. Entre quienes reconocieron ser homicidas, dos de ellos negaron res-

2 Luis Gerardo Gabaldón, “El homicidio y su caracterización situacional: entre lo cuantitativo y lo cualitativo”, *Dilemas*, 11, 3, Septiembre-Diciembre, 2018, pp. 361-384.

ponsabilidad en el caso que motivó la condena, reconociendo haber dado muerte a otra u otras personas. Nada de lo mencionado por los adolescentes podría ser utilizado para empeorar su situación procesal, dado que todos contaban con sentencia condenatoria firme. Como parte del protocolo de consentimiento informado se ofreció una constancia de participación en este proyecto académico, que podría ser, eventualmente, utilizada como credencial dentro del programa de seguimiento y flexibilización de la medida judicial. Con base en estos relatos se reconstruyen las experiencias de los victimarios, documentando las cuestiones centrales para las categorías de análisis que emergieron de la generalidad y consistencia de los relatos, en torno al eje de formalidad/informalidad, vinculado al uso de la coacción extralegal y al aseguramiento o arrollamiento de las garantías de defensa y debido proceso.

La utilización de narrativas de infractores se viene extendiendo tanto en perspectiva de adultos como de adolescentes. Con respecto a adultos, se ha utilizado recientemente para explorar factores situacionales en los encuentros que condujeron al homicidio³, justificaciones y excusas frente a la ejecución del hecho⁴, así como contraste entre actas procesales y percepciones de los justiciables en el procedimiento penal⁵. Por lo que se refiere a adolescentes, se ha aplicado para analizar antecedentes y percepciones sobre homicidios entre victimarios jóvenes⁶, mientras también se ha acudido a ese método para explorar percepciones sobre trato y sanciones en el medio correccional⁷ y percepciones sobre nosología y alcance de tipologías médicas y de salud mental, lo cual permitiría rescatar vivencias y saberes subalternos, que usualmente quedan silenciados, así como de-

- 3 Luis Gerardo Gabaldón, “La situación y su percepción en el homicidio: relatos de homicidas en Venezuela”, en Luis Gerardo Gabaldón, (Edición e Introducción) *Homicidio, riesgo, significado y castigo*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2020, pp. 141-168.
- 4 Juan Antonio Rodríguez, “Conversando con homicidas: ¿solo excusas y justificaciones?” en Luis Gerardo Gabaldón, (Edición e Introducción) *Homicidio, riesgo, significado y castigo*, ob. cit., pp. 215-246.
- 5 Yoana Monsalve-Briceño, “Procesamiento penal y percepción del castigo entre homicidas”, en Luis Gerardo Gabaldón (Edición e Introducción) *Homicidio, riesgo, significado y castigo*, ob. cit., pp. 313-343.
- 6 Carla Serrano, y Luis Gerardo Gabaldón, “El homicidio a través del relato de victimarios adolescentes”, en Luis Gerardo Gabaldón (Edición e Introducción) *Homicidio, riesgo, significado y castigo*, ob. cit., pp. 247-279.
- 7 María Cecilia Fernández, “La mirada de los jóvenes sobre el castigo en la Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2015” en *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 17, 2, 2019, pp. 1-30.

terminar emociones y su significación temporal entre la población criminalizada más joven⁸.

Vulnerabilidad de los adolescentes y control social formal

La violencia entre los jóvenes, especialmente cuando provienen de las clases pobres y subordinadas, ha sido usualmente vinculada en la Criminología a problemas de desarrollo de la personalidad producto de la disfunción familiar o educativa, lo cual conduciría a un egocentrismo entre sujetos descritos usualmente como motivados hacia el corto plazo, con anclaje territorial, gregarios y orientados hacia la satisfacción inmediata del placer antes que a la consecución de metas a largo plazo⁹. Estas perspectivas se encuentran ancladas en la tradición de la literatura criminológica en torno a los *códigos alternativos*¹⁰, desarrollados a través del enfoque subcultural durante las décadas de 1950 y 1960¹¹. El encuadramiento del comportamiento dentro de un código asume la presencia de un juicio estereotipado sobre lo que resulta apropiado o conveniente, así como una audiencia específica frente a la cual se despliega el comportamiento, sea instrumental o expresivo. Esto fue anticipado desde 1939 por la teoría de la asociación diferencial¹², en el sentido que el aprendizaje y la reproducción del delito se generaban dentro de grupos personales íntimos, lo cual incluiría la direccionalidad de los motivos, impulsos, racionalizaciones y actitudes. Estos desarrollos teórico

- 8 Natalia Carceller-Maicas, “Mundos vitales de palabras: análisis del sufrimiento adolescente mediante narrativas de malestar”, en *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 16, 1, 2018, pp. 269-283.
- 9 Christopher Birkbeck, “El significado de la adolescencia para la Criminología”, en J.L. Guzmán Dálbora, y A.Serrano Maíllo, (Editores) *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 157-169. Luis Gerardo Gabaldón, y Carla Suyín Serrano, *Violencia urbana: Perspectivas de jóvenes transgresores y funcionarios policiales en Venezuela*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001. Albert J. Reiss, y Jeffrey A. Roth, (Editores) *Understanding and Preventing Violence*. National Research Council. Washington, National Academy Press, 1993. Michael R. Gottfredson, y Travis Hirschi, *A General Theory of Crime*. Stanford University Press, Stanford. 1990.
- 10 Deanna Wilkinson, y Jeffrey Fagan, “A Theory of Violent Events”, en Meier, Robert F., Kennedy, Leslie W. y Sacco, Vincent F. (Editores) *The Process and Structure of Crime, Criminal events and crime analysis*. Transaction, New Brunswick, 2001, pp. 169-195.
- 11 Albert K. Cohen, “A Theory of Subcultures”, en Earl Rubington, y Martin S. Weinberg, (Editores), *Deviance, the Interactionist Perspective*, New York, Macmillan, 1981, pp. 262-263. Cloward, Richard y Ohlin, Lloyd “Illegitimate means and delinquent subcultures”, en Pontell, Henry N. (Editor), *Social Deviance, Readings in Theory and Research*, Prentice Hall, New Jersey, 1996, pp. 56-60. Wolfgang, Marvin E. y Ferracuti, Franco *The subculture of violence*. Tavistock, Londres, 1967.
- 12 Edwin H. Sutherland, “Differential Association” en Pontell, Henry H., (Editor), *Social Deviance, Readings in Theory and Research*, Prentice Hall, New Jersey, 1995, pp. 160-162.

conceptuales han conducido a tratar la delincuencia juvenil como una conducta rebelde, refractaria al orden establecido y desafiante, que amerita ser enfrentada con resolución y rapidez por parte del sistema de control social formal, bien sea a través de una intervención precoz, con medidas anticipadas frente a una situación incipiente y peligrosa, o bien a través de la respuesta penal retributiva, si bien con algunas salvaguardas debido a la inmadurez de sus destinatarios. Estas dos opciones informan el desarrollo y alternancia de los denominados modelos *tutelar y adversarial* dentro de la justicia penal juvenil, tendiendo el último de ellos a imponerse a nivel planetario debido a la globalización jurídica y al rol hegemónico de los países centrales de inspiración anglosajona. Ambos modelos asumen, implícitamente, que su clientela es disminuida, socialmente débil, con escaso poder de reclamo social y reconducible a una normalización o encauzamiento a través del tratamiento, la coerción o una combinación de ambos. Relativa escasa atención se ha prestado a los mecanismos que operan dentro de esta justicia juvenil, más allá de las formas jurídicas aparentes y de la ideología de la legalidad y las garantías procesales, para lograr la conformidad procurada e incluso el sometimiento a los procesos de investigación penal y criminalización para lograr sus objetivos.

Se ha sostenido que el derecho interviene dentro de un espacio social donde la posición relativa de los sujetos que interactúan resulta crucial para predecir la “cantidad” de derecho aplicable, entendida como el grado de coerción y privación que comporta la intervención para el sujeto pasivo de la norma. Una investigación clásica sobre el desempeño de patrulleros policiales en tres ciudades norteamericanas, a fines de la década de 1960¹³ pudo determinar que la distancia relacional entre reclamantes e imputados predecía, no solo la intervención policial en la situación, sino la intensidad de la medida adoptada: más arrestos cuanto más extrañas entre sí eran las partes, así como la disposición policial para aceptar la versión de los padres en caso de conflicto con sus hijos menores de edad. Investigación en Venezuela sobre relaciones entre policías y adolescentes, en distintos momentos y bajo diversos gobiernos, muestra también consistencia en la mayor intensidad de la coacción aplicada a los jóvenes por parte de la policía a medida que disminuye su estatus social y su poder de reclamo social¹⁴. En Latinoamérica, otros estudios apuntan en la misma dirección. Algunos relatos de adolescentes sentenciados a medidas privativas de libertad, en el caso argentino, perciben mal-

13 Donad Black, “La organización social del arresto”, en Antillano, Andrés (Compilador) *Qué es, cómo se hace y para qué sirve el trabajo policial*. Ensayos sobre desempeño y evaluación de la policía, vol. 2. Consejo General de Policía, Caracas. 2010, pp. 37-58.

14 Luis Gerardo Gabaldón, “Empoderamiento juvenil y control policial informal”, *De Prácticas y Discursos*, 4, 4, 2015, pp. 1-19.

tratos informales de diverso tipo, como *verdugueo policial y hostigamiento*¹⁵. Un estudio reciente sobre encuentros entre policías y adolescentes en México estima como frecuente y generalizado el hostigamiento a los adolescentes, si bien tres o cuatro veces más frecuente para los varones que para las hembras¹⁶, lo cual podría obedecer a un estereotipo de mayor rebeldía y desafío por parte de los varones. Dado que tanto la ejecución de la coacción policial, sea moderada o excesiva, como las decisiones judiciales que concluyen un proceso con la condena, sean o no acordes con el respeto de las garantías procesales, constituyen actos de órganos estatales que operan dentro de un marco jurídico, mayores niveles de coacción y menores garantías podrían ser entendidos como mayor intensidad en la aplicación del derecho. Este es el marco general de referencia para la discusión de los hallazgos en el presente ensayo.

El derecho y la coacción entre lo formal y lo informal

Lo formal guarda relación con el protocolo y las secuencias rígidas y definidas, mientras lo informal se refiere a formas de proceder de guion abierto y secuencias ambiguas o indefinidas¹⁷. Las normas procesales, en cuanto regulan formas de actuar y secuencias, son formales y protocolares. Lo informal implica violar el protocolo. Desde este punto de vista, podría haber reglas que son violadas y sustituidas por prácticas al margen de lo protocolar, que usualmente sacrifican garantías de defensa y expanden la intensidad de la coacción del derecho. O también podría producirse una restricción de dichas garantías mediante la práctica judicial, que termina por consolidar lo que en definitiva se considera apropiado o conveniente para la aplicación del derecho, aunque pueda ser entendido por algunos como incongruente con una sistemática de principios rectores de carácter superior.

El desarrollo de perspectivas vinculadas a la teoría de los sistemas ha puesto en duda que determinados fines orienten la acción de forma inequívoca¹⁸, y la investigación institucional en diversos entornos ha permitido cuestionar algunos de los postulados del sistema acusatorio: debido proceso, independencia entre

- 15 María Cecilia Fernández, “La mirada de los jóvenes sobre el castigo en la Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2015” en *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 17, 2, 2019, pp. 1-30.
- 16 Ramírez Hernández, N. (Directora) *Interacciones entre adolescentes y policía en la Ciudad de México, Informe Temático*. Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, México, 2020, pp. 156.
- 17 Luis Gerardo Gabaldón, “Control social informal y prevención del delito”, en Aniyar de Castro, Lola (Editora) *Criminología en América Latina*, Unicri, Roma, 1990, pp. 91102.
- 18 Niklas Luhmann, “Ends, domination and system”, en Luhmann, Niklas *The differentiation of society*, Columbia University Press, Nueva York, 1982, pp. 20-46.

funciones investigativas y judiciales y la inviolabilidad del principio del contradictorio en materia probatoria. Algunos han sostenido que, sobre todo a partir de 1960, la policía, los tribunales y las prisiones serían componentes engranados desde la investigación del delito hasta la condena, *como si se acercasen a una unidad organizacional para producir resultados atribuibles al esfuerzo coordinado de los tres en conjunto*¹⁹. Según esta perspectiva, lo fundamental sería un sincretismo funcional antes que una independencia garantista, lo cual, sin embargo, no altera el carácter formal de dicho sistema. También se ha sostenido la existencia de una tensión permanente entre presiones hacia el control delictivo, expandiendo los poderes policiales, y control judicial de la policía, restringiendo esos poderes, lo cual sería permanente y dependería en última instancia de los valores sociales que predominan en un determinado momento²⁰. Alguien llegó a sostener que, dentro del modelo inglés, proclamado tradicionalmente como paradigma garantista, *la estructura legal y las decisiones, no la retórica legal, gobiernan la práctica legítima de la justicia penal*²¹. Estudios pioneros en sociología jurídico penal, en la década de 1970 en el medio anglosajón sugirieron que una correspondencia entre las metas formalmente declaradas y el comportamiento efectivo de los agentes del proceso penal resultaba improbable, concluyendo que la característica fundamental de dicho proceso, tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, no sería la adjudicación pública de la responsabilidad sino la proclamación pública de la culpabilidad²².

Si acogemos la distinción entre protocolar y no protocolar para distinguir lo formal de lo informal, podríamos considerar como casos representativos de lo último las falsas imputaciones y el uso de la violencia, la invasión de funciones atribuidas a los fiscales por parte de los jueces, o la violación continua de los lapsos procesales, por citar algunos ejemplos. En este trabajo procuro una apreciación consolidada sobre el proceso penal que experimentó un grupo de adolescentes condenados por homicidio, analizando el despliegue de la coacción dentro del eje formal/ informal, así como en lo atinente a la preservación o al sacrificio de las garantías y el debido proceso, sin que tal operación implique un *abandono del derecho*. La contraposición entre el desempeño efectivo de órganos estatales dotados de poder (derecho) mediante pautas y prácticas que violentan reglas es-

19 David E. Dufee, *Explaining Criminal Justice*. Prospect Heights, Waveland Press, 1990, p.95.

20 A. Keith Bottomley, *Decisions in the penal process*. Martin Robertson, Oxford, 1973, pp. 221, ss.

21 Doreen Mc Barnett, *Conviction: Law, the State and the construction of Justice*, Macmillan Press, Londres. 1981, p. 155.

22 Michael Mc Conville, y John Baldwin *Courts, prosecution and conviction*. Clarendon Press, Oxford, 1981, p. 190.

pecíficas para gobernar su actuación (legalidad), supone una reflexión en torno a una discrepancia probablemente inadmisibles para la mayoría de los juristas, empeñados en una concepción hermenéutica del derecho donde la ley constituye su primera fuente; sin embargo, este enfoque podría contribuir a comprender la aplicación desigual del derecho según la distancia entre quienes lo aplican como agentes dotados de poder coactivo y la vulnerabilidad de quienes soportan el peso y las consecuencias de sus decisiones.

Policía, captura, retención e investigación del delito

El primer contacto que se tiene con ocasión de una intervención penal es con la policía. En esta fase, el conflicto entre presunta eficacia y tutela jurídica parece representar una tensión permanente. Aquí es donde se expresa con mayor visibilidad la polaridad entre lo formal y lo informal, y por ello conviene abordar las percepciones de los adolescentes sobre sus primeros contactos con la policía con ocasión de la investigación penal para determinar su responsabilidad. Una revisión de los relatos de los entrevistados permite afirmar que, entre los 18 sujetos, solo las dos adolescentes de género femenino no reportaron haber recibido tratos rudos, crueles o degradantes durante su detención e investigación. Los adolescentes de género masculino refirieron frecuentemente conductas tanto de violencia física como psicológica por parte de funcionarios policiales, en especial, de la policía de investigación penal, así como, en algunos casos, de parte de funcionarios militares. Se trata de patrones recurrentes, aparentemente *normalizados*, especialmente durante las detenciones, durante los interrogatorios, cuando se hacen requisas en los calabozos, y luego de ocurrir trifulcas, motines o fugas. Los maltratos variaron desde eventos singulares hasta regulares y reiterados. *Hijastro*, por ejemplo, refirió haber recibido *solamente una patada por el pecho porque prácticamente no quería decir que fui yo, yo me negué, siempre me negué*, agregando que el trato cambió cuando admitió haber cometido el homicidio. Pero en el otro extremo, *Barbero* refirió que *un primo de la víctima es PTJ y ordenaba atacarlo con frecuencia, con sus compañeros del comando*, llegando a describir una secuencia prolongada y detallada de maltratos aun habiéndose entregado voluntariamente en la delegación policial:

“...ahí me dieron una rumba...con bate por las nalgas, me amarraron las manos así con las esposas y me las doblaron pa’trás, me pusieron una bolsa como seis veces. Me la quitaban y cuando ya veían que ya no tenía aire me despertaban... con una cachetada...y me la volvían a poner (...) en todas las requisas me daban, me llamaban “Barbero párate” y me daban tres o cuatro batazos (...) a veces estaba así dormío y llegaban... un día me sacaron para un cuartico y me lanzaron

un gas pimienta, si no fuera sido porque partí un lavamanos, pa'agarrame de una ventana, me asfixiaba...”

Cantante comentó los maltratos sufridos para obtener evidencia incriminatoria, en este caso un arma de fuego:

“Director, venga acá un momento” y yo dije ‘yo sí lo maté’, ‘¿y la pistola?’; ahí si me dieron un poco de ¡pam, pum, pam!, palo para que la entregara, y yo ‘no hace falta que me estén pegando, yo la voy a entregar porque yo voy a asumir’, yo ya se lo conté a la juez”.

En algún caso la violencia física se asocia a la psicológica, incluyendo la proyectada hacia familiares o relacionados, *Tatuado* comentó:

“...entonces salió mi tía que estaba embarazada, fue que... y se llegó a la patrulla..., y la policía me dice ‘cállate’ y me dio una cachetada y me metió pa’dentro..., le decía ‘tú lo quieres, tú lo quieres...búscalo en la morgue porque lo que está es muerto’ a mí... era a quien le ponían la pistola en la cabeza (...) el policía se bajó como de aquí, yo estaba aquí y el policía se paró como por allá, se agachó y me apuntó, ‘presenta las manos, las manos’ y yo ponía las manos igualito, ‘presenta las manos chamo, las manos y pá... te voy a dar en la cara, en la cara’, ajá... ‘dime donde está el transporte público’, no sabía de qué me estaban hablando...”

Distintos cuerpos policiales participan en diversas formas de maltrato, aunque parece haber una especialización de la policía de investigaciones, que concluye preparando los documentos que fundamentan judicialmente la acusación del Ministerio Público y de alguna manera determina el resultado final del proceso. Al menos 50% de los adolescentes entrevistados narraron episodios de violencia que incluyeron combinaciones de *batazos, agentes irritantes como gas pimienta e insecticida, electricidad y asfixia*. *Futbolista* comentó este uso combinado, alterno y progresivo hasta lograr una autoinculpación y la promesa de mantenerla ante el tribunal cuando se presentase la oportunidad de declarar, bajo el supuesto de que es *voluntaria*:

“...la PTJ me fracturó una costilla...ellos decían que no me iban a liberar, que ‘tú eres cizañador, tú le decías al líder que lo matara, habla mamahuevo’ entonces después me dijeron que, me pusieron una venda y broma y me pusieron una bolsa con... como la broma esa con la que se mata las cucarachas... el baygon, ... y esa vaina me estaba quemando y broma, entonces yo decía ‘que no sabía, que no sabía, que no sabía’, después ... con la misma venda me daban vuelta, me daban cachetadas, ... después me daban por aquí, luego por arriba y me decían que qué iba a decir en los tribunales cuando subiera y yo ‘ah, que no sé nada que yo soy inocente...’, ‘no puedes decir eso, tienes que decir que tú fuiste’ y yo

‘¿cómo voy a decir algo que yo fui?, si yo no puedo asumir unos hechos que yo no hice’, ‘pero es que claro que sí, tú tienes que ver con eso’ y yo ‘ah bueno’ y ellos ‘¿qué vas a decir? ¿que los funcionarios te pegaron?’ y yo le iba a decir que sí, pero si iba a decir que sí, me iban a dar más duro, entonces yo ‘no, no, no’ (...) y ahí me sacaron para la silla, me pusieron en la silla esposado y al día siguiente me subieron a los tribunales”.

La insensibilización progresiva queda reflejada en este comentario de *Dateado*: *llega un momento en que no duele nada, de tanto golpe que te han dado...*

Mientras en casos de coparticipación una imputación múltiple sería lo más indicado, parece bastar con afincarse en el candidato más factible para resolver el caso, como ilustra este relato del más joven de los homicidas entrevistados, *Balines*, con solo 14 años de edad al momento de la ejecución del homicidio, donde se observa una instrumentalidad asociada a la expresividad del castigo:

“...nos agarraron a los cuatro ... nos tenían en la municipal y después nos llevaron para la LOPNNA y de la LOPNNA nos soltaron (...) y nos volvió a agarrar la guardia, pero ahí en ese momento estaba la familia del chamín y nos agarraron... y nos entregó con la PTJ (...) me pegaron corriente, y me pusieron una bolsa aquí para que no respirara (...) para que yo le dijera dónde estaba el niño (...) para ver si nosotros le habíamos hecho algo (...) estuve un mes, casi un mes en la PTJ (...) y no me pegaban todos los días, todos los días no, pero así como me pegaban, me pegaban así como es, no, solo que si pasaban me pegaban una patada, lepe, coñazo, así pero nada más así cuando pasaban”.

Fiscalía y tribunal durante el proceso de adjudicación de la responsabilidad.

Se observaron 15 casos de admisión de hechos (83%). Siete reconocieron su autoría o participación en diversos niveles, asumiendo la responsabilidad. *Impulsiva* manifestó arrepentimiento, en uno de los casos de homicidio frustrado; *Cantante* habló de remordimiento de conciencia, de conversaciones con Dios y hasta entregó la pistola, agregando que *le quería hacer era daño pero cuando le hice daño no me sentí bien*; *Dateado*, quien presencié cuando la víctima herida era trasladada al hospital, admitió los hechos desde la audiencia de presentación. Cuatro entrevistados reportaron haberse sentido presionados durante el proceso sin haber recibido asesoría de parte de la defensa para demostrar su inocencia. Estas admisiones de hechos no suponen asumir responsabilidad, sino un propósito de evitar un castigo más severo en función de la situación comprometedora en que se encuentran envueltos. *Futbolista* negó pertenecer a la banda señalada de participar en los hechos, insistiendo en que llegó a tribunales sin tener idea de lo que había ocurrido; *Mayorista* expresó *asumí por miedo, por temor que me*

pusieran más tiempo, y dado que frecuentaba a los autores reales, cobré yo; Hermanastro manifestó ¿por qué tengo que asumir lo que no hice? agregando no saber que se podía trasladar a la sede del tribunal mediante el tren suburbano y no haber querido perjudicar a su madre; Tatuado alegó haber recibido expresiones concordantes de la defensa, el Ministerio Público y el juez en el sentido que todo coincidía para atribuirle la autoría del hecho.

En cuatro casos los imputados eligieron enfrentar en un primer momento el procedimiento contradictorio, pero dado que el proceso se demoraba debido a los diferimientos de las audiencias, los traslados y las causas separadas seguidas a personas adultas coimputadas, decidieron admitir los hechos para concluir cuanto antes. *Barbero* reconoció su autoría en los hechos, aunque sostuvo que su madre no deseaba que asumiera debido a que desconocía que él era el autor; *Basquetbolista* explicó que *como veía que no hacían nada, siempre me diferían y broma y hablé con mi mamá pues, que yo igualito que era inocente pero si me daban una pena baja decidí asumir*; en el caso de *Testigo* el juicio también se extendió durante casi un año y *Conuquero*, quien admitió pertenecer a la banda que cometió el delito, afirmó que aunque el abogado le recomendó ir a juicio, esperando ser trasladado a tribunales *cuando me subieron...asumí*. Solo en dos casos (11%), se mantuvo la decisión inicial de afrontar el juicio esperando la conclusión del proceso contradictorio. *Frutera* manifestó haber recibido una oferta de ocho años de internamiento, que no aceptó, aunque hubiera aceptado seis, dado que *sentí que no tenía salida...de alguna u otra forma había participado y yo estaba consciente que lisa no me iba a ir*. *Cripy* manifestó haber recibido la opinión de sus padres en el sentido de afrontar el juicio y *porque como no tenía nada que ver, y yo les hice caso... aunque agregó que yo quería que sí, al principio, admitir los hechos para salir más rápido de ahí, pero me fui a juicio y perdí*.

Los resultados muestran que, como ya se ha establecido para los casos de adultos reclusos en centros penitenciarios²³, el procedimiento de admisión de los hechos es lo cotidiano en la administración de la justicia penal y alcanza a las ¾ partes de los casos con sentencia condenatoria. En el caso de estos adolescentes la proporción se podría elevar a las 4/5 partes de las condenas. Pero más allá de la proporción de los casos, emergen de estos relatos elementos para sostener que variados mecanismos informales, como imputaciones por extensión o por asociación, presiones combinadas de agentes independientes dentro del proceso penal y dilaciones indebidas o arbitrariedad en los traslados a los actos del juicio, contribuyen de forma importante a una decisión que antes de significar

23 Consejo Superior Penitenciario *Diagnóstico Sociodemográfico de la población penitenciaria en la República Bolivariana de Venezuela, 2010-2011*. Informe Técnico. Caracas, Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, 2011.

el reconocimiento legal y moral de la responsabilidad por el delito cometido, supone abreviar o conjurar maltratos, indefensión o prolongación indebidos del procedimiento penal, que hacen aparecer la menor condena recibida como un aliciente, incluso frente a situaciones en que se niega la propia participación en el delito procesado.

Coacción formal e informal en la construcción y decisión del caso penal

Los relatos de los adolescentes entrevistados pueden ser condensados en torno a las siguientes apreciaciones. En cuanto a la participación de la policía en la fase de investigación, una impresión generalizada de maltrato físico y psíquico, incluyendo formas de violencia que se manifiesta tanto en la instrumentalidad para obtener la autoinculpación, como en la expresividad para manifestar censura y denigración, probablemente facilitadas por la percepción de los adolescentes como débiles, desprestigiados o moralmente devaluados. En cuanto a la admisión de los hechos como alternativa al juicio contradictorio, una prevalencia generalizada y condicionada por actos de coacción explícita o implícita, donde diversos agentes quienes, pese a la diferenciación orgánica y funcional, se conjugan en una suerte de sinergia para obtener el resultado final, mientras la libertad de elección del imputado queda severamente comprometida.

Lo informal, como ausencia de protocolo, queda claramente evidenciado en estos relatos. Si bien la policía tiende a ejercer controles informales sobre los jóvenes en función de la devaluación moral, lo cual ha sido específicamente documentado para el caso venezolano²⁴, de los relatos en esta investigación se desprende que la *forma usual* de construir el caso penal se basa en la inducción violenta de la autoinculpación, frente a candidatos sospechosos o no, como una forma de obtener un producto, el proceso y la condena, anticipado como deseable y, probablemente, exigido como cuota de productividad²⁵. Los policías reafirmarían de este modo su interés como agentes de un proceso penal que procura, como complemento, la aplicación de un castigo formal frente al situacional e inmediato que

24 Luis Gerardo, Gabaldón, “Empoderamiento juvenil y control policial informal”, art. cit. supra.

25 Luis Gerardo, Gabaldón, Yoana Monsalve-Briceño, y Carmelo Boada Tomé, “La construcción policial del caso penal en Venezuela”, en Antillano, Andrés (Compilador) *Qué es, cómo se hace y para qué sirve el trabajo policial*, Ensayos sobre desempeño y evaluación de la policía, vol 3. Consejo General de Policía, Caracas, 2010, pp. 110-124. Andrés Antillano, Iván Pojomovsky, Alejandra Bastardo, Ivonne Torres y David Palís, “¿Qué hace el CICPC? Descripción de las actividades rutinarias de investigación de un grupo de detectives”, en *Diagnóstico y propuestas de reforma del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas*. Consejo General de Policía, Caracas, 2012, pp. 39-53.

aplican a un “cliente”²⁶. Lo que orientaría la actividad policial no sería tanto la resolución del homicidio mediante la identificación y castigo del culpable, sino el señalamiento de un *culpable* (sea o no el autor del homicidio) que pueda justificar una condena. Se trataría de *confesiones coaccionadas conformes*, cuando se confiesa falsamente para escapar de una consecuencia adversa o evitar una amenaza explícita o implícita²⁷. Parece claro que la vulnerabilidad socioeconómica de los adolescentes, quienes provienen casi en su totalidad de los sectores más carenciados de la población, facilita y normaliza este uso incrementado de la coacción.

El empleo de la coacción extrema para que se admita dicha culpabilidad, pese a todas las salvaguardas procesales para garantizar la defensa y la discusión de las pruebas, se manifiesta desde el inicio, conduciendo a lo que se ha señalado como *proclamación pública de la culpabilidad*²⁸. Esta proclamación sigue, pues, a la utilización de medios altamente coactivos, informales e ilegales. El conocimiento que, según algunos de estos relatos, se tenía de otros homicidios cometidos con anterioridad, sin que se hubiesen investigado y procesado, muestra no solo la discrecionalidad policial y su arbitraje en el proceso penal, sino la facultad para decidir quién y cuándo debe ser imputado, procesado y condenado por homicidio. La actividad de control que sobre esta decisión inicial debería ejercer el Ministerio Público no se manifiesta; su intervención se produce en un momento tardío cuando ya el candidato a ser sentenciado ha sido seleccionado y presentado para la convalidación de la decisión policial. Si bien la confesión no es prueba válida y menos en sede policial, la práctica de obtenerla funciona como un paso que facilita corroborar la culpabilidad mediante la admisión de los hechos, en cualquier fase del proceso, dado que, según muestra la experiencia, más peso tienen las confesiones que las declaraciones de testigos presenciales²⁹.

Este proceso de admisión de los hechos se produce mediante el empleo adicional de mecanismos informales y coactivos en los cuales participan fiscales, jueces y hasta los mismos defensores, algo que también ha sido descrito para el medio anglosajón y para lo cual se ha alegado sobresaturación de casos³⁰. A diferencia de lo que sucede en el sistema anglosajón, donde la rebaja de la pena por admisión de culpabilidad (*guilty plea*) no está tarifada por la ley y es discrecional, en el sistema venezolano, dada la tarifa de la rebaja y su procedencia en todo caso,

26 Yoana Monsalve-Briceño, “Repercusiones del sistema de justicia en el castigo policial”, *Capítulo Criminológico*, 34, 1, 2006, pp. 5-32.

27 María Navamuel Nieto, y Rafael Manuel López Pérez, “Persuasión en el interrogatorio policial: una revisión sistemática”, *Behavior and Law Journal*, 3, 1, 2017, pp. 11-25.

28 Michael Mc Conville, y John Baldwin, *Ibid.*, p. 190

29 María Navamuel Nieto, y Rafael Manuel López Pérez, *Ibid.*, p. 21.

30 Doreen Mc Barnet, , *Ibid.*, cap. 4; Bottomley, A. Keith, *Ibid.*, pp. 105-108.

se facilita el cálculo para la negociación aunque, como ilustran varios relatos, los jueces conservan discreción para las rebajas de pena y para la combinación de medidas privativas y no privativas de libertad, aplicando condenas consecutivas. Aunque varios expertos y operadores del Sistema Penal de Responsabilidad de Adolescentes han sugerido que el propósito de dicha figura legal es reconocer formalmente un arrepentimiento sincero que produce como premio la rebaja de la pena³¹, nada de eso está expreso en el texto legal y mucho menos figura en la motivación de los funcionarios que la procuran y aplican. En este sentido, tiende a ser aceptado en todas partes del mundo que el propósito de la figura es ahorrar tiempo y recursos a un sistema que de otro modo se vería rebasado por el volumen de los casos ingresados. Si bien estas interpretaciones podrían discutirse, e independientemente de la finalidad o motivación subyacente, la admisión de los hechos debería mantener en cualquier caso su condición protocolar y formal. Lo que resulta no protocolar e informal es el acuerdo explícito entre fiscales, jueces y defensores para proponerla, lo cual ha quedado evidenciado en alguna entrevista, así como el cambio de condiciones ofrecidas una vez aceptada, como se manifiesta en alguna otra. Es evidente que dicha figura disminuye las posibilidades de la defensa técnica pero, además, opera mediante mecanismos que violentan formas y normas procesales explícitas. En este contexto, no es de extrañar la percepción negativa generalizada que manifiestan los adolescentes sentenciados sobre el procedimiento al cual fueron sometidos. Un informe de UNICEF, basado en una encuesta sobre adolescentes sancionados en diversas regiones en Argentina, permitió determinar que el 71% no conocía el tiempo de detención que deberían cumplir en el centro de internamiento y más del 50% indicó no haber tenido nunca contacto con el juez del caso, mientras se detectaron dificultades en la comunicación del significado de las actuaciones judiciales entre los procesados³².

En nuestro caso, incluso quienes no manifestaron queja explícita sobre el retardo, experimentaron dichos retardos en contravención con los lapsos procesales. Y quienes más denunciaron el retardo describieron diferimientos de audiencias y actos, falta de traslados a la sede del tribunal o viajes frustrados y costosos, incluyendo el extremo de tener que llevar, los familiares del victimario, a testigos de la fiscalía, boletas y notificaciones para comparecer. Todo ello muestra cómo ese proceso puede violentar las exigencias y parámetros de la legalidad, sin que haya modo efectivo de corregirlo, salvo mediante la renuncia a defenderse y admitir

31 Carla Serrano, , Erna Perfetti, y Jhon Martínez, *Reflexiones en torno al Juicio Educativo previsto en la LOPNA: a través de entrevistas hechas en Caracas durante el 2005*. Informe técnico, 2006. <http://saber.ucab.edu.ve/handle/123456789/19821> (último acceso: 22 de mayo de 2021)

32 UNICEF *Las voces de las y los adolescentes privados de libertad en Argentina*. (Autoría de Matías Bruno, Mariángeles Misuraca y Hernán Monath). Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Buenos Aires, 2018.

la culpabilidad con la esperanza de obtener una condena atenuada. Cuando se trata de sujetos que fueron falsamente imputados, esta decisión no solo responde a una coacción informal extrema, sino que viola tanto los principios de justicia procedimental como los de justicia sustantiva.

Conclusiones y perspectivas

En este artículo se abordaron las garantías procesales, la formalidad en el proceso de investigación, la adjudicación de la responsabilidad penal y el constreñimiento más allá de lo que implica como tal el mismo proceso penal, como expresiones de mayor intensidad del derecho aplicado a sujetos vulnerables y con escaso poder de reclamo social. Se ha procurado un acercamiento a la contextualización y percepción de adolescentes condenados por homicidio sobre el control formal e informal a través de la coacción, con ocasión del castigo legal. La apreciación que hemos obtenido de los comentarios de los adolescentes, en cuanto al proceso penal en sí mismo, apunta a una percepción de elevada coacción, tanto física como psíquica, así como de garantías muy disminuidas, durante el desarrollo del proceso desde la investigación hasta la sentencia. Que tal coacción sea la expresión de una *informalidad* que multiplica y expande la coacción más allá del protocolo legal³³, parece evidenciarse en estos relatos, donde la fuerza física y moral se convierte en un recurso fundante para la incriminación legal y desafía las concepciones jurídicas modernas que fundamentan el estado de derecho, en el sentido de requerir una *coacción protocolizada*.

Un hallazgo colateral es que las vivencias de la fase ejecutiva de la sentencia, cumplida en un centro especializado para adolescentes, y en pocos casos en una dependencia policial habilitada para ellos, parecen ser distintas de aquellas durante el enjuiciamiento. A diferencia de lo que sucede con la jurisdicción penal de adultos, en la cual la ejecución penal tiende a ser percibida por los penados como la continuación natural del proceso como castigo³⁴, los comentarios adolescentes apuntan hacia una percepción más amigable de la privación de la libertad como sanción. Ello pareciera indicar la discontinuidad de estilos y lógicas agenciales entre ambas fases, lo cual podría incidir en una percepción diferenciada sobre la *formalidad, la coacción y las garantías* entre ambos momentos. De modo que en materia de adolescentes podríamos estar asistiendo a una distinción entre una *coacción informal para procesar y condenar*, manifiesta en el desarrollo del proceso penal, y una *coacción formal para disciplinar y readaptar* dentro del sistema de cumplimiento de medidas. Esta cuestión requiere mayor investigación y la

33 Luis Gerardo Gabaldón, “La coacción entre lo público y lo privado”, *Espacio Abierto*, 24, 4, octubre-diciembre, 2015, pp. 5-15. Luis Gerardo Gabaldón, 1990, *Ibid.*, *passim*.

34 Yoana Monsalve Briceño, 2020, *Ibid.*, pp. 332-333.

ampliación de muestras de casos y situaciones para otros delitos, circunscripciones territoriales y poblaciones de adolescentes, variables todas que podrían tener incidencia en la combinación entre coacción formal e informal. Nuestros hallazgos, en todo caso, permiten dudar que el sistema de responsabilidad penal de adolescentes funcione, en la práctica, como un sistema de garantías y de minimización de la coacción como monopolio del estado, tal como se postula en las convenciones internacionales y en la legislación interna. El sistema penal que experimentaron estos adolescentes entrevistados no se caracterizó por motivar sus decisiones con base estricta en los hechos evidenciados y el derecho aplicable, ni por deducir la responsabilidad a través de elementos de convicción y medios de prueba sustentados y validados, lo cual se aleja, no solamente de los principios de la Doctrina de la Protección Integral, sino de las garantías constitucionales y legales modernas sobre el debido proceso. De estos testimonios se desprende que principios como presunción de inocencia, respeto a la dignidad, concentración, información clara y precisa de los motivos de la investigación, significado de las actuaciones procesales y las decisiones que se produzcan, no fueron preservados. Si bien tendencias contemporáneas recientes insisten en la conveniencia de diversificar las medidas para enfrentar la delincuencia juvenil, el procesamiento penal queda abierto como opción para las infracciones más graves, y la tendencia internacional se manifiesta en muchos países a través de la persecución penal como adultos de jóvenes antes protegidos por jurisdicciones especializadas y mediante el incremento sustantivo de las penas. Pero no se debería agregar a este tratamiento penal, en sí mismo coactivo, la informalidad de la coacción mediante el relajamiento de los protocolos estatutarios, arrollando los principios fundamentales que garanticen un juicio justo. La comprensión de la dinámica entre proceso penal y ejecución de la sanción requiere, a la luz de estos hallazgos, de nuevas reflexiones sobre la criminalización de hecho, el sometimiento, la estigmatización, la negociación de identidades, el juicio educativo y la progresividad de las sanciones aplicables a los adolescentes, donde el juego y el intercambio de estilos y significados probablemente obedecen a un sistema híbrido que se desplaza entre la sumisión y la disciplina de su clientela, independientemente del modelo procesal que se predica como aplicable y conveniente.

Bibliografía

ANTILLANO, Andrés, POJOMOVSKY, Iván, BASTARDO, Alejandra, TORRES, Ivonne y PALÍS, David “¿Qué hace el CICPC? Descripción de las actividades rutinarias de investigación de un grupo de detectives”, en *Diagnóstico y propuestas de reforma del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminológicas*. Consejo General de Policía, Caracas, 2012, pp. 39-53.

- BIRKBECK, Christopher “El significado de la adolescencia para la Criminología”, en GUZMÁN DÁLBORA, J.L. y SERRANO MAÍLLO, A. (Editores) *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 157-169.
- BLACK, Donad “La organización social del arresto”, en Andrés ANTILLANO, (Compilador) *Qué es, cómo se hace y para qué sirve el trabajo policial*. Ensayos sobre desempeño y evaluación de la policía, vol. 2. Consejo General de Policía, Caracas, 2010, pp. 37-58.
- BOTTOMLEY, A. Keith, *Decisions in the penal process*. Martin Robertson, Oxford, 1973.
- CARCELLER-MAICAS, Natalia “Mundos vitales de palabras: análisis del sufrimiento adolescente mediante narrativas de malestar”, en *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 16, 1, 2018, pp. 269-283.
- CLOWARD, Richard y OHLIN, Lloyd “Illegitimate means and delinquent subcultures”, en Henry N. PONTELL, (Editor), *Social Deviance, Readings in Theory and Research*, Prentice Hall, New Jersey, 1996, pp. 56-60.
- COHEN, Albert K. “A Theory of Subcultures”, en RUBINGTON, Earl y WEINBERG, Martin S. (Editores), *Deviance, the Interactionist Perspective*, Macmillan, New York, 1981, pp. 262-263.
- CONSEJO SUPERIOR PENITENCIARIO *Diagnóstico Sociodemográfico de la población penitenciaria en la República Bolivariana de Venezuela, 2010-2011*. Informe Técnico. Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, Caracas, 2011.
- DUFEE, David E. *Explaining Criminal Justice*. Prospect Heights, Waveland Press, 1980.
- FERNÁNDEZ, María Cecilia “La mirada de los jóvenes sobre el castigo en la Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2015” en *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 17, 2, 2019, pp. 1-30.
- GABALDÓN, Luis Gerardo “La situación y su percepción en el homicidio: relatos de homicidas en Venezuela”, en GABALDÓN, Luis Gerardo (Edición e Introducción) *Homicidio, riesgo, significado y castigo*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2020, pp. 141-168.
- GABALDÓN, Luis Gerardo “El homicidio y su caracterización situacional: entre lo cuantitativo y lo cualitativo”, *Dilemas*, 11, 3, Septiembre-Diciembre, 2018, pp. 361-384.
- GABALDÓN, Luis Gerardo “Empoderamiento juvenil y control policial informal”, *De Prácticas y Discursos*, 4, 4, 2015, pp. 1-19.

- GABALDÓN, Luis Gerardo “La coacción entre lo público y lo privado”, *Espacio Abierto*, 24, 4, octubre-diciembre, 2015, pp. 5-15.
- GABALDÓN, Luis Gerardo “Control social informal y prevención del delito”, en ANIYAR DE CASTRO, Lola (Editora) *Criminología en América Latina*, Unicri, Roma, 1990, pp. 91102.
- GABALDÓN, Luis Gerardo, MONSALVE-BRICEÑO, Yoana y BOADA TOMÉ, Carmelo “La construcción policial del caso penal en Venezuela”, en ANTILLANO, Andrés (Compilador) *Qué es, cómo se hace y para qué sirve el trabajo policial*, Ensayos sobre desempeño y evaluación de la policía, vol 3. Consejo General de Policía, Caracas, 2010, pp. 110-124.
- GABALDÓN, Luis Gerardo y SERRANO, Carla Suyín *Violencia urbana: Perspectivas de jóvenes transgresores y funcionarios policiales en Venezuela*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001.
- GOTTFREDSON, Michael R. y HIRSCHI, Travis *A General Theory of Crime*. Stanford University Press, Stanford, 1990.
- LUHMANN, Niklas “Ends, domination and system”, en LUHMANN, Niklas *The differentiation of society*, Columbia University Press, Nueva York, 1982, pp. 20-46.
- MC BARNET, Doreen *Conviction: Law, the State and the construction of Justice*. Macmillan Press, Londres, 1981.
- MC CONVILLE, Michael y BALDWIN, John *Courts, prosecution and conviction*. Oxford. Clarendon Press, 1981.
- MONSALVE-BRICEÑO, Yoana “Procesamiento penal y percepción del castigo entre homicidas”, en GABALDÓN, Luis Gerardo (Edición e Introducción) *Homicidio, riesgo, significado y castigo*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2020, pp. 313-343.
- MONSALVE-BRICEÑO, Yoana “Repercusiones del sistema de justicia en el castigo policial”, *Capítulo Criminológico*, 34, 1, 2006, pp. 5-32.
- NAVAMUEL NIETO, María y LÓPEZ PÉREZ, Rafael Manuel “Persuasión en el interrogatorio policial: una revisión sistemática”, *Behavior and Law Journal*, 3, 1, 2017, pp. 11-25.
- RAMÍREZ HERNÁNDEZ, N. (Directora) *Interacciones entre adolescentes y policía en la Ciudad de México, Informe Temático*. México. Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, 2020, pp. 156.
- REISS, Albert J. y ROTH, Jeffrey A. (Editores) *Understanding and Preventing Violence*. National Research Council. National Academy Press, Washington, 1993.

- RODRÍGUEZ, Juan Antonio “Conversando con homicidas: ¿solo excusas y justificaciones?” en GABALDÓN, Luis Gerardo (Edición e Introducción) *Homicidio, riesgo, significado y castigo*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2020, pp. 215-246.
- SERRANO, Carla y GABALDÓN, Luis Gerardo “El homicidio a través del relato de victimarios adolescentes”, en GABALDÓN, Luis Gerardo (Edición e Introducción) *Homicidio, riesgo, significado y castigo*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2020, pp. 247-279.
- SERRANO, Carla, PERFETTI Erna y MARTÍNEZ Jhon *Reflexiones en torno al Juicio Educativo previsto en la LOPNA: a través de entrevistas hechas en Caracas durante el 2005*. Informe técnico, 2006. <http://saber.ucab.edu.ve/handle/123456789/19821> (último acceso: 22 de mayo de 2021)
- SUTHERLAND, Edwin H. “Differential Association” en PONTELL, Henry H., (Editor), *Social Deviance, Readings in Theory and Research*, Prentice Hall, New Jersey, 1995, pp. 160-162.
- UNICEF *Las voces de las y los adolescentes privados de libertad en Argentina*. (Autoría de Matías BRUNO, Mariángeles MISURACA y Hernán MONATH). Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Buenos Aires, 2018.
- WILKINSON, Deanna y FAGAN, Jeffrey “A Theory of Violent Events”, en MEIER, Robert F., KENNEDY, Leslie W. y SACCO, Vincent F. (Editores) *The Process and Structure of Crime, Criminal events and crime analysis*. Transaction, New Brunswick, 2001, pp. 169-195.
- WOLFGANG, Marvin E. y FERRACUTI, Franco *The subculture of violence*. Tavistock, Londres, 1967.

La inmunidad (de jurisdicción) de la República en el arbitraje (comercial) internacional en el marco de la Constitución de Venezuela de 1999

Eugenio Hernández-Bretón¹

“Somos venezolanos, no aceptaremos esas imposiciones. Las decisiones de los árbitros son una farsa. O es que suponen estos viejos Caballeros que Venezuela es un país de salvajes, en que pueden despotricar a diestra y siniestra. Es necesario que se den cuenta de que tienen ante ellos a un pueblo y al general Castro... que no tolerarán semejante tratamiento. Sepan esto, árbitros y comisionados -y mientras más pronto lo sepan tanto mejor para ustedes- ustedes creen que somos corderos, porque nunca han visto nuestras garras. Pero somos tigres y leones. Tengan cuidado, por tanto.” Texto publicado en *El Pregonero*, Caracas, septiembre 1903, reproducido en *The New York Times*, 12 de septiembre de 1903, p. 5.

Sumario: Introducción al planteamiento del problema bajo estudio. I. El poder jurisdiccional del Estado y sus límites. II. Del problema terminológico al problema conceptual. III. El debate político-constitucional en torno al arbitraje internacional y los artículos 1 y 151 de la Constitución. Conclusiones.

Introducción al planteamiento del problema bajo estudio.

Para conmemorar los 50 años del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, su Director, el distinguido profesor César Carballo Mena, me ha solicitado un estudio sobre el tema que identifica el título de este artículo -al cual le he hecho unas pequeñas adiciones, colocada entre paréntesis-, el cual es, sin la menor duda, uno de “los temas más trascendentales en el país”, según lo relata el mensaje de invitación a participar en este muy merecido reconocimiento al Instituto que tan importantes colaboraciones ha hecho a la

1 Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila; Coordinador de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, Jefe de Cátedra y profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Central de Venezuela; Individuo de número y expresidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

ciencia jurídica nacional. Hechos los señalamientos anteriores hemos delimitado con mayor precisión el tema tratado en estas páginas².

El tema propuesto, desde la particular perspectiva venezolana, tanto en lo que respecta a la jurisdicción, como potestad soberana, como en lo tocante al arbitraje, en cuanto derecho fundamental y parte integrante del sistema nacional de justicia, se enmarca en la intersección entre el derecho internacional público

- 2 De esta forma dejamos fuera del alcance de estos comentarios lo relativo al arbitraje internacional de inversiones y al arbitraje internacional entre Estado soberanos. Respecto del primero ver Victorino J. Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Colección Estudios Jurídicos No. 97, 2012. Igualmente, remitimos al lector al artículo 34 de la Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos, *Gaceta Oficial* No. 6583 Extraordinario, 12.10.2020, cuyo texto reza: “La República y sus entes podrán acordar con sus socios e inversionistas, por el plazo establecido contractualmente, cláusulas de protección de la inversión y de resolución de controversias, a los fines de generar confianza y estabilidad. El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de economía y finanzas y la Procuraduría General de la República emitirán conformidad previa, antes de la suscripción de los contratos que contengan estas disposiciones.” Respecto del arbitraje entre Estados soberanos ver el artículo 155 de la Constitución que reza: “En los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la República celebre, se insertará una cláusula por la cual las partes se obliguen a resolver por las vías pacíficas reconocidas en el derecho internacional o previamente convenidas por ellas, si tal fuere el caso, las controversias que pudieren suscitarse entre las mismas con motivo de su interpretación o ejecución si no fuere improcedente y así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración.” En cuanto a esto ver Eduardo Plaza, “La cláusula constitucional en materia de solución pacífica de controversias internacionales”, *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, No. 46, Caracas, Noviembre 1946, pp. 8 y ss. Por su parte, el artículo 6° de la Ley Orgánica para la Defensa de la Guayana Esequiba, *Gaceta Oficial* No. 6798 Extraordinario, 3.4.2024, establece: “La República Bolivariana de Venezuela no someterá a mecanismos de resolución de controversias por parte de terceros, incluyendo arbitrajes y la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, los asuntos relacionados con su independencia e integridad territorial. El Ejecutivo Nacional hará reserva expresa en todo tratado internacional que prevea mecanismos de resolución de controversias por parte de terceros, excluyendo de la aplicación de tales mecanismos todos los asuntos relacionados con sus intereses vitales, tales como la independencia e integridad territorial. La República Bolivariana de Venezuela hará uso de los medios procesales disponibles para rechazar las pretensiones de cualquier tribunal o Corte, incluidos los tribunales arbitrales y la Corte Internacional de Justicia, de atribuirse jurisdicción para conocer o resolver asuntos relacionados con su independencia e integridad territorial. Las funcionarias y los funcionarios públicos, autoridades y representantes de los Poderes Públicos, así como los ciudadanos y ciudadanas, se abstendrán de ejecutar, hacer ejecutar o colaborar en la ejecución de laudos, sentencias, órdenes o cualquier tipo de decisión, interlocutoria o definitiva, emanada de algún tribunal o Corte cuya jurisdicción no fuere reconocida por la República, salvo que dichas decisiones consistan en el rechazo de la jurisdicción o el reconocimiento de la falta de jurisdicción, de los mencionados tribunales o cortes, para conocer o resolver asuntos relacionados con su independencia e integridad territorial.”

y el derecho interno venezolano³, más concretamente el derecho constitucional y el derecho procesal civil internacional venezolanos, este último como parte del objeto amplio de estudio del derecho internacional privado⁴. De tal suerte, el régimen jurídico de la inmunidad jurisdiccional resulta ser el producto de una mixtura jurídica que “complica las cosas” y “crea considerables tensiones”⁵ al tratarse de una doctrina que encuentra su fundamento en el derecho internacional, pero que en la práctica es aplicada por los tribunales nacionales según los criterios propios de la *lex fori*⁶.

Ahora bien, por las razones que expondremos más adelante en este trabajo, el examen del problema de la llamada “inmunidad de jurisdicción” de la República en el arbitraje internacional en el marco de la Constitución de 1999 lo que concretamente plantea es dilucidar la cuestión jurídica acerca de si la Constitución de 1999 permite o prohíbe a la República, como sujeto de derecho, actuando en el ámbito del derecho privado, público o internacional, que pueda someter las controversias derivadas de las relaciones jurídicas en las que sea parte, particularmente las derivadas de asuntos de carácter contractual, a la decisión de árbitros que resuelvan en el extranjero.

- 3 Así el profesor Rengel Romberg, parafraseando a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, “Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción”, *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, EJE, Buenos Aires, 1946, p. 767, nota 11, decía “de la jurisdicción, sabemos lo que es, pero no dónde está (si en el Derecho Procesal o en el Constitucional)”, en Aristides Rengel Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (según el Nuevo Código de 1987)*, Volumen I, Editorial Arte, Caracas, 1992, p. 97. A su vez, el profesor Hess al referirse a la inmunidad de jurisdicción expresa: “*It is the special feature of State immunity that it is at the point of intersection of international law and national procedural law*”, en Burkhard Hess, “The International Law Commission’s Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their Property”, *European Journal of International Law* 4 (1993), pp. 269 y ss., esp. p. 271.
- 4 Siguiendo a Sánchez-Covisa, hay que tomar en cuenta que el derecho procesal civil internacional se encuentra en una zona fronteriza entre el derecho procesal y el derecho internacional privado. En tal sentido, apuntaba que: “El hecho de que las concepciones y categorías de los procesalistas, que constituyen el punto de partida necesario del problema, se construyan normalmente para un ordenamiento jurídico único, ha perturbado, en cierto modo, la visión de un tema que parte de la existencia de una pluralidad de órdenes jurídicos y que, como tal, requiere la perspectiva visual del internacionalista.”. Ver Joaquín Sánchez-Covisa, “La función de la declaración de eficacia (exequatur) y los efectos de las sentencias extranjeras de divorcio”, *Obra Jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa*, Ediciones de la Contraloría General de la República de Venezuela, Caracas, 1976, pp. 415 y ss., esp. p. 421
- 5 Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2008, p. 1.
- 6 Hess, ob. cit., *idem*; Fox, ob. cit., *idem*.

Adicionalmente, el tema del arbitraje con entes del Estado venezolano a la luz de las disposiciones constitucionales no es un tema sencillo, a veces es más un asunto de radicales apreciaciones políticas que un tema de consideraciones jurídicas, ejemplo de ello es la cita con la que iniciamos este trabajo, que además es reflejo de un incesante discurso histórico-retórico, conducente -a menudo- a conclusiones contradictorias, resultado de análisis incorrectos, al cual ya hemos dedicado algunos estudios a los cuales remitimos a los interesados⁷.

El poder jurisdiccional del Estado y sus límites

La jurisdicción, como *facultas jurisdictionis*, ha sido reconocida como potestad estatal que deriva de la soberanía atribuida a cada Estado, en tanto se trata de un sujeto de derecho internacional público, que consiste en el poder abstracto para conocer y decidir casos o asuntos que involucren a los sujetos de derecho con la fuerza de la cosa juzgada y, de ser necesario, recurrir a la fuerza pública para hacer cumplir lo decidido⁸. El ejercicio de dicho poder jurisdiccional no es -al menos en la práctica- ilimitado. Los límites al ejercicio de la jurisdicción vienen impuestos desde dos frentes: externo e interno. Los límites externos del ejercicio de la función jurisdiccional los establece el derecho internacional público, mientras que los límites internos los impone el ordenamiento jurídico del Estado interesado.

En cuanto a los límites externos impuestos al ejercicio de la facultad o potestad jurisdiccional si bien es tema de discusión la extensión de dichos límites, la llamada inmunidad de jurisdicción es comúnmente aceptada, como norma consuetudinaria de derecho internacional⁹. De tal manera, la regla *par in parem*

7 Ver nuestros trabajos “El arbitraje internacional con Entes del Estado venezolano”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 147, Caracas, Enero-Diciembre 2009, pp. 141 y ss.; “El arbitraje y las normas constitucionales en Venezuela: Lo malo, lo feo y lo bueno”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 149, Caracas, Julio-Diciembre 2010, pp. 391 y ss.; (con Ivette Esis), “Capítulo XXIII Venezuela”, Adriana Zapata de Arbeláez, Silvia Barona Vilar, Carlos Esplugues Mota (Directores), *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 719 y ss.; “Las recientes transformaciones jurisprudenciales del arbitraje en Venezuela”, *Arbitraje en Venezuela. Colección Estado de Derecho*, Tomo VII, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Acceso a la Justicia, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Universidad Metropolitana (UNIMET), Caracas, 2012, pp. 5 y ss.

8 Nuestro trabajo “Domicilio del Demandado” (Comentario al artículo 39 de la Ley de Derecho Internacional Privado), Tatiana B. de Maekelt, Ivette Esis V. y Carla Resende (Coords.), *Ley de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, pp. 973 y ss., pp. 976 y s.

9 Ver Corte Internacional de Justicia, Decisión del 3 de febrero de 2012, Jurisdiccional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening), Judgment, *I.C.J. Reports 2012*,

non habet jurisdictionem se ha impuesto como una regla tendiente a asegurar la pacífica convivencia entre Estados soberanos que gozan de igualdad entre ellos, haciendo respetar también el principio de no intervención en los asuntos internos de los otros Estados. En este sentido, se afirma que los tribunales de un Estado no pueden conocer de juicios en los cuales sean parte otros Estados soberanos sin el consentimiento de los mismos. Dejamos aquí de lado la discusión acerca de los criterios para concretizar dicha regla y su evolución en Venezuela¹⁰.

Además de los límites externos impuestos desde el derecho internacional público, le corresponde a cada Estado soberano fijar los límites internos, positivos y negativos, respecto del ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Estado interesado. Es decir, cada Estado se autoimpone los límites al ejercicio de su propia jurisdicción (jurisdicción directa) y sin que ningún tercer Estado le pueda imponer límites al ejercicio de dicha función (principio de autolimitación autónoma y expresa de la jurisdicción nacional). Cada Estado soberano, dentro de los escasos límites que le impone el derecho internacional público, hoy en día más bien manifestaciones concretas de los derechos humanos desde su perspectiva de los derechos y garantías procesales fundamentales¹¹, como lo pueden ser el derecho de acceso a la justicia, a la tutela jurisdiccional efectiva (incluida la prohibición de la denegación de justicia), el derecho a la presunción de inocencia, al debido proceso y a la defensa, fija los casos en que ejerce o no ejerce su poder jurisdiccional.

De tal manera, en el caso venezolano tendríamos que solo Venezuela -y nadie más que Venezuela- puede fijar los criterios atributivos de jurisdicción de los órganos del Poder Público venezolano, estableciendo o limitando mediante ellos el ejercicio de la función jurisdiccional que le corresponde al Estado venezolano.

p. 99 y ss. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>, consultado el 5 de mayo de 2025.

- 10 Ver los trabajos recientes de Andrea Olivares Hernández y José Antonio Briceño Laborí, “La inmunidad de jurisdicción y su tratamiento por la jurisprudencia venezolana”, *El Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, No. 2, 2020, pp. 299 y ss. Disponible en: http://saber.ucv.ve/ojs/index.php/rev_adipc/issue/view/2131, consultado el 5 de mayo de 2025; y de José Antonio Briceño Laborí, “La inmunidad de jurisdicción en el Tribunal Supremo de Justicia (2021-2023)”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, No. 140, 2024, pp. 247 y ss.
- 11 Claudia Madrid Martínez, “Derechos humanos y Derecho internacional privado. A propósito de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2021”, *El Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, No. 7, 2025, pp. 367 y ss. Disponible en: https://www.mdipucucv.com/files/ugd/f5426d_495df9b859f642c79894c67d8b5f976a.pdf, consultado el 19 de mayo de 2025.

De la misma forma, Venezuela carece de la competencia desde el punto de vista del derecho internacional público para limitar o fijar los criterios atributivos de jurisdicción que corresponden a terceros Estados. En suma, rige en esta materia el principio de exclusividad de la competencia del Estado interesado para establecer la extensión de su propio poder jurisdiccional sin que un Estado pueda invadir la competencia que solo le corresponda a los otros Estados para regular el ejercicio de su propia función jurisdiccional. Cada Estado tan solo verifica si una determinada litis le corresponde o no al conocimiento de sus propios órganos jurisdiccionales sin que simultáneamente indique o pueda indicar si la misma litis está excluida del conocimiento de esos otros Estados o si le corresponde al conocimiento de algún otro Estado.

Adicionalmente, resultado de los postulados anteriores, es que en ausencia de un legislador universal común a todos los Estados soberanos, y a falta de tratados internacionales que regulen la materia, no hay una repartición o distribución de potestades jurisdiccionales entre todos los Estados soberanos o criterios atributivos de jurisdicción comunes a todos los Estados soberanos. Se afirma -acertadamente- que el establecimiento de la llamada jurisdicción exclusiva o concurrente, que en consecuencia son conceptos ajenos en materia de jurisdicción directa, solo resultaría de un examen simultáneo de la cuestión desde la perspectiva de diversos Estados. A su vez, consecuencia de lo anterior es el rechazo de las expresiones jurisdicción exclusiva y concurrente en lo que versa sobre la atribución directa de jurisdicción (jurisdicción directa) que puede hacer un Estado soberano respecto de los órganos de su propio poder público. Ahora bien, lo que sí es posible es que, siendo de la competencia exclusiva de los Estados fijar los presupuestos para la eficacia de los actos soberanos extranjeros en su propio territorio, en especial en lo relativo a las sentencias extranjeras, cada Estado pueda negar efecto a un acto extranjero cuando ese acto extranjero ha sido dictado en ejercicio de la función jurisdiccional basada en criterios que a los ojos del Estado receptor de los efectos de alguna sentencia extranjera no son considerados como apropiados o razonables (jurisdicción indirecta) o si el acto extranjero ha sido pronunciado en ejercicio de poderes que el Estado venezolano considera que exclusivamente corresponden a sus propios órganos jurisdiccionales y a los cuales reserva el conocimiento de la causa en cuestión (arrebato de la jurisdicción¹²), lo cual debería li-

12 El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define “Arrebato de la jurisdicción” así: “Int. priv. Situación que se produce cuando un tercer Estado ha dictado sentencia en un caso, asumiendo jurisdicción o competencia procesal internacional según sus propias normas, pero cuya decisión no será reconocida como eficaz en el territorio del Estado donde se quieran hacer valer tales efectos, por considerar este último que solo este Estado tiene la jurisdicción o competencia procesal internacional exclusiva para conocer y decidir el caso.”

mitarse a casos extremos y particulares¹³. Entonces, resultaría que la jurisdicción exclusiva venezolana serviría como freno a la eficacia de las sentencias extranjeras, pues el término jurisdicción exclusiva es el producto de la interrelación de los conceptos de jurisdicción directa y de jurisdicción indirecta: se niega eficacia a la sentencia extranjera pronunciada en los supuestos de jurisdicción venezolana exclusiva, mientras que procedería el reconocimiento de eficacia en los casos de jurisdicción venezolana concurrente¹⁴.

A los anteriores planteamientos hay que sumar la posibilidad de que un determinado ordenamiento jurídico al autorregular los límites del ejercicio de la propia función jurisdiccional admita o no que mediante el acuerdo de voluntades de los potenciales litigantes interesados se pueda o no excluir la jurisdicción del Estado interesado. En el supuesto en que no se le permita, entonces se hablaría de la inderogabilidad convencional de la jurisdicción o de la prohibición de la derogación convencional de la jurisdicción. Debe tenerse presente que inderogabilidad y exclusividad de la jurisdicción no son sinónimos. Así hemos afirmado que la inderogabilidad per se no persigue fijar supuestos de jurisdicción exclusiva. La inderogabilidad lo que viene a fijar son supuestos en los que una vez dada la jurisdicción venezolana sobre la base de alguno de los criterios atributivos de jurisdicción, la misma no puede sustraerse por voluntad de los litigantes ya sea mediante la sumisión a tribunales extranjeros o a árbitros que resuelvan en el extranjero. Es decir, lo que se persigue es eliminar el impacto del efecto negativo de una cláusula de jurisdicción o de una cláusula arbitral por lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción venezolana. De tal manera bien podría suceder que un supuesto no sea derogable y, sin embargo, sin que se excluya el ejercicio de la jurisdicción venezolana y sin que las partes se sometan a una jurisdicción extranjera, las partes decidan litigar el asunto ante tribunales extranjeros los cuales asumen jurisdicción de conformidad con sus propios criterios atributivos de jurisdicción. En estos casos no podría hablarse de exclusividad como resultado de la inderogabilidad. La inderogabilidad queda protegida, pues las partes no han sustraído la jurisdicción que le pueda corresponder a los tribunales venezolanos. La exclusividad de la jurisdicción solo se manifestaría y apreciaría como relevante, tal como se indicó con anterioridad, como presupuesto negativo de eficacia

Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/arrebato-de-la-jurisdicci%C3%B3n>, consultado el 19 de mayo de 2025.

- 13 Ver mis comentarios en “Domicilio del Demandado”, ob. cit., nota 7 pp. 990 y s.
- 14 Ibídem. Ver también, Luis Ernesto Rodríguez, “Inderogabilidad Convencional de la Jurisdicción” (Comentario al artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado), Tatiana B. de Maekelt, Ivette Esis V. y Carla Resende (Coords.), *Ley de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, pp. 1043 y ss., pp. 1096 y ss.

de una eventual sentencia extranjera. No puede, por tanto, haber un paralelismo o identidad entre inderogabilidad y exclusividad de la jurisdicción venezolana¹⁵.

Ahora bien, en materia arbitral la situación varía de manera importante, pues la cláusula arbitral tiene además del efecto positivo que consiste en atribuir jurisdicción al tribunal arbitral, un efecto negativo típico que es el de excluir la jurisdicción que normalmente puede corresponder a los tribunales venezolanos, incluso para decidir acerca de la jurisdicción del tribunal arbitral¹⁶. De tal forma, el acuerdo arbitral tiene como efecto negativo la derogatoria de la jurisdicción venezolana. Además, la ejecución del laudo extranjero en Venezuela está sujeta al control de su constitucionalidad y de su legalidad de conformidad con las aplicables disposiciones constitucionales contenidas en la Constitución, los tratados relevantes y la normativa interior sobre la materia.

Las ideas antes expuestas, tan básicas y elementales, son antecedentes necesarios para así mejor poder examinar la función que desempeña el artículo 151 de la Constitución y como impacta el en el arbitraje internacional que involucre a la República.

Del problema terminológico al problema conceptual

Hay una tendencia generalizada entre nosotros a entender, tanto implícita como explícitamente, la noción de inmunidad (de jurisdicción) ya sea como la prohibición de la derogación de la jurisdicción venezolana y/o como la de exclusividad de la jurisdicción venezolana, como términos sinónimos, y esto muy particularmente cuando se trata de aplicar la disposición contenida en el artículo 151 de la Constitución en concordancia con el artículo 1 del mismo texto cons-

15 Ver mis comentarios en “Domicilio del Demandado”, ob. cit., nota 7, pp. 992 y ss. Igualmente ver Luis Ernesto Rodríguez, ob. cit., pp. 1104 y ss.

16 Argumento ex-artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial. Ver también mi artículo “Las recientes transformaciones jurisprudenciales del arbitraje en Venezuela”, ob. cit., nota 5, pp. 72 y ss., con cita de la sentencia ASTIVENCA dictada por la Sala Constitucional, No. 1067, 3.11.2010.

titucional. Las muestras de lo anterior son numerosas¹⁷ y se mantiene aún hoy en día¹⁸.

Ya en el año 2005, sin embargo, el profesor Luis Ernesto Rodríguez había destacado lo siguiente: “Sorprende que se mantenga la confusión entre la noción de inmunidad de jurisdicción y la de inderogabilidad (o exclusividad) de la jurisdicción” (haciendo referencia a un trabajo del profesor Brewer-Carías), a lo cual añade: “El que la jurisdicción venezolana en determinadas materias no pueda ser derogada o simplemente se califique como exclusiva no tiene relación con la prerrogativa de inmunidad, que en todo caso tendría que alegar el Estado venezolano ante un foro extranjero que pretenda juzgarlo.”. Y concluye así: “Dicha norma no recoge ese supuesto.”¹⁹.

En un sentido similar a las ideas del profesor Rodríguez, la profesora Claudia Madrid Martínez quiso explicar la conexión entre la noción de inmunidad de jurisdicción y las de derogación y exclusividad de jurisdicción destacando que

- 17 Ver, por ejemplo, Mariana Parma Ponte y Dixies Velázquez Reque, *Los Contratos de Empréstito. Análisis Jurídico desde la experiencia del Abogado del Estado*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2006, pp. 194-206; Margot Y. Huen Rivas, “El arbitraje internacional en los contratos administrativos”, en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2005, Tomo I, pp. 407 y ss.; Rafael Badell Madrid, “La Inmunidad de Jurisdicción y el Arbitraje en los Contratos del Estado”, *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2006, Tomo II, pp. 259 y ss.; Juan Carlos Balzán P., “El Arbitraje en los Contratos de Interés Público de la Cláusula de Inmunidad de Jurisdicción prevista en el Artículo 151 de la Constitución de 1999”, *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2006, Tomo II, pp. 291 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, “Nuevas Consideraciones sobre el Régimen Jurídico de los Contratos del Estado en Venezuela”, *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2006, Tomo II, pp. 449 y ss. Además, es ilustrativo ver la exposición de Luis Esteban Palacios, “Disposiciones constitucionales que afectan a los contratos de interés público”, en Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía. (Eds.), *La República, la jurisdicción y la ley aplicable*, Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía., Caracas, 1980, pp. 201 y ss.
- 18 Ver Luis Britto García, “Nuevas bases jurídicas de la economía venezolana”, Pasqualina Curcio Curcio (Comp.), *Debate sobre la Economía Venezolana*, Universidad Simón Bolívar, Instituto de Altos Estudios de América Latina, Editorial Trinchera, Caracas, 2023, pp. 145 y ss., esp. pp. 153 y ss.; Ramón J. Escovar Alvarado, “Arbitraje en contratos de interés público de naturaleza comercial internacional”, Fernando Parra Aranguren (Editor), *Studia iuris civilis. Libro homenaje a Gert F. Kummerow Aigster*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, No. 16, Caracas, 2004, pp. 201 y ss.
- 19 Luis Ernesto Rodríguez, “Inderogabilidad Convencional de la Jurisdicción”, ob. cit., p. 1103, nota 476. En la misma obra ver p. 1065, nota 431.

a los efectos del artículo 151 de la Constitución: “Es indudable que la *ratio* de la norma contenida en el artículo 151 constitucional alberga una fuerte dosis de inmunidad de jurisdicción. Pero esto no quiere de ninguna manera decir que la norma consagre el principio de inmunidad de jurisdicción ... su finalidad es evitar que le sea arrebatada a Venezuela la jurisdicción que le corresponde a sus tribunales en esta materia, es decir, asegurarse que el Estado venezolano sea el único competente para conocer de los litigios relacionados con contratos de interés público, cuando su naturaleza así lo exija. Tal criterio de jurisdicción deriva, justamente, de la inmunidad de que goza el Estado cuando realiza ese tipo de actos y, aunque la inmunidad es un principio de Derecho internacional, que, como tal, no requiere un reconocimiento expreso, por lo que de ningún modo esta norma sería oponible a en el extranjero para escapar a la jurisdicción de otro Estado, si resulta conveniente que Venezuela circunscriba la clase de actos a que se aplicará esta excepción (*acta iure imperii*).”.

La jurisprudencia asimismo, expresamente, identifica inderogabilidad o exclusividad de la jurisdicción con la inmunidad de jurisdicción, particularmente en lo atinente al citado artículo 151 de la Constitución de 1999 y su antecedente el artículo 127 de la Constitución de 1961²⁰.

De la misma forma, en la Asamblea Nacional Constituyente, durante el debate relativo al que terminó siendo el artículo 1 de la Constitución de 1999, originalmente artículo 3 del proyecto en discusión²¹, el constituyente Pablo Medina expuso: “Yo estaría tentado a aceptar la propuesta del constituyente Guillermo

20 Ver Corte Suprema de Justicia, Sala Plena-Accidental, 17.08.1999, caso Convenios de Asociación Petrolera, pp. 280 y ss., en Allan R. Brewer-Carías (Compilador), El caso de la apertura petrolera (Documentos del juicio de nulidad contra la autorización parlamentaria para los convenios de asociación petrolera 1996-1999), Caracas, 2001. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/57.-1-2-22.-APERTURA-PETROLERA.-DOCUMENTOS-DEL-JUICIO.pdf>, consultado el 26 de mayo de 2025; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, No. 186, 14.02.2001, caso Fermín Toro Jiménez y Luis Britto García v. Decreto-Ley de Promoción y Protección de Inversiones. Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>, consultado el 26 de mayo de 2025; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, No. 1393, 07.08.2001, caso Fermín Toro Jiménez y Luis Britto García v. Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos de América para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal. Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>, consultado el 26 de mayo de 2025; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, No. 1541, 17.10.2008, caso Hildegard Rondón de Sansó y otros. Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>, consultado el 26 de mayo de 2025.

21 El aparte único de ese artículo rezaba: “Son derechos irrenunciables del pueblo la independencia, la libertad, la soberanía y la autodeterminación nacional.” La versión definitiva reza así: “Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional”.

García Ponce, que este artículo pase a ser el primero. Pero además quería agregar lo siguiente, lamentablemente en la Asamblea no se ha dado el debate que propuse inicialmente sobre la deuda externa. En los convenios del 86, el Gobierno de entonces, Venezuela renuncia de manera irrevocable e irreversible a la inmunidad, a la jurisdicción y a la soberanía, así consta en esos convenios.”.

A continuación expuso: “Yo le agregaría al artículo 3° como derecho irrenunciable, ya que allí se dice que son derechos irrenunciables del pueblo la independencia, la libertad, la soberanía, y yo le sumaría la inmunidad y la autodeterminación nacional. Cuando hablo de la inmunidad, me refiero a los bienes de la República en el exterior que están en esos convenios, y Venezuela renuncio a ellos. Yo le agregaría la frase “la inmunidad” conjuntamente con los otros conceptos de los derechos irrenunciables del pueblo venezolano. Es todo.”²². Algunas semanas después, al discutirse el texto del artículo que hoy es el artículo 151 de la Constitución, ciertamente inspirado en el artículo 127 de la Constitución de 1961²³, el constituyente Alberto Franceschi al referirse a la propuesta de artículo

22 Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, No. 23, Sesión Ordinaria, 19.10.1999, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, p. 11.

23 Durante la discusión en torno al actual artículo 151 de la Constitución, el Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente tomó la palabra para aclarar: “ Como ningún otro constituyente ha solicitado la palabra, quisiera hacer una pequeña intervención para que no quede, sobre todo en el sabor de quienes nos están oyendo, las expresiones del constituyente Alberto Franceschi, como si nosotros estuviéramos realmente aprobando un artículo que lesiona los intereses que necesitamos en el país para rescatar la situación económica, que sin ser culpa nuestra, está viviendo este país desde hace mucho tiempo. No es un problema de ultrapatriotismo ni de ultranacionalismo. ¡No estamos inventando nada! Este artículo esta exactamente igual en la Constitución de 1961, sin una coma más, sin un punto más, sin una palabra más. Voy a darle lectura al artículo 127 de la Constitución de 1961, y lean el artículo 165 que estamos aprobando. “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada coma -con la misma coma que tiene el artículo que estamos proponiendo- aun cuando no estuviere expresa coma -con la misma coma que estamos proponiendo- una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes -otra vez la misma coma- serán decididas por los tribunales competentes de la República coma en conformidad con sus leyes coma sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.” **Textualmente el artículo 127 de la Constitución del 61.** (Destacado nuestro). No estamos inventando absolutamente nada ni estamos tratando de inventar, de sacar un artículo que rompa totalmente con lo que es en este momento la necesidad de construir un país para sacarlo de donde nos lo han entregado, del foso. Gracias.” Ver Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, No. 33, Sesión Ordinaria, 1.11.1999, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, p. 28. Realmente los cambios que introdujo el artículo 151 al artículo 127 son pocos y mínimos: En el artículo 151 se lee en vez de “en conformidad”, “de conformidad”, y se añadió una coma luego de la palabra “contratantes” y antes de la palabra “serán”. El artículo 127 de la Constitución de 1961 copiado a la letra

dijo: “En honor a la verdad, esto podría llamarse el artículo Pablo Medina. Honor a quien lo tiene.”²⁴. De tal forma, hay para los constituyentes citados un tema de inmunidad de jurisdicción (y de ejecución) en el artículo 151 constitucional.

Siguiendo a los profesores Luis Ernesto Rodríguez y Claudia Madrid, antes citados, y basado en las consideraciones conceptuales antes formuladas, la inmunidad de jurisdicción que le pueda corresponder a Venezuela respecto de autoridades extranjeras dependerá de la recepción de la noción de inmunidad por parte del Estado ante el cual Venezuela sea llamada a litigar. Será ante esa autoridad que Venezuela podrá invocar la inmunidad de jurisdicción en los términos y bajo las condiciones establecidas en el derecho de ese Estado extranjero, pero la invocada inmunidad de jurisdicción no estará fundada ni podrá fundarse en el artículo 151 ni en el artículo 1 constitucionales. Estos artículos son parte del ordenamiento nacional y se limitan a regular la actuación de los órganos del Poder Público venezolano. Por una parte, el artículo 1 de la Constitución prohíbe la posibilidad de la renuncia de la inmunidad de la jurisdicción que le pueda estar reconocida a Venezuela según el derecho internacional público y el derecho del Estado en donde es llamada a litigar la República. De tal suerte, solo si le es reconocida la inmunidad de jurisdicción a la República entrará en aplicación el dispositivo del artículo 1 ya referido, es decir, no podrá renunciar a la inmunidad (de jurisdicción o de ejecución) que le reconozca el derecho internacional público en los términos en que tal inmunidad sea aplicada por el Estado que la reconozca.

A su vez, el artículo 151 tiene por función fijar los límites de la competencia de las autoridades venezolanas para que en los contratos de interés público pacten o no cláusulas de elección de un foro extranjero (y de elección de derecho extran-

disponía: “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes serán decididas por los Tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.” Por su parte, el artículo 151 de la Constitución de 1999 dispone: “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.”

24 Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, No. 33, Sesión Ordinaria, 1.11.1999, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, p. 26.

jero). La violación de la restricción del artículo 151 traería como consecuencia la imposibilidad de que la sentencia o laudo dictado surta efecto en Venezuela²⁵.

El debate político-constitucional en torno al arbitraje internacional y los artículos 1 y 151 de la Constitución

Como antes indicamos, el aparte único del artículo 258 de la Constitución establece que la ley promoverá el arbitraje. Aquí se ha visto un mandate dirigido no sólo al legislador sino a todos los poderes públicos²⁶. Esta disposición, entonces, debería llevar a los órganos del Estado venezolano a favorecer el recurso al arbitraje, incluyendo el arbitraje internacional²⁷. Sin embargo, teóricamente, se le oponen los artículos 1 y 151 de la Constitución. Por su parte, la Ley de Arbitraje Comercial²⁸ admite el arbitraje con entes del Estado venezolano, sometiéndolo a requisitos autorizatorios especiales (artículo 4) y excluyéndolo en los casos de controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de Derecho Público (artículo 3. b).

El artículo 1 de la Constitución lista a la inmunidad, así, -a secas-, entre los derechos irrenunciables de la Nación venezolana, al igual que lo hace con la soberanía y la autodeterminación nacional. Por su parte, el artículo 151 recoge la variante doméstica de la Doctrina Calvo en los siguientes términos: “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aún cuando no estuviese expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre

25 Ya en 1904, el doctor Ramón F. Feo al comentar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil de 1904 sobre la eficacia de las sentencias extranjeras explicaba: “... hemos sostenido en páginas atrás que no puede darse pase en Venezuela a una sentencia extranjera que contenga(a) decisiones (ni aún como premisas) que contraríen de algún modo nuestras disposiciones constitucionales sobre la facultad del Ejecutivo para celebrar contratos de interés público con aprobación de la Legislatura, y que compete al gran Tribunal Federal el conocimiento de las cuestiones sobre esos contratos.” Ramón F. Feo, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Editorial Biblioamericana, Argentina-Venezuela, 1953, Tomo Tercero, p. 200. En la misma obra de Feo (p. 1999) se lee: “... serán ... contrarias al derecho público interno aquellas (sentencias) que establezcan algo que contraría alguna disposición de nuestras leyes constitucionales u orgánicas, como anular o rescindir un contrato celebrado por el Gobierno, aprobado por la Legislatura ...”.

26 Nuestro trabajo, “Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental”, Irene de Valera (Coordinadora), *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Serie Eventos, No. 18, 2005, pp. 30 y ss.

27 Así lo hizo la Procuraduría general de la República ver Mariana Parma Ponte y Dixies Velázquez Reque, ob. cit, nota 16, pp. 217 y ss.

28 Publicada en *Gaceta Oficial* No. 36.430, 7.4.1998.

dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”.

En la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, No. 1393, 07.08.2001, caso Fermín Toro Jiménez y Luis Britto García v. Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos de América para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal²⁹, se expresó: “Entre las funciones de la soberanía del Estado, se encuentra la jurisdiccional, mediante la cual órganos legalmente considerados dirimen conflictos utilizando procedimientos prevenidos en las leyes, y hacen ejecutar sus sentencias, lográndose así la tutela efectiva a que se refiere el artículo 26 constitucional. La función jurisdiccional se adelanta mediante el Poder Judicial y los medios alternativos de justicia, quienes conocerán los asuntos que la ley les señala. El arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos, como parte de los medios alternativos, también forman parte de la jurisdicción, siempre que realicen la justicia mediante un proceso legalmente contemplado o permitido”.

De inmediato la Sala Constitucional pasó a hacer salvedades al anterior aserto: “La organización legal de la función jurisdiccional determina la jurisdicción venezolana (artículos 2 y 53 del Código de Procedimiento Civil, o 51 del Código Orgánico Procesal Penal, por ejemplo), la cual se ejerce tanto por el Poder Judicial como por la justicia alternativa. Esta última no puede derogar convencionalmente la jurisdicción venezolana, cuando se trate de controversias sobre inmuebles situados en el territorio de la República, o sobre materias que interesen al orden público o a las buenas costumbres. Tal prohibición de derogar la jurisdicción venezolana a favor de una extranjera, en los supuestos del artículo 2 del Código de Procedimiento Civil, podría interpretarse, por argumento a contrario, que puede ser derogada legalmente, sin embargo, de la lectura del artículo 2 antes señalado, se colige que ni siquiera la ley puede derogar la jurisdicción venezolana para que las controversias se resuelvan en el exterior, por órganos jurisdiccionales extranjeros o por árbitros, si ellas versan sobre bienes inmuebles situados en Venezuela, o si lo litigado interesa al orden público o a las buenas costumbres, ya que el citado artículo 2 expresa que en los demás casos distintos a aquellos donde la prórroga de la jurisdicción está prohibida, es donde se aplicarán los tratados y convenciones internacionales suscritos por Venezuela”³⁰.

29 Ver nota 19 *supra*.

30 El artículo 2 del Código de Procedimiento Civil ya estaba derogado para la fecha de la sentencia No. 1393. La derogatoria se produjo por el artículo 47 de la Ley de Derecho

Continuó la Sala Constitucional afirmando la admisibilidad del arbitraje y la ejecutabilidad de los laudos que se produjeran. En tal sentido afirmó: “Así, organismos internacionales o nacionales de otros países, jurisdiccionales o arbitrales, pueden dirimir válidamente conflictos que pertenecen o donde está interesada la jurisdicción venezolana, siempre que la ley así lo determine, y con las limitaciones que ella misma establezca. Tratándose de actos jurisdiccionales, los fallos que se dicten por esos organismos, son ejecutables en el país, a veces sin necesidad de legalización o de exequátur, como se desprende de los artículos 48 y 49 de la Ley de Arbitraje Comercial, o del artículo 54 de la Ley Aprobatoria sobre la Convención para el Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, o del 2 de la Ley Aprobatoria del Tratado de Creación del Tribunal Supremo de Justicia de la Comunidad Andina. De allí, que hasta se hable del proceso transnacional”³¹.

Acto seguido, sin mencionar el artículo 1 de la Constitución, recordó la Sala Constitucional que “por mandato constitucional (artículo 151), a pesar de las normas señaladas, en los contratos de interés público, si no fuese improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, las dudas y controversias que pudieren suscitarse sobre dichos contratos, y que no llegaran a ser resueltos amigablemente por las partes contratantes (lo que de nuevo abre la puerta de conciliación extraprocesal como parte del sistema de justicia), serán decididas por los tribunales competentes de la República, por lo que en esta área, y ante el supuesto del artículo 151 se excluye la función jurisdiccional alternativa”. En consecuencia, de no respetarse los preceptos constitucionales las decisiones que se dicten “por inconstitucionales, se harán inejecutables, por tratarse de una cuestión atinente a la independencia y soberanía de la nación, y a la protección de la Constitución”.

La aparente contradicción entre estas las disposiciones de los artículos 1 y 151 constitucionales y, por tanto, el aparente obstáculo al arbitraje internacional para la República y otros entes del Estado fue desestimada en sentencia de 11.2.2009 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia³². En esta sentencia se dispuso que “de tales normas (artículos 1 y 151 de la Constitución) deriva una relación armónica que en ningún caso niega la soberanía o contradice

Internacional Privado al entrar esta Ley en vigor el 6 de febrero de 1999, por mandato de lo dispuesto en sus artículos 63 y 64.

31 Posteriormente a la fecha de la sentencia No. 1393, Venezuela se retiró tanto de la Comunidad Andina de Naciones como del Convenio que creó el Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.

32 Sentencia No. 97, 11.2.2009, caso Fermín Toro Jiménez y otros en acción de interpretación de los artículos 1 y 151 de la Constitución. Disponible en: <https://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/97-11209-2009-08-0306.html>, consultada el 28 de mayo de 2025.

el principio de autodeterminación de la República Bolivariana de Venezuela”. Esta sentencia de 11.2.2009, a su vez, ratificó los criterios expuestos en la sentencia de la propia Sala Constitucional en fecha 17.10.2008 (Sentencia No. 1541, caso Recurso de Interpretación del artículo 258 de la Constitución y del artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones)³³, la cual, por su parte, ratificó y amplió los criterios de la sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Sala Plena-Accidental de 17.8.1999³⁴. Vamos ahora a los detalles de estas dos decisiones.

Desde la sentencia de 17.8.1999 el máximo tribunal venezolano admite que Venezuela en el artículo 151 de la Constitución (equivalente al artículo 127 de la Constitución de 1961) adopta el criterio de la inmunidad relativa de la jurisdicción o puesto en los términos más precisos admite la posibilidad de someter controversias que involucren la República ante jueces extranjeros o árbitros que resuelvan en el extranjero. A pesar de ello, los entes del Estado venezolano muy comúnmente invocan el artículo 151 constitucional para rechazar la posibilidad de arbitraje internacional. Cierta jurisprudencia también rechazaba la arbitrabilidad de disputas con entes del Estado por el simple hecho de tratarse de controversias relativas a contratos de interés público nacional³⁵.

En la sentencia del 17.8.1999, la Sala Plena-Accidental, interpretando el mencionado artículo 127 de la Constitución de 1961 hizo énfasis en examinar la excepción a la exclusividad e inderogabilidad de la jurisdicción venezolana en materia de contratos de interés público. Al efecto expuso lo siguiente:

“En este sentido, son contestes los opositores al recurso en cuanto a que el término ‘naturaleza’ al que alude el texto constitucional no puede estar referido a la esencia jurídica de los contratos, por cuanto queda claramente definida al señalar

33 Nota 17 *supra*.

34 Nota 19, *supra*.

35 Por ej., caso Venezolana de Televisión, C.A. v. Elettronica Industriale SpA, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Politicoadministrativa, Sentencia No. 855 de 5.4.2006. Disponible en: <https://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00855-050406-2001-0100.htm>, consultada el 28 de mayo de 2025, al respecto Alfredo de Jesús O., “Crónica de Arbitraje Comercial: Cuarta Entrega”, *Revista de Derecho*, Tribunal Supremo de Justicia, No. 29, 2008, Caracas, pp. 141 y ss.; también caso Minera Las Cristinas v. Corporación Venezolana de Guayana, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Politicoadministrativa, Sentencia No. 832, 15.7.2004. Disponible en: www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/00832-140704-2002-0464.htm, consultada el 28 de mayo de 2025, al respecto Alfredo de Jesús O., “Crónica de Arbitraje Comercial -No. 3-”, *Revista de Derecho*, Tribunal Supremo de Justicia, No. 23, 2006, Caracas, pp. 125 y ss., esp. pp. 140-155; y Victorino J. Tejera Pérez, “La norma electa una vía, non datur recursus ad alteram en el marco jurídico venezolano de protección y promoción de inversiones”, en la misma *Revista*, pp. 359 y ss., esp. pp. 384-395.

que se trata de contratos de “interés público”, aceptados por la jurisprudencia como contratos administrativos. Por lo que, ha sostenido un sector de la doctrina que se trata del contenido práctico, lo que obligaría a la Administración a incluir la cláusula arbitral, pues sin ella podría no realizarse la operación contractual.”.

De seguidas la Sala Plena-Accidental señaló: “que, ciertamente la naturaleza determinada constitucionalmente no es la naturaleza jurídica del contrato, no es la que se refiere a los rasgos característicos de la contratación, esto es, no está vinculada a las notas que permitan incluirlo en una determinada clasificación el tipo de contratos, pues ella queda claramente evidenciada del señalamiento “de interés público” que hace la norma, y efectivamente, se trata de la gestión administrativa involucrada en la negociación, la que determinará la posibilidad de la excepción a la inmunidad jurisdiccional.”.

Para la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena-Accidental “esa ‘naturaleza’ a la que se refiere el artículo in comento no puede reducirse única y exclusivamente a la de índole comercial, pues se incurriría en el error de excluir otro tipo de contrataciones que, no siendo de naturaleza mercantil, las circunstancias de la negociación también exijan o recomiendan la inclusión de la cláusula arbitral. Esto conlleva a concluir, que la Administración puede y debe estimar la circunstancia específica del caso, y siempre que en ella esté involucrado el interés general, el interés público, en definitiva, la conveniencia del colectivo, la idoneidad del arbitraje como mecanismo que coadyuve al mejor cumplimiento de los fines perseguidos con la contratación, lo que de ninguna manera postula una discrecionalidad en sentido lato, pues, se preserva de ello el artículo 126 de la Constitución, cuando exige la aprobación del Congreso Nacional al tratarse de contratos de interés nacional.”.

Es útil referirnos al texto de la cláusula arbitral (Decimoséptima) objeto del cuestionamiento constitucional incluida en el Acuerdo del entonces Congreso de la República. Ella estableció: “El Convenio se regirá e interpretará de conformidad con las leyes de la República de Venezuela”, estableciendo que las materias sometidas a la competencia del Comité de Control (organismo técnico establecido por el referido Convenio) no estarán sujetas a arbitraje. El Comité de Control (cuya mayor representación corresponde a representantes de la empresa filial) sería el que conocerá de las decisiones fundamentales de interés nacional relacionadas con la ejecución del Convenio. De aquí concluye la Sala Plena-Accidental, “que las materias que conocería eventualmente la Comisión Arbitral no serían fundamentales para el interés nacional”.

Basado en lo anterior la Corte Suprema de Justicia concluyó “que, en el caso concreto de los Convenios de Asociación autorizados por el Acuerdo del Con-

greso de fecha 4 de julio de 1995, su naturaleza no solamente comercial sino de trascendencia para la consecución de las medidas económicas adoptadas por la Administración y validadas por el Congreso Nacional, se subsume en el supuesto previsto en la norma constitucional, por lo que al no infringirla debe declararse improcedente el alegato de inconstitucionalidad por esta causa y así se declara.”.

La sentencia del 17.8.1999 no fue unánime, contiene un importante y vehemente voto salvado de la muy recordada profesora Hildegard Rondón de Sansó. En aras de un más detenido estudio del difícil asunto, vale la pena transcribirlo en la parte relativa al “sistema de dirimir jurisdiccionalmente las controversias en los contratos de interés público, fundada en las realidades objetivas que en el caso estuvieron planteadas”.

Allí la autora del voto salvado dejó sentada muy claramente su opinión discrepante exponiendo lo siguiente: “Es cierto que el artículo 127 (de la Constitución de 1961) establece una excepción al principio de la jurisdicción venezolana respecto a los (contratos de) interés público, constituida por la frase “si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos”. Esta excepción ha sido interpretada a lo largo del tiempo, con diferente alcance. Así, se ha estimado que alude a los contratos celebrados entre dos Estados soberanos o entre un Estado soberano y los organismos de Derecho Internacional Público. En otros casos, se ha considerado que la excepción se refiere a los contratos de naturaleza industrial y comercial.³⁶ Cualquiera que sea la tesis con la cual se interprete el ámbito de la excepción, consideraron los oponentes al recurso (*nota del autor*: valga decir PDVSA) que los convenios de asociación que se realizan en virtud del artículo 5° de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y Comercio de los Hidrocarburos³⁷, que han de ser sometidas al arbitraje, son las materias de aquellos que están fuera de la competencia del Comité de Control previsto en la Cláusula Cuarta, por lo cual están sujetas al arbitramento previsto en los artículos 2³⁸ y 608 del Código de Procedimiento Civil (y actualmente en la Ley de Arbitraje Comercial).”.

De seguidas la magistrada discrepante destacó que “las materias sometidas al Comité de Control son ‘las decisiones fundamentales de interés nacional relacionadas con la ejecución del Convenio’ las cuales han de estar descritas en el Convenio e incluyen, entre otras, la aprobación de los planes de exploración

36 Ver por ejemplo el trabajo de Ramón J. Escovar Alvarado, ob. cit., nota 17, quien habla de contratos de interés público de naturaleza comercial internacional.

37 Hoy en día derogado por la Ley Orgánica de Hidrocarburos, *Gaceta Oficial* No. 38493, 4.8.2006.

38 Hoy en día derogado por el artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado, *Gaceta Oficial* No. 36511, 6.8.1998.

evaluación y desarrollo, así como de cualquier modificación a tales planes, incluyendo la extensión de los lapsos de exploración y explotación, y la ejecución de reducciones en la explotación, de acuerdo con los compromisos internacionales de Venezuela.” La discrepante entiende entonces que para mayoría “la cláusula de arbitramento será válida siempre y cuando en ella no esté involucrado el interés público. Asimismo, ... que el convenio se rige e interpreta de conformidad con las leyes de la República y que la materia sometida a arbitraje es aquella que está fuera de la competencia del Comité de Control.”.

Ahora bien, en el criterio de la doctora Rondón de Sansó: “en toda la materia relativa a la apertura petrolera, lo que se ventila es el otorgamiento de derechos de exploración, explotación, producción, transporte, almacenamiento y comercialización de nuestro recurso natural no renovable de mayor importancia, los hidrocarburos, lo cual es materia de interés público y en ninguno de sus aspectos pierde tal carácter, por lo que no existen en el mismo aspectos simplemente mercantiles. En efecto, los convenios versan sobre recursos naturales que se encuentran, según lo dispone el artículo 136 ordinal 10° de la Constitución, bajo el régimen y administración del Poder Nacional.” Es por ello, que en su opinión: “Pareciera un contrasentido que la Corte, por una parte califique al contrato objeto del acuerdo como contrato de interés nacional y, simultáneamente, permita que las controversias que el mismo suscite sean objeto de un arbitraje comercial. Baste recordar que la novísima Ley de Arbitraje Comercial excluye en forma expresa de su ámbito (artículo 3° literal “b”) a las controversias ‘directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público’ ”.

El argumento denominado “práctico” utilizado por la mayoría sentenciadora para efectuar la distinción en cuanto a la naturaleza del contrato de interés público es considerado por la disidente como “una fuente potencial de conflictos”, más concretamente -en su opinión- la solución planteada lo que conduce es a “un conflicto latente entre una cláusula expresa de naturaleza contractual y una (cláusula) tácita de naturaleza constitucional y de orden público”. De tal forma, la razón “de conveniencia práctica” invocada queda “desvirtuada”. En definitiva, la solución planteada no es “práctica” porque no es solución, solo crea un problema que es idéntico al que trata de solucionar.

En atención a lo anterior, el voto salvado pasó a resaltar que “-algunas veces con razón y otras sin ella- en las decisiones fundamentales que se asumen en una materia como la presente” ... están presentes “un porcentaje paritario de consideraciones jurídicas y de consideraciones políticas”.

Para ello la disidente “observa que la inclusión de la cláusula aludida deriva fundamentalmente de la poca confiabilidad en el Poder Judicial Venezolano, no sólo en lo que respecta a su eventual parcialidad, en cierta forma natural, por cuanto debería decidir aspectos fundamentales de la vida económica del país, sino también por la inoperancia del sistema como tal. En efecto, quien estas notas suscribe observa que el 14 de diciembre de 1995 fue interpuesto el recurso de nulidad contra el Acuerdo del Congreso de la República del 4 de julio de 1995 que autorizó la celebración de los Convenios de Asociación para la Exploración a Riesgo de Nuevas Áreas y la Producción de Hidrocarburos, bajo el Esquema de Ganancias Compartidas, publicado en la Gaceta Oficial del 17 de julio de 1995, acuerdo este que se consideró fundamental para el desarrollo de la industria petrolera y para el nuevo enfoque de la economía nacional; no obstante, sólo en esta fecha, 17 de agosto de 1999, esto es, a más de 4 años de la publicación del Acuerdo, es cuando un organismo jurisdiccional venezolano se pronuncia sobre las imputaciones que se le hicieron a dicho texto de estar afectado de inconstitucionalidad e ilegalidad. La culpa, si la buscamos, no está ni en la tardanza de los impugnantes, ni en la decisión del recurso mismo, el cual, a través de múltiples incidencias, se fue desarrollando lentamente hasta que se dijo “Vistos”. Ya en esa oportunidad la suerte estaba echada, ningún juez en sus cabaes podía anular un acuerdo de la naturaleza del impugnado, cuando a tales alturas, una madeja de negociaciones, obligaciones, subcontratos, situaciones de la más variada índole, habían consolidado un estado de hecho de enormes proporciones para el país. Solo una “revolución” capaz de jugarse el prestigio de la República y su estabilidad misma, sería capaz de echar por tierra el acuerdo como tal”³⁹.

Casi una década después, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia No. 1541 de 17.10.2008, coincidencialmente en el caso Hildegard Rondón de Sansó y otros, al admitir el arbitraje internacional con la República y otros entes del Estado venezolano hizo importantes consideraciones y reiteró la interpretación hecha por la Sala Plena-Accidental en la antes referida sentencia del 17.8.1999 (Caso Apertura Petrolera) . La Sala Constitucional consi-

39 Concluye esta parte del voto salvado proponiendo lo siguiente: “Es esta reflexión la que nos lleva a considerar que, para que la cláusula de inmunidad de jurisdicción pueda operar eficazmente ante conflictos vinculados con nuestra industria fundamental, sería necesario que la norma constitucional que la prevé, estableciera un lapso perentorio y razonablemente breve para que se tuviera una decisión definitiva en casos como el presente en donde se debata cualquier controversia relativa a la industria petrolera, que es de estricto interés nacional, para que la misma pueda dilucidarse, señalando la posibilidad del establecimiento de jueces asociados escogidos libremente por las partes de una lista de juristas de alto prestigio internacional. Con esto último se mitigarían las dudas sobre la posibilidad de que el sentimiento nacionalista imperase sobre la ratio fundamental de un fallo definitivo, que no puede ser otro que la justicia”.

deró que el arbitraje internacional es un instrumento que promueve la inversión extranjera. Al efecto afirmo la Sala Constitucional: “dentro de esas condiciones generales que fomentan y permiten la inversión extranjera resulta una práctica común y deseada por la mayoría de los inversionistas, la necesidad de someter las posibles diferencias derivadas del desarrollo de las correspondientes actividades económicas, a una jurisdicción que a juicio de las partes interesadas no tienda a favorecer los intereses internos de cada Estado o de particulares envueltos en la controversia.”.

No obstante esa favorable consideración, de inmediato la Sala quiso dejar claro que no dejaba de mirar con reserva a la institución arbitral, por ello dijo: “No escapa tampoco al análisis de esta Sala, que el desplazamiento de la jurisdicción de los tribunales estatales hacia los arbitrales, en muchas ocasiones se produce debido a que la resolución de conflictos la realizarán árbitros que en considerables casos se encuentran vinculados y tienden a favorecer los intereses de corporaciones transnacionales, convirtiéndose en un instrumento adicional de dominación y control de las economías nacionales, por lo que resulta poco realista esgrimir simplemente un argumento de imparcialidad de la justicia arbitral en detrimento de la justicia impartida por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, para justificar la procedencia de la jurisdicción de los contratos de interés general.”.

Ahora bien, una vez formuladas las explicaciones anteriores, la Sala Constitucional pasó a fijar el mecanismo para determinar el alcance y contenido del artículo 151 de la Constitución de 1999, lo cual hizo guiada por las consideraciones de la mayoría sentenciadora en el caso Apertura Petrolera, cuya sentencia como ya hemos dicho antes fue dictada el 17.8.1999. En este sentido, señaló la Sala Constitucional que dicha determinación debe efectuarse “bajo las circunstancias fácticas del comercio internacional en el cual convergen los intereses (opuestos) tanto de los Estados, en desarrollar proyectos o generar situaciones económicas favorables que garanticen la realización de sus fines -vgr. bien sea mediante la construcción de obras de interés general o con la adopción de políticas que promuevan la inversión productiva de capital foráneo-; como de los inversionistas, en la de participar en negocios o actividades económicas que les generen la mayor cantidad de beneficios económicos.”. Para ello, se impone “un enfoque pragmático de las situaciones”, que afirme “la necesidad de permitir en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, que en contratos de interés general el Estado tenga la posibilidad de someter los conflictos que se produzcan con ocasión de los mismos a la jurisdicción arbitral y así viabilizar las relaciones económicas internacionales necesarias para el desarrollo del país.”.

Es con base en tales criterios que se debe entender la frase del artículo 151 constitucional “(..) si no fuera improcedente de acuerdo con la naturaleza de los

mismos (...). Tal expresión “no debe entenderse como relativa a una distinción formal o doctrinaria entre contratos de derecho público o privado”. En consecuencia, el arbitraje será admisible si ello “permite la posibilidad efectiva de desarrollar una determinada actividad económica o negocio, que versan o inciden en materias de interés público”. Basado en lo anterior, la Sala Constitucional concluyó que en el marco de la Constitución de 1999 “y desde una perspectiva relativa a la determinación de la jurisdicción, resulta imposible sostener una teoría de la inmunidad absoluta o afirmar en términos generales la inconstitucionalidad de las cláusulas arbitrales en contratos de interés general, por el contrario, para determinar la validez y extensión de la respectivas cláusulas arbitrales se deberá atender al régimen jurídico particular correspondiente.”.

Admitida la posibilidad del arbitraje internacional por las sentencias de la Sala Constitucional antes comentadas, resulta responsabilidad del Estado “determinar el alcance, oportunidad y conveniencia, para someter determinados ‘negocios’ a un sistema de arbitraje u otro medio alternative de resolución de conflictos.”.

La Exposición de Motivos de la Constitución de 1961 dejó constancia de las reflexiones que motivaron el texto del artículo 127 en los siguientes términos: “En cuanto a las cláusulas en contratos de interés nacional que han de dejar a salvo la soberanía y la seguridad de la República y que son ordenadas en las Constituciones anteriores, la redacción de los artículos respectivos se ha adaptado a la índole de los documentos, para no desconocer variedades surgidas con la evolución del Derecho Internacional, y ha sido consultado cuidadosamente con expertos de la Cancillería”⁴⁰.

Durante los debates de la Constitución de 1961 el diputado Gonzalo García Bustillos mencionó que “la Cláusula Calvo no tiene aceptación universal. Le han negado validez varias sentencias de la Corte Internacional de Justicia”⁴¹. A continuación se leyó un memorándum presentado por el doctor Ramón Carmona⁴², experto de la Cancillería, y solicitó que el texto del artículo pasara a “comisión

40 “Exposición de Motivos de la Constitución de 1961”, en Mariano Arcaya, *Constitución de la República de Venezuela (Constitución de 1961)*, Tomo I, Art. 1 al Art. 94, Empresa El Cojo, C.A., Caracas, 1971, p. 54.

41 Acta No. 244, sesión conjunta de las Comisiones de Reforma Constitucional nombradas por las Cámaras de Senadores y Diputados, celebrada el 18.11.1960, Actas de la Comisión Redactora del Proyecto, *La Constitución de 1961 y la evolución constitucional de Venezuela*, Tomo I-Volumen II, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1971, pp. 348 y ss., esp. p. 351.

42 Id., p. 350. No hemos podido ubicar dicho memorándum.

con el objeto de estudiar mejor su redacción⁴³. Sin embargo, el diputado Rafael Caldera propuso mantener el artículo 127 “por considerar que es una defensa de la República frente a los Estados más poderosos”⁴⁴ y al efecto propuso las siguientes modificaciones para que el texto estableciera: “En los contratos de interés público, si fuere procedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aún cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual...”. Esta propuesta resultó aprobada.⁴⁵ En los debates posteriores relativos al proyecto de Constitución ante el Congreso Nacional la redacción del artículo 127 fue modificada la fórmula aprobada por la Comisión, al invertir su sentido, de manera tal de establecer la inclusión de la cláusula de sumisión a tribunales y ley venezolanas en los referidos contratos a menos que su “naturaleza” permitiera su exclusión o pacto en contrario. El centro de gravedad del artículo 127 de la Constitución de 1961 era, por lo tanto, la naturaleza de los contratos de interés público.

En este momento es útil rescatar la discusión llevada a cabo durante las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 en torno al problema de la posibilidad de que la República y otros entes del Estado venezolano se sometieran a una jurisdicción extranjera incluyendo el arbitraje internacional⁴⁶.

Inicialmente, la propuesta del Presidente de la República, contenida en el documento denominado “Ideas Fundamentales para la Constitución Bolivariana de V República” proponía el siguiente texto para sustituir al artículo 127 de la Constitución de 1961: “En los contratos en los que participe la República y sean de interés público se considerará incorporada, aún cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos, serán decididas por los tribunales competentes de la República en conformidad con sus leyes”. Ese texto fue objeto de válidas críticas por parte del constituyente Allan Brewer-Carías, quien proponía, a su vez, mantener el tex-

43 Ibidem.

44 Id., p. 351.

45 Ibidem.

46 Creemos que hoy en día no resulta admisible la opinión según la cual: “Naturalmente, en vez de sumisión a la jurisdicción de un tribunal extranjero, los contratantes pueden haber convenido en ventilar sus diferencias por la vía del arbitraje. Sin embargo, si se tiene presente que el procedimiento arbitral no conlleva la sumisión de un Estado a la jurisdicción de otro, sino al juicio imparcial de un tribunal cuyas facultades le son otorgadas por las partes, mal podría concluirse que el compromiso constituya tácitamente renuncia de inmunidad frente a la jurisdicción de los tribunales ordinarios del Estado en que el arbitraje deba tener lugar.” Ver Tatiana Bogdanowsky de Maekelt, “Inmunidad de jurisdicción de los Estados”, *Libro homenaje a José Melich Orsini*, Universidad Central de Venezuela, Caracas. 1982, Volumen I, pp. 213 y ss., esp. p. 229

to del artículo 127 de la Constitución de 1961⁴⁷, y de alguna mantener el *status quo* de la sentencia de la Sala Plena-Accidental de la Corte Suprema de Justicia de 17.8.1999.

En la sesión de la tarde del día 1 de noviembre de 1999, durante la primera discusión del anteproyecto de Constitución se puso en consideración el texto del artículo 165, para cuya redacción debió tomar en cuenta las objeciones del profesor Brewer-Carías antes mencionadas, y volvió prácticamente al texto del artículo 127 de la Constitución de 1961⁴⁸.

Para iniciar el debate el representante de la Comisión Redactora recomendó su aprobación, pero de inmediato el constituyente Alberto Franceschi objetó la propuesta en los términos siguientes: “Amigos, aprobar que solo tribunales venezolanos pueden decidir sobre todas esas materias, es atar de pies y manos y colgados por el pescuezo en el futuro de Venezuela a todo gobierno que quiera realizar operaciones de empréstitos. Entonces, voten. Asuma cada quien su responsabilidad. Aquí somos todos adultos. No voy a explicarles que ningún banco, ni *pool* de bancos va a someterse a tribunales venezolanos. Es una tradición en los empréstitos, son miles de bancos, son sindicatos de enormidad de grupos bancarios que se unen, liderados por un grupo, etcétera, o por un banco matriz de la negociación, y eso tiene generalmente la ciudad de Nueva York, París o Tokio como sedes.

Ahora, si vamos a impedir constitucionalmente que el país no pueda celebrar ningún contrato sino regulado por leyes o bajo tribunales venezolanos ¡prepárense para que no nos fíen ni medio!”⁴⁹.

A continuación, le fue concedida la palabra al constituyente Gastón Parra Luzardo, uno de los recurrentes contra el Acuerdo de la Apertura Petrolera, que como vimos condujo a la sentencia de la Sala Plena-Accidental de 17.8 1999, para argumentar en contra del texto propuesto y proponer una redacción más estricta. Así, expuso que: “Este artículo es de vital importancia para la soberanía del país

47 Allan R. Brewer-Carías, “Propuesta sobre la cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción y sobre la cláusula Calvo en los contratos de interés público. Comunicación enviada a los Presidentes de las Comisiones de Integración y Relaciones con la Comunidad Internacional, de la Comisión de Poder Público Nacional, de la Comisión de lo Económico y Social y de la Comisión Constitucional el 08-09-99”, en su obra *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I (8 agosto-8 septiembre 1999), Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 209 y ss, esp. pp. 229 y ss.

48 Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, No. 33, Sesión Ordinaria, 1.11.1999, ob. cit., nota 23, p. 26.

49 Ibidem.

y debe merecer una reflexión exhaustiva. La Corte Suprema de Justicia, precisamente bajo el argumento que el artículo 127 de la Constitución actual señala: “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos...”, sentenció sin lugar la demanda de nulidad por ilegalidad e inconstitucionalidad, que un grupo de venezolanos, entre ellos el doctor Luis Vallenilla, constituyente que dignamente nos acompaña en esta Asamblea Nacional Constituyente, introdujeron ante la Corte Suprema de Justicia, y eso fue un golpe duro al interés nacional, porque era una violación flagrante al artículo 127 de la Constitución venezolana.

Por eso vamos a proponer que en vez de decir: “...si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos...”, se diga: “...salvo que un tratado internacional suscrito por la República disponga otra cosa...”. No es posible concebir que en acuerdos con empresas transnacionales para operar en el territorio nacional se les de la facultad de dirimir controversias en los tribunales internacionales.”.

Buscando más argumentos se refirió el constituyente Parra Luzardo a que: “El propio Presidente de la República, en las ideas fundamentales que presentó a la consideración de esta Asamblea, señala simplemente que en los contratos en los que participe la República y sean de interés público, se considerará incorporada, aun cuando no estuviese expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con las leyes.”.

Y concluyó su intervención diciendo: “Si una concepción debemos darle a esta nueva Carta Magna, desde el punto de vista bolivariano, es precisamente restituir esa soberanía para que no exista duda alguna, para que no existan falsas interpretaciones”⁵⁰.

El constituyente Hermann Escarrá apoyó “la propuesta que sabiamente hace la Comisión” y se restó “hasta sus últimas consecuencias, con las dos manos para apoyar esta cláusula nacional de preservación de los intereses nacionales y, por supuesto, de la dignidad de la Patria”⁵¹.

De inmediato el constituyente Claudio Fermín pasó a apoyar la propuesta de la Comisión con las siguientes palabras: “Quiero manifestar mi absoluto respaldo a este artículo. Absoluto. Creo que el artículo tiene una función didáctica, tiene una trascendencia moral. El país tiene que fortalecerse a sí mismo.”⁵².

50 Id., pp. 26 y s.

51 Id., p. 27.

52 Ibidem.

Y replicando la intervención del constituyente Franceschi dijo: “Le diría al constituyente Franceschi, y así se lo comentaba antes de tomar la palabra formalmente, que no tenga temor, porque el artículo tiene un valor nacionalista, didáctico -como lo ha dicho el constituyente Gastón Parra-, pero el artículo tiene su propia salvación. Este artículo no fue redactado de manera ligera. Este artículo fue redactado previendo el temor del constituyente Franceschi. Este artículo dice: “En los contratos de interés público -y oigan esto- si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos...”.

“La verdad, constituyente Franceschi, para lo que usted piensa eso es simplemente improcedente, de acuerdo con la naturaleza de ese negocio. Es decir, que para ese tipo de asunto siempre se apelará a esta coletilla que dice: “...si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos...”. De tal manera que esta frase es a este artículo lo que era el artículo 5° a la Ley de Nacionalización. Aquí está prevista la excepción. Tampoco es que es un artículo a rajatablas. Creo que es sana, higiénica, pero entonces digamos que hay una excepción y no lo exponemos como si fuese un artículo contundentemente cerrado.

Considero que es un artículo didáctico, inteligente, y aquí está la excepción a la cual estoy seguro que vamos a apelar en muchos contratos públicos”⁵³.

Habiendo solicitado la palabra, intervino el constituyente Luis Vallenilla, otro de los recurrentes contra el Acuerdo de la Apertura Petrolera, quien apoyó la propuesta hecha por el constituyente Gastón Parra Luzardo y aprovechó para criticar la sentencia de la Sala Plena-Accidental de la Corte Suprema de Justicia del 17.8.1999. A tal efecto dijo el doctor Vallenilla: “Es obvio que estoy a favor del contenido de este artículo, disposición constitucional que por lo demás tiene desde el siglo pasado y hasta ahora, pasando por el general Gómez, por el inicio de esta era ‘democrática’ pero que al principio, quién sabe si por considerarla democrática los inversionistas no querían venir del exterior, allá hacia 1958 o 1959, siguieron viniendo inversiones y siempre han venido inversiones a Venezuela.

¿De manera que es ahora cuando estamos asustados de que no vengan inversiones? Ojalá que no vengan esas inversiones golondrinas. ¡Ojalá que no vengan! Son unas plagas de langostas que dejan las praderas económicas completamente desguarnecidas.

No voy a insistir en el tema, porque creo que además con mucha más elocuencia lo han señalado constituyentes como Hermann Escarrá, a quien le agradezco sus muy generosas palabras, lo mismo que a Gastón Parra Luzardo”⁵⁴.

53 Ibidem.

54 Id., pp. 27 y s.

No obstante lo anterior, quiso el constituyente Vallenilla fijar límites más cerrados a la propuesta de la Comisión y entonces propuso: “Me voy a referir únicamente a la excepción, como la llama el constituyente Claudio Fermín. Sí es una excepción, constituyente Claudio Fermín, pero es una excepción que se prestó por su vaguedad -caemos de nuevo en el problema de las interpretaciones-, a interpretaciones perversas. Eso fue exactamente lo que hizo hace pocas semanas la Corte Suprema de Justicia presidida por la doctora Cecilia Sosa Gómez cuando dictó sentencia en contra de esta disposición que era obvia, pero basándose precisamente en esa frase un poco ambigua, o bastante ambigua”⁵⁵.

Y nuevamente, con mayor detalle en cuanto a las excepciones al artículo en discusión, dijo: “Vamos a establecer excepciones, pero vamos a establecerlas que no sean ambiguas, para algo sirve la experiencia. Por qué vamos a dejar abierta una mala experiencia que la acabamos de vivir, que por cierto significa una sentencia que durante tres años no se produjo y que se produce en el momento cuando empieza a moverse el aparataje judicial, exactamente el mismo día que comenzó la discusión aquí y que determinó la Emergencia Judicial, se produce curiosamente -como lo dijo el Ministro de Energía y Minas por no decir una palabra más fuerte- esa decisión”⁵⁶.

Concluyó manifestando su apoyo a la redacción sugerida por el constituyente Parra Luzardo. “Independientemente de que aprobemos el texto tal como viene de la Comisión, creo que la excepción como la concibe de una manera mucho más clara y diáfana el constituyente Parra Luzardo, es la más conveniente para evitar, precisamente, esas confusiones de interpretación o esas inclinaciones hacia una interpretación incorrecta como acaba de ocurrir, y la experiencia -insisto- para algo debe servir”⁵⁷.

A continuación insistió el constituyente Franceschi en su planteamiento inicial y así expuso: “Para dejar constancia que si los que se llenan la boca con decir que el aprobar el artículo son patriotas y los que discreparíamos no lo son, les llamó la atención sobre un hecho elemental. Se supone que el Gobierno electo, “vuestro Gobierno”, es un legítimo representante de toda la cháchara nacionalista que podrán agregarle para justificar la aprobación de ese artículo”⁵⁸.

Argumentado desde el punto de vista de la utilidad de su propuesta y liberar a la República y al Estado de ataduras constitucionales que les frenaran la eventual suscripción de contratos de la más variada naturaleza dijo: “Estoy pidiendo

55 Id., p. 28.

56 Ibidem.

57 Ibidem.

58 Ibidem

es para ese “vuestro Gobierno”, el derecho, eventualmente, a celebrar múltiples contratos en una etapa donde hay que ir a una intensa renegociación de contratos de deuda, donde ese artículo, salvo que todo sea una hipocresía y la excepción sea la que consagre la viabilidad de esos contratos, para que puedan hacerse”⁵⁹.

Y continuó con su discurso para criticar la posición de quienes desde el Gobierno del momento apoyaban el texto de la Comisión: “Ahora, ustedes nacionalistamente quieren amarrarles las manos al Gobierno, pues, amárrense, al fin y al cabo no es contra mí que están haciendo ese artículo, sino inhabilitando a un Gobierno que ustedes suponen ultranacionalista y ultrapatriota. Entonces, reclamo para ese Gobierno nacionalista y patriota el que ustedes confíen en él para eventualmente negociar con una mayor flexibilidad que la que impide ese artículo.

¡Disfrútenlo! En nombre de la Patria apruébenlo, pero al Gobierno le atan de pies y manos. ¡Recuérdenlo! Es todo, ciudadano Presidente”⁶⁰.

Luego de las intervenciones anteriores, el Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente recordando que el texto del artículo propuesto por la Comisión es “Textualmente el artículo 127 de la Constitución de 1961”⁶¹, sometió a votación las dos propuestas, es decir, la del constituyente Parra Luzardo, que consistió en sustituir la frase donde decía la propuesta de la Comisión: “...si no fuere impropio de acuerdo con la naturaleza de los mismos...” por la siguiente: “...salvo que un Tratado Internacional suscrito por la República disponga otra cosa”, la cual obtuvo 32 votos a favor⁶², y la propuesta de la Comisión, que obtuvo 62 votos a favor. “En consecuencia”, el Presidente de la Asamblea Nacional Constituyente, declaró “aprobada la proposición presentada por la Comisión”, y siguieron los aplausos⁶³.

Conclusiones

Siendo que por mandato constitucional los medios alternativos de justicia forman parte del sistema de justicia (art. 253) y de que existe un deber constitucional de promover el arbitraje (art. 258), no debería ser cuestionable jurídicamente la posibilidad de que la República pactara la solución de controversias mediante arbitraje internacional. Sin embargo, como hemos visto, la tradición constitu-

59 Ibidem.

60 Ibidem

61 Ver supra nota 22.

62 Id., p. 28.

63 Id., p. 29.

cional venezolana, desde 1893⁶⁴, ha restringido la admisibilidad de someter controversias a autoridades “no nacionales” relativas a contratos de interés público, lo cual también comprende ese tipo de contratos cuando sean celebrados por la República. El texto del artículo 151 de la Constitución de 1999, que sigue casi textualmente la redacción del artículo 127 de la Constitución de 1961, plantea el difícil problema de determinar qué debe entenderse por “su naturaleza” (la de dichos contratos), es decir, la admisibilidad de la sumisión por parte de la República a órganos jurisdiccionales no venezolanos está supeditada a que la “naturaleza” de tales contratos así lo permita. La experiencia venezolana, tanto al examinar las decisiones jurisprudenciales como las opiniones doctrinarias, muestran que el problema jurídicamente no tiene respuesta y por ello se acude a un criterio “práctico” que realmente, como dijimos antes, no es solución al problema, solo crea un problema que es idéntico al que trata de solucionar. Por su parte, el artículo 1 de la Constitución tampoco sería problema en la medida en que sea admisible la sumisión a órganos jurisdiccionales no venezolanos.

El artículo 151 de la Constitución de 1999 no quiso desviarse de su antecesor, el artículo 127 de la Constitución de 1961, a pesar de las críticas a la sentencia de la Sala Plena-Accidental de la Corte Suprema de Justicia de 17.8.1999 en el caso del Acuerdo de la Apertura Petrolera, la cual fue dictada durante el tiempo de los debates de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999. Siempre se quiso dejar la “ventana abierta” a que según las circunstancias del momento se pudiera pactar la sumisión a órganos jurisdiccionales extranjeros, incluido ahora el arbitraje internacional. Sin embargo, no queda para nada claro en qué casos no es admisible tal posibilidad. El artículo 151 seguirá siendo fuente de discusiones con respuestas muy poco precisas. El debate será más político y “circunstancial” que jurídico. Lo que sigue es claro es que el artículo 151 tantas veces referido no consagra la inmunidad de jurisdicción de la República, lo que consagra es una limitación a la posibilidad de que la República y otros órganos del Estado venezolano sometan controversias a la decisión de órganos jurisdiccionales extranjeros cuando la naturaleza del contrato de interés público no la permita, y de someterse quedaría vedada la eficacia de tal decisión en Venezuela. La inmunidad de jurisdicción la debe hacer Venezuela ante tribunales extranjeros de conformidad con el derecho

64 Para toda la evolución de las soluciones venezolanas sobre el tema de la posibilidad de que la República se someta a una jurisdicción extranjera (incluso no nacional) en materia de contratos de interés público el más completo trabajo es de Fermín Toro Jiménez, *Manual de Derecho Internacional Público*, Volumen 1, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982, pp. 389 y ss., con abundantes referencias bibliográficas. El relato histórico más ameno de los orígenes de la respuesta constitucional venezolana a la sumisión a tribunales “extranjeros” se puede leer en Ramón J. Velásquez, *La caída del liberalismo amarillo, Tiempo y drama de Antonio Paredes*, Ediciones de la Contraloría General de la República, Caracas, 1972, esp. pp. 123 y ss.

internacional y en los términos del derecho del foro ante el cual es llamada a litigar. El artículo 151 lo que plantea es un problema de derecho interno y no de derecho internacional.

Pero además de lo anterior, resulta que la solución de controversias jurídicas que involucren a la República (en cualquier materia) mediante árbitros no ha sido bien vista en Venezuela. Basta con releer la cita que hemos hecho al inicio de este trabajo⁶⁵. Ahora bien, ¿por qué no ha sido ni es bien visto el arbitraje para la solución de controversias que involucren a la República u otros entes del estado venezolano?⁶⁶.

Sea quien sea quien conozca de la controversia que involucre a los entes del Estado venezolano, lo importante es que la decisión sea conforme a derecho y al procedimiento de ley, con jueces o árbitros imparciales e independientes. Como apuntó un brillante jurista venezolano: “Si los pleitos los gana o los pierde Venezuela, si no se ven los intereses de las partes litigantes, sean particulares entre sí, o éstos y el Estado Venezolano, en plano de absoluta igualdad, los tribunales impartirán justicia solo para cubrir las apariencias, lo que sería lo más cruel de todas las injusticias. Venezuela no gana cuando un particular pierde un pleito con el Estado Venezolano, si el Estado no tenía razón. Venezuela pierde. Habrá ganado el Fisco. Pero el Fisco que representa lo económico, no puede estar por sobre la bondad de la justicia que representa para Venezuela la moral, la dignidad y el nombre nacional”⁶⁷.

65 Sobre este cuestionamiento ver las referencias en William M. Sullivan, *El despotismo de Cipriano Castro*, Fundación Editorial Trilobita, Caracas, 2013, esp. pp. 19 y ss., de donde tomamos la cita inicial para este trabajo que se ubica en la p. 322.

66 De la misma forma, el someterse a los órganos jurisdiccionales y procedimientos venezolanos genera no favorables comentarios. Por ejemplo: “Ningún reclamante, por grande que se a su buena fe, puede ni debe exponerse al riesgo de ese procedimiento”. Según Notas de las Legaciones de Holanda (de 26 de marzo de 1902) y de los Estados Unidos de América (de 25 de octubre de 1901) dirigidas al Ministro de Relaciones Exteriores venezolano con ocasión del Decreto Presidencial de 24 de enero de 1901, mediante el cual se fijaron las normas a seguir por quienes alegaren contra la Nación daños y perjuicios sufridos con motivo de la Revolución Liberal Restauradora liderada por Cipriano Castro, incluyendo la posibilidad de acudir ante la Alta Corte Federal para revisar sus reclamaciones, citadas en María Trinidad Pulido Santana, *La Diplomacia en Venezuela. Contienda civiles y reclamaciones internacionales*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963, p. 105, nota 161.

67 René Lepervanche Parparcén, *El Poder Judicial ante la Opinión Pública. Conferencia dictada en la Bolsa de Caracas el 23 de septiembre de 1965*, Editorial Arte, Caracas, 1965, p. 13.

Y como apuntamos hace unos años, “la vida del arbitraje internacional en Venezuela no ha sido fácil”.⁶⁸

Bibliografía

- ARCAYA, Mariano, *Constitución de la República de Venezuela (Constitución de 1961)*, Tomo I, Art. 1 al Art. 94, Empresa El Cojo, C.A., Caracas, 1971.
- ACTAS DE LA COMISIÓN REDACTORA DEL PROYECTO, *La Constitución de 1961 y la evolución constitucional de Venezuela*, Tomo I-Volumen II, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1971.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, No. 23, Sesión Ordinaria, 19.10.1999, Imprenta del Congreso de la República, Caracas.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Gaceta Constituyente (Diario de Debates)*, No. 33, Sesión Ordinaria, 1.11.1999, Imprenta del Congreso de la República, Caracas.
- BADELL MADRID, , “La Inmunidad de Jurisdicción y el Arbitraje en los Contratos del Estado”, *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Tomo II, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2006.
- BALZÁN P., Juan Carlos, “El Arbitraje en los Contratos de Interés Público de la Cláusula de Inmunidad de Jurisdicción prevista en el Artículo 151 de la Constitución de 1999”, *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Tomo II, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2006.
- BOGDANOWSKY DE MAEKELT, Tatiana, “Inmunidad de jurisdicción de los Estados”, *Libro homenaje a José Melich Orsini*, Universidad Central de Venezuela, Caracas. 1982, Volumen I.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I (8 agosto-8 septiembre 1999), Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., “Nuevas Consideraciones sobre el Régimen Jurídico de los Contratos del Estado en Venezuela”, *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Tomo II, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2006.

68 Ver “El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano”, ob. cit., nota. 6, p. 143, con más referencias.

- BRICEÑO LABORÍ, José Antonio, “La inmunidad de jurisdicción en el Tribunal Supremo de Justicia (2021-2023)”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, No. 140, 2024.
- BRITTO GARCÍA, Luis, “Nuevas bases jurídicas de la economía venezolana”, Pasqualina Curcio Curcio (Comp.), *Debate sobre la Economía Venezolana*, Universidad Simón Bolívar, Instituto de Altos Estudios de América Latina, Editorial Trinchera, Caracas, 2023.
- Corte Internacional de Justicia, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy : Greece intervening), Decisión del 3 de febrero de 2012, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>, consultado el 5 de mayo de 2025
- Corte Suprema de Justicia, Sala Plena-Accidental, caso Convenios de Asociación Petrolera, 17.08.1999, Caracas, 2001. Disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/57.-I-2-22.-APERTURA-PETROLERA.-DOCUMENTOS-DEL-JUICIO.pdf>, consultado el 26 de mayo de 2025.
- DE JESÚS O., Alfredo, “Crónica de Arbitraje Comercial -No. 3-”, *Revista de Derecho*, Tribunal Supremo de Justicia, No. 23, 2006, Caracas.
- Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, voz “Arrebató de la jurisdicción”. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/arrebato-de-la-jurisdicci%C3%B3n>, consultado el 19 de mayo de 2025.
- ESCOVAR ALVARADO, Ramón J., “Arbitraje en contratos de interés público de naturaleza comercial internacional”, Fernando Parra Aranguren (Editor), *Studia iuris civilis. Libro homenaje a Gert F. Kummerow Aigster*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, No. 16, Caracas, 2004,
- F. FEO, Ramón, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo Tercero, Editorial Biblioamericana, Argentina-Venezuela, 1953.
- FOX, Hazel, *The Law of State Immunity*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2008.
- HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio, “Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental”, Irene de Valera (Coordinadora), *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, Serie Eventos, No. 18, 2005.
- HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio, “El arbitraje internacional con Entes del Estado venezolano”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 147, Caracas, Enero-Diciembre 2009.

- HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio, “El arbitraje y las normas constitucionales en Venezuela: Lo malo, lo feo y lo bueno” *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 149, Caracas, Julio-Diciembre 2010.
- HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio (con Ivette Esis), “Capítulo XXIII Venezuela”, ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana, BARONA VILAR, Silvia, ESPLUGUES MOTA, Carlos (Directores), *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio, “Las recientes transformaciones jurisprudenciales del arbitraje en Venezuela”, *Arbitraje en Venezuela*. Colección Estado de Derecho, Tomo VII, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Acceso a la Justicia, Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Universidad Metropolitana (UNIMET), Caracas, 2012.
- HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio, “Domicilio del Demandado” (Comentario al artículo 39 de la Ley de Derecho Internacional Privado), De Maekelt, Tatiana B., Esis V., Ivette, Resende, Carla (Coords.), *Ley de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005.
- HESS, Burkhard, “The International Law Commission’s Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and their Property”, *European Journal of International Law* 4 (1993).
- HUEN RIVAS, Margot Y. “El arbitraje internacional en los contratos administrativos”, en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Tomo I, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2005.
- LEPERVANCHE PARPARCÉN, René, *El Poder Judicial ante la Opinión Pública. Conferencia dictada en la Bolsa de Caracas el 23 de septiembre de 1965*, Editorial Arte, Caracas, 1965.
- MADRID MARTÍNEZ, Claudia, “Derechos humanos y Derecho internacional privado. A propósito de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 2021”, *El Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, No. 7, 2025. Disponible en: https://www.mdipcucv.com/_files/ugd/f5426d_495df9b859f642c79894c67d8b5f976a.pdf, consultado el 19 de mayo de 2025.
- OLIVARES HERNÁNDEZ, Andrea y BRICEÑO LABORÍ, José Antonio, “La inmunidad de jurisdicción y su tratamiento por la jurisprudencia venezolana”, *El Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, No. 2, 2020. Disponible en: <http://saber>.

ucv.ve/ojs/index.php/rev_adipc/issue/view/2131, consultado el 5 de mayo de 2025.

- PALACIOS, Luis Esteban, “Disposiciones constitucionales que afectan a los contratos de interés público”, en Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía. (Eds.), *La República, la jurisdicción y la ley aplicable*, Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía., Caracas, 1980.
- PARMA PONTE, Mariana, VELÁSQUEZ REQUE, Dixies, *Los Contratos de Empréstito. Análisis Jurídico desde la experiencia del Abogado del Estado*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2006
- PLAZA, Eduardo, “La cláusula constitucional en materia de solución pacífica de controversias internacionales”, *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, No. 46, Caracas, Noviembre 1946.
- PULIDO SANTANA, María Trinidad, *La Diplomacia en Venezuela. Contiendas civiles y reclamaciones internacionales*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1963.
- RENGEL ROMBERG, Arístides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (según el Nuevo Código de 1987)*, Volumen I, Editorial Arte, Caracas, 1992.
- RODRÍGUEZ, Luis Ernesto, “Inderogabilidad Convencional de la Jurisdicción” (Comentario al artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado), De Maekelt, Tatiana, Esis V., Ivette, Resende, Carla (Coords.), *Ley de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005.
- SÁNCHEZ-COVISA, Joaquín, “La función de la declaración de eficacia (exequatur) y los efectos de las sentencias extranjeras de divorcio”, *Obra Jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa*, Ediciones de la Contraloría General de la República de Venezuela, Caracas, 1976.
- SULLIVAN, William M., *El despotismo de Cipriano Castro*, Fundación Editorial Trilobita, Caracas, 2013.
- TEJERA PÉREZ, Victorino J., *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Colección Estudios Jurídicos, No. 97, 2012.
- TEJERA PÉREZ, Victorino J., “La norma electa una via, non datur recursus ad alteram en el marco jurídico venezolano de protección y promoción de inversiones”, *Revista de Derecho*, Tribunal Supremo de Justicia, No. 23, Carcas, 2006.
- TORO JIMÉNEZ, Fermín, *Manual de Derecho Internacional Público*, Volumen 1, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, No. 186, 14.02.2001, caso Fermín Toro Jiménez y Luis Britto García v. Decreto-Ley de Promoción y Pro-

tección de Inversiones, disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>, consultado el 26 de mayo de 2025.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, No. 1393, 07.08.2001, caso Fermín Toro Jiménez y Luis Britto García v. Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos de América para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal, Caracas, 2001, disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>, consultado el 26 de mayo de 2025

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, No. 1541, 17.10.2008, caso Hildegard Rondón de Sansó y otros. Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>, consultado el 26 de mayo de 2025.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Politicoadministrativa, Venezolana de Televisión, C.A. v. Elettronica Industriale SpA, No. 855, 5.4.2006. Disponible en: <https://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00855-050406-2001-0100.htm>, consultada el 28 de mayo de 2025

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Politicoadministrativa, Minera Las Cristinas v. Corporación Venezolana de Guayana, No. 832, 15.7.2004. Disponible en: www.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Julio/00832-140704-2002-0464.htm, consultada el 28 de mayo de 2025.

VELÁSQUEZ, Ramón J., *La caída del liberalismo amarillo, Tiempo y drama de Antonio Paredes*, Ediciones de la Contraloría General de la República, Caracas, 1972. Venezuela, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* No. 36860 Extraordinario, 30.12.1999.

Venezuela, Ley de Arbitraje Comercial, *Gaceta Oficial* No. 36430, 7.4.1998.

Venezuela, Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos, *Gaceta Oficial* No. 6583 Extraordinario, 12.10.2020.

Venezuela, Ley de Derecho Internacional Privado, *Gaceta Oficial* No. 36511, 6.8.1998.

Venezuela, Ley Orgánica para la Defensa de la Guayana Esequiba, *Gaceta Oficial* No. 6798 Extraordinario, 3.4.2024.

Venezuela, Ley Orgánica de Hidrocarburos, *Gaceta Oficial* No. 38493, 4.8.2006.

