

Revista
de la
Facultad de Ciencias
Jurídicas y Políticas



Revista fundada en 1954

Universidad Central de Venezuela

Rector

Dr. Víctor RAGO

Vicerrectora Académica
Dra. María Fátima GARCÉS

Vicerrector Administrativo
Dr. José BALBINO LEÓN

Secretaria

Dra. Corina ARISTIMUÑO

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Decano

Dr. Juan Carlos APITZ BARBERA

Director de la Escuela de Derecho

Prof. Julio César CELIS

Director de la Escuela de Estudios
Políticos y Administrativo

Prof. Eduardo VALERO

Coordinación Administrativa

Prof. Williams FERNÁNDEZ

Coordinación Académica

Dra. Rosa María PÉREZ

Coordinación de Extensión

Prof. Fabio VELIZ

Coordinación de Investigación

Dra. Keila GRILLET

Director del Centro de Estudios de Postgrado

Dr. Jesús OLLARVES

Directora del Instituto de Derecho Privado

Dra. Nayibe CHACÓN

Director del Instituto de Ciencias Penales

Dr. Yván FIGUEROA

Director del Instituto de Derecho Público

Prof. Gustavo URDANETA

Directora del Instituto de Estudios Políticos

Prof.^a Geraldine LEÓN

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Periodicidad semestral (N.º 140 enero-junio de 2024)

Consejo Editorial

Director

Dr. Edison Lucio VARELA CÁCERES

(Universidad Central de Venezuela, Caracas-Venezuela)

Editor asociado

Dr. Javier L. OCHOA MUÑOZ

(Universidad Central de Venezuela, Caracas-Venezuela)

Coordinadora académica

Dra. María Fernanda PEÑA BORTONE

(Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela)

Comité Científico Asesor

Dra. Claudia MADRID MARTÍNEZ (Universidad Central de Venezuela, Caracas-Venezuela)

Prof. Gustavo AMONI (Universidad Central de Venezuela, Caracas-Venezuela)

Prof.^a Angélica CALZADILLA (Universidad Metropolitana, Caracas-Venezuela)

Prof. Diego CASTAGNINO (Universidad Central de Venezuela, Caracas-Venezuela)

Dr. Bartolomé GIL OSUNA (Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Ibarra-Ecuador)

Prof. Antonio SILVA ARANGUREN (Universidad Central de Venezuela, Caracas-Venezuela)

Diseño y diagramación: Sonia VELÁSQUEZ

Corrección: Elizabeth HASLAM

Depósito legal N.º pp197602CS1262

ISSN 0798-4456 **e-ISSN** 2791-3317

Los trabajos publicados han sido sometidos a arbitraje bajo el sistema de pares «doble ciego». La Revista está incorporada en la base de datos del «Proyecto Ulpiano» de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales: www.ulpiano.org.ve. La Revista forma parte del repositorio saber.ucv.ve.

Editorial: **Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela**

Ciudad Universitaria, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Departamento de Publicaciones, Caracas-Venezuela, Código Postal 1050. RRSS: @revistafcjp. Teléfono: (0424) 268 2667, revistafacultadderechoucv@gmail.com.

Contenido

PRESENTACIÓN

Edison Lucio VARELA CÁCERES 11

ESTADO DE DERECHO, DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS VS. SOCIALISMO

Armando Luis BLANCO GUZMÁN 13

Introducción 15

1. El Estado de Derecho 16

2. La democracia 19

3. Los derechos humanos 27

4. El socialismo, sus postulados y su relación con el Estado de Derecho 34

Conclusiones 43

REPENSANDO LA SEGURIDAD DE LA NACIÓN EN VENEZUELA

Julie T. GONZÁLEZ DE KANCEV 45

Introducción 47

1. Diversas concepciones sobre el tema 49

2. La seguridad nacional en Latinoamérica: evolución de las amenazas y del concepto 57

3. Hacia un concepto de seguridad de la nación en Venezuela 71

LA MOTIVACIÓN REFORZADA EN EL PROCESO

Rodrigo RIVERA MORALES 75

Introducción 77

1. La motivación como exigencia constitucional 79

2. Estructura funcional de la motivación 83

3. *Ratio decidendi* y *obiter dicta* 92

4. Decisiones que afectan derechos fundamentales 99

5. Motivación reforzada	101
6. Situaciones de motivación reforzada	103
6.1. <i>En caso de afectación de derechos fundamentales</i>	103
6.2. <i>En caso de fallo condenatorio en segunda instancia revocando el absolutorio de primera instancia</i>	106
6.3. <i>En casos de testigos expertos</i>	107
6.4. <i>En medidas cautelares decretando prisión preventiva</i>	110
6.5. <i>En la elaboración de inferencias indiciarias como fundamento de condena</i>	115
Conclusiones	118

LA NUEVA NORMA URBANÍSTICA PLURIFUNCIONAL. EL FIN DEL PARADIGMA ESTRUCTURAL DE LA MONOFUNCIONALIDAD EN EL DERECHO URBANÍSTICO

Emilio J. URBINA MENDOZA	121
--------------------------	-----

Introducción	123
---------------------	-----

1. La monofuncionalidad urbanística como primera etapa y característica de la norma urbanística de segunda generación	133
--	-----

2. La nueva norma urbanística o de tercera generación: la plurifuncionalidad integral	136
--	-----

2.1. <i>Reglas de normación incompleta y de posterior complementariedad</i>	138
---	-----

2.2. <i>Directrices estándar</i>	139
----------------------------------	-----

2.3. <i>Reglas de indicación flexible</i>	140
---	-----

2.4. <i>Reglas de estímulo</i>	142
--------------------------------	-----

2.5. <i>Directrices de eje</i>	143
--------------------------------	-----

Conclusiones	144
---------------------	-----

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA POR COLABORACIÓN DESPLEGADA POR LOS CONSEJOS COMUNALES

Julio César CELIS	147
-------------------	-----

Introducción	149
---------------------	-----

1. La actividad administrativa por colaboración	150
--	-----

2. La tesis de los actos de autoridad	155
--	-----

3. Los consejos comunales	158
3.1. <i>Naturaleza jurídica</i>	160
3.2. <i>Los actos dictados por los consejos comunales en ejercicio de la actividad administrativa por colaboración</i>	133
4. Control de la actividad administrativa por colaboración de los consejos comunales	170
Conclusiones	171
PERSPECTIVAS CRÍTICAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN VENEZUELA	
Roxana ORIHUELA GONZAITTI	
	173
Introducción	175
1. El concepto de tratado internacional establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados	176
2. La definición de tratado internacional acorde con la Constitución y con el Derecho Internacional Público	177
3. Los tratados internacionales como fuente del Derecho Internacional Público	180
4. Reseña del régimen de conclusión de los tratados internacionales en Venezuela y análisis crítico de la regulación de los tratados internacionales en la Constitución	182
Conclusiones	189
MARGINALIA SOBRE LA GESTIÓN INTEGRAL DE LOS RESIDUOS Y DESECHOS SÓLIDOS EN VENEZUELA	
Edison Lucio VARELA CÁCERES	
	191
Introducción	194
1. Las fases de la gestión integral de los residuos y desechos sólidos	195
2. Aspectos aparentemente controversiales	198
2.1 <i>La competencia en materia de disposición final</i>	198

2.2. <i>La competencia de los municipios en materia de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos y desechos sólidos es concurrente o exclusiva</i>	201
2.3. <i>La participación del sector privado en la gestión integral de residuos y desechos sólidos</i>	203
2.4. <i>Las tasas y tarifas por gestión integral de los residuos y desechos sólidos</i>	206
2.5. <i>La armonización de las potestades tributarias en materia de gestión integral de residuos y desechos sólidos</i>	208
2.6. <i>La sentencia N.º 209/2024 de la Sala Político-Administrativa</i>	210
Conclusiones	212

LA «COMPLICIDAD CORRESPECTIVA» EN EL ORDENAMIENTO PENAL VENEZOLANO:

NI COMPLICIDAD NI CORRESPECTIVA

Ángel ZERPA APONTE	215
Introducción	218
1. Presentación de la problemática: complicidad correspectiva y presunción de inocencia	218
2. Referencia normativa versus referencia doctrinaria	220
3. Justificación teleológica del instituto	225
4. Paradojas sancionatorias de la complicidad correspectiva	230
5. «Teoría del codominio funcional del hecho» y la complicidad correspectiva	233
6. ¿Hay complicidad en la complicidad correspectiva?	236
7. Algunos criterios jurisprudenciales	239
Conclusiones	244

**LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN EN EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
(2021-2023) 247**

José Antonio BRICEÑO LABORÍ 247

Introducción 250

1. Bases conceptuales de la inmunidad de jurisdicción 251

1.1. *Inmunidad de jurisdicción de los Estados soberanos* 251

1.2. *Inmunidad de los funcionarios diplomáticos y consulares* 255

1.3. *Inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales* 259

**2. Análisis de las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia
en materia de inmunidad de jurisdicción (2021-2023)** 264

2.1 *Caso Lismedy Elena Villanueva Ramírez vs. Consulado
de Colombia en Puerto Ordaz* 264

2.2. *Caso Luis Miguel Mulet Molina vs. Embajada de los Estados
Unidos de América* 269

2.3. *Caso Carla Papinutto Miglioranzi vs. Ministerio del Poder
Popular para Relaciones Exteriores de la República
Bolivariana de Venezuela* 271

2.4. *Caso Carlos Marcelino Rubio vs. Consulado de la
República del Ecuador* 275

2.5. *Caso María Augusta Torres Villavicencio vs. Embajada
de la República de Ecuador en Venezuela* 276

2.6. *Caso Mohamad Ahmad Mansour y otros vs. Embajada
del Reino de Arabia Saudita* 277

2.7. *Casos Arianna Sofia Guevara Palermo vs. Corporación
Andina de Fomento y Guillermo León Landázuri Flores vs.
Corporación Andina de Fomento* 280

Conclusiones 283

DISCURSO DE ORDEN EN EL ACTO DE IMPOSICIÓN DE MEDALLAS A LOS GRADUANDOS INTEGRANTES DE LA CXXIV PROMOCIÓN DE ABOGADOS DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA	
Eugenio HERNÁNDEZ BRETÓN	287
BREVE HISTORIA DE LA <i>REVISTA DE LA FACULTAD</i>	
Edison Lucio VARELA CÁCERES	293
NOTICIAS DE LA FACULTAD	303
POLÍTICA EDITORIAL DE LA <i>REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS</i>	313
INSTRUCCIONES A SEGUIR POR LOS COLABORADORES	317

Presentación

Con alegría presentamos el número 140 de la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, después de una ausencia que nos invita a reflexionar sobre sus causas y tomar arresto para en esta nueva etapa mantener la continuidad que una publicación con esta historia demanda.

Vale destacar que la convocatoria para el presente número recibió una amplia receptividad de la comunidad científica, lo cual es un buen síntoma del compromiso de los verdaderos académicos por difundir sus investigaciones y coadyuvar con el foro en el rescate del Estado de Derecho.

Recordamos que esta publicación está abierta a las diversas líneas de investigación que hacen vida en la Escuela de Derecho y en la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos, tanto a profesores como estudiantes, así como a los miembros del claustro universitario como a los investigadores externos.

Siendo consecuentes con las buenas tradiciones, mantenemos las secciones con que inició esta publicación en un lejano 1954, a saber: Doctrina, Legislación y Jurisprudencia, las secciones de «Estudios e información» y «Bibliografía» se sustituyen por Misceláneas.

La sección de Doctrina la componen los trabajos de: Armando Luis BLANCO GUZMÁN (*Estado de Derecho, democracia y derechos humanos vs. socialismo*), Julie T. GONZÁLEZ DE KANCEV (*Repensando la seguridad de la nación en Venezuela*), Rodrigo RIVERA MORALES (*La motivación reforzada en el proceso*) y Emilio J. URBINA MENDOZA (*La nueva norma urbanística plurifuncional. El fin del paradigma estructural de la monofuncionalidad en el Derecho Urbanístico*).

La sección de Legislación la integran cuatro colaboraciones: Julio César CELIS (*La actividad administrativa por colaboración desplegada por los consejos comunales*), Roxana ORIHUELA GONZATTI (*Perspectivas críticas del régimen jurídico-constitucional de los tratados internacionales en Venezuela*), Ángel ZERPA APONTE (*La «complicidad correspectiva» en el ordenamiento penal venezolano: ni complicidad ni correspectiva*) y por quien suscribe (*Marginalia sobre la gestión integral de los residuos y desechos sólidos en Venezuela*).

En Jurisprudencia, se difunde el trabajo de José Antonio BRICEÑO LABORÍ (*La inmunidad de jurisdicción en el Tribunal Supremo de Justicia –2021-2023–*).

Cerramos con la sección de Misceláneas que reproduce las palabras de Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN con motivo al acto de imposición de medallas a los graduandos integrantes de la CXXIV Promoción de Abogados; una *Breve historia de la Revista de la Facultad* por quien suscribe; las «Noticias de la Facultad», que fue un espacio que inició con el N.º 6 (1956) y donde se detallan los acontecimientos más relevantes de la gestión del Consejo de Facultad, publicaciones, conferencias y reconocimientos a los profesores y que es justo rescatar como pequeña muestra del trabajo tesonero realizado por los miembros de esta comunidad del conocimiento.

Ya para concluir, extendiendo mi gratitud al Dr. Javier OCHOA MUÑOZ y a la Dra. María Fernanda PEÑA BORTONE por sus valiosos aportes *ad honorem*, a los miembros del Consejo Científico Asesor, a los árbitros, al equipo de diagramación y corrección, al decano Dr. Juan Carlos APITZ y al Consejo de Facultad por la confianza y por supuesto, a los colaboradores que, sin sus trabajos, no sería posible obsequiar a la comunidad científica un nuevo número de la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas...*

Prof. Edison Lucio VARELA CÁCERES
DIRECTOR

Estado de Derecho, democracia y derechos humanos vs. socialismo

The rule of law, democracy and human rights vs. socialism

Armando Luis BLANCO GUZMÁN

Resumen: El presente trabajo analiza el antagonismo que existe entre el Estado de Derecho, la democracia, la vigencia de los derechos humanos y el socialismo. A tal efecto se analiza, en primer término, lo que es el Estado de Derecho. Luego se aborda el concepto y los elementos de la democracia. Seguidamente, se hace una breve aproximación al sentido y alcance de los derechos humanos y, finalmente, se desarrolla lo que es el socialismo y cómo sus planteamientos se contraponen a los principios fundamentales del Estado de Derecho. **Palabras clave:** Estado de Derecho, democracia, derechos humanos, socialismo. Recibido: 11-03-24. Aprobado: 27-04-24.

Abstract: *This paper aims to examine the conflict that arises between the rule of law, democracy, adherence to human rights, and socialism. The first section of the paper provides an analysis of the rule of law, followed by an explanation of the concept and components of democracy. Next, a brief overview of the meaning and extent of human rights is presented; and finally, the paper explains what socialism is and how its principles are incompatible with the fundamental principles of the rule of law. **Keywords:** The rule of law, democracy, human rights, socialism.*

Estado de Derecho, democracia y derechos humanos vs. socialismo

Armando Luis BLANCO GUZMÁN*
Revista FCJP, ISSN 0798-4456, ISSN-e 3007-4436,
N.º 140, 2024, pp. 13-44.

SUMARIO: Introducción 1. El Estado de Derecho 2. La democracia 3. Los derechos humanos 4. El socialismo, sus postulados y su relación con el Estado de Derecho. Conclusiones

Introducción

Desde hace tiempo me he debatido entre abordar un tema que me parece anacrónico o, simplemente, y de manera congruente con esa visión, dejarlo a un lado. Empero, dicho tema se ha mantenido como un punto medular de los debates en buena parte del continente americano e incluso en algunos países europeos en estos comienzos del siglo XXI. Me refiero al socialismo como modelo paradigmático de Estado.

En efecto, la reedición de la tesis socialista se ha erigido como una de las cuestiones fundamentales del debate público de nuestro tiempo, lo cual, adelante, me parece un burdo ejercicio demagógico porque, para el Estado de Derecho (en su concepción actual), la democracia y, con ellos, la efectiva vigencia de los derechos humanos, este es un tema superado.

* **Universidad Católica Andrés Bello** (Caracas-Venezuela), Doctor en Derecho. **Mediterranea International Centre for Human Rights Research** (Calabria-Italia), Post-Doctor. **Universidad Monteávila** (Caracas-Venezuela), Profesor de Postgrado. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

Sin embargo, su actualidad política y social es innegable y, por tanto, como quiera que una de las funciones del Derecho público es prevenir las formas de extremismo y de arbitrariedad, entre las cuales se encuentra el socialismo, me parece que es necesario disertar sobre cómo el socialismo se opone a la relación triádica que, de acuerdo a los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana, hay entre Estado de Derecho, democracia y derechos humanos.

Para ello, iniciaré haciendo una aproximación a lo que es el Estado de Derecho en su visión actual; luego, precisaré en qué consiste la democracia y cuáles son sus elementos. Posteriormente, desarrollaré la teoría general de los derechos humanos, para seguidamente continuar con el socialismo, sus postulados y su relación con el Estado de Derecho.

1. El Estado de Derecho

El Estado de Derecho es un concepto dinámico y, como tal, ha venido evolucionando. Al mismo tiempo, es un concepto complejo que se encuentra integrado por una serie de principios fundamentales. Finalmente, es un concepto axiológico que, por tanto, está concebido para la concreción de determinados fines.

El referido carácter dinámico del Estado de Derecho es explicado por HERNÁNDEZ-MENDIBLE¹ de la siguiente forma: el Estado de Derecho inició con la sujeción al imperio de la legalidad; luego evolucionó hacia lo que sería su segunda etapa, a saber, el advenimiento del Estado constitucional, en el cual se reconoce a la Constitución como la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico; y, posteriormente, avanzó hasta el escenario actual, en el que los órganos del Poder Público tienen el deber de cumplir con el *corpus iuris* de la convencionalidad.

¹ Víctor R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, «La convencionalización del Derecho público en América», en *Hacia un Derecho Administrativo para retornar la democracia. Liber amicorum al profesor José R. Araujo-Juárez* (Caracas: CERECO-Universidad Monteávila-Centro para la Investigación y el Derecho Público, 2018), p. 235.

De tal manera que la convencionalidad se incorporó al concepto guía (Estado de Derecho) como «la tercera generación de reglas y principios jurídicos»² en la que cada uno se complementa y adquiere sentido en función de la garantía y protección de los derechos humanos.

El carácter complejo del Estado de Derecho se refiere a que es una forma de Estado que se crea, organiza y actúa conforme a «una serie de principios esenciales, innegociables e indiscutibles»³ que, en el contexto antes expuesto, tienen por norte asegurar el goce y la salvaguarda de los derechos humanos.

Así, igualmente lo reconocía GARCÍA DE ENTERRÍA⁴, cuando señalaba que el Estado de Derecho se encuentra amalgamado a la democracia y a otros principios fundamentales que orientan su finalidad humanista y, con ella, la vigencia y garantía de los derechos humanos.

Se trata de un conjunto de principios esenciales que se suele calificar como el mínimo común denominador del Estado de Derecho. A saber:

- i. El reconocimiento del principio de juridicidad a que se refieren los artículos 3 y 4 de la Carta Democrática Interamericana.
- ii. El principio de separación de poderes consagrado en el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana.
- iii. El principio de responsabilidad del Estado que se desprende de los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

² HERNÁNDEZ-MENDIBLE, «La convencionalización del Derecho público en América», p. 235.

³ José María CASAL, *Constitución y Justicia Constitucional* (Caracas: UCAB, 2004), p. 28.

⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid: 3.ª, Cívitas, 1985), p. 101.

- iv. El control de la actuación del Estado que se deduce de los artículos 25, 33, 41, 62, 63 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- v. La democracia dispuesta en los artículos 1 y 2 de la Carta Democrática Interamericana.
- vi. La obligación de proteger los derechos humanos contenida en artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este último elemento referido a la salvaguarda de los derechos humanos es precisamente el tercer rasgo fundamental del Estado de Derecho, a saber, su carácter axiológico; esto es que su vocación es utilitaria o funcional y que, conforme al artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados partes de la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

De tal manera que la existencia y actividad del Estado de Derecho está centrada en «la protección de los derechos convencionales»⁵, de lo cual se deduce que los derechos humanos son la razón de ser del Estado de Derecho, pero, a la vez, un límite para el ejercicio del Poder Público, según el cual el Estado no puede violar los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «bajo ninguna circunstancia y so pena de responsabilidad»⁶.

⁵ CIDH, sent. N.º 85, del 15-09-05, caso Masacre de Mapiripán.

⁶ CIDH, sent. N.º 71, del 31-01-01, caso Tribunal Constitucional vs. Perú.

2. La democracia

Como afirmó GARCÍA-PELAYO⁷, la democracia nació como la antítesis del sistema de privilegios de *l'ancien régime* y, con ello, vino a sustituir lo que BREWER-CARÍAS⁸ denomina «el principio tradicional de legitimidad monárquico-hereditario del Estado», por el de soberanía popular representativa, basado en el principio de que la soberanía reside en el pueblo, el cual la ejerce mediante representantes con el fin de que el poder del Estado obre en favor de los derechos de las personas.

De modo que entre el sistema democrático y los derechos humanos existe una compatibilidad natural que permite afirmar, sin hesitaciones, que en sí misma «la democracia existe para garantizarlos»⁹.

Por ello, MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI¹⁰ sostiene que no puede haber democracia sin la vigencia efectiva de los derechos humanos, toda vez que estos son el vector del sistema democrático.

En otras palabras, la democracia es «una forma de gobierno en la cual el pueblo detenta el poder político»¹¹, y lo ejerce en su beneficio propio,

⁷ Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional comparado* (Madrid: Revista de Occidente, 1951), p. 321.

⁸ Allan R. BREWER-CARÍAS, «El Estado democrático», en: *Principios fundamentales del Derecho público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2020), p. 16.

⁹ Ángel Luis MOIA, «Los derechos políticos como derechos humanos. Una aproximación desde la práctica jurisprudencial de la Corte Suprema de Argentina» *Revista del Instituto Iberoamericano de los Derechos Humanos* 45 (2007): p. 355.

¹⁰ Víctor M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, «Derechos humanos y democracia como factor de integración regional», en *Derechos individuales e integración regional (antología)* (Roma-Perugia-México: Universidad de Perugia-Tecnológico de Monterrey, 2013), p. 253.

¹¹ Jaime ARAUJO RENTERÍA, *Principios de Derecho Constitucional* (Bogotá: McGraw-Hill Interamericana, 1999), p. 3.

a través de la adopción y ejecución de las medidas requeridas para la satisfacción de sus intereses y la vigencia de los derechos humanos.

De tal manera que es «el sistema de gobierno donde el pueblo tiene la capacidad de adoptar las decisiones esenciales para la vida de los miembros de la comunidad»¹², y con ello garantizar los derechos humanos.

En definitiva, la democracia es el principio fundamental del Estado de Derecho, según el cual el pueblo detenta el Poder Político para determinar la forma, organización y el funcionamiento Estado y, así, encauzarlo para que actúe en favor de los derechos humanos.

Ahora bien, al igual que el Estado de Derecho, la democracia es un *supra* concepto y, en consecuencia, se compone de una serie de elementos esenciales como son:

En primer lugar, la representatividad, esto es que «el pueblo, que es el titular de la soberanía, normalmente la ejerce mediante representantes»¹³, es decir, que la democracia se define como el gobierno del pueblo mediante representantes elegidos.

De hecho, ARAUJO-JUÁREZ¹⁴ afirma que no hay más democracia posible (efectiva) que la democracia representativa, pues la democracia directa no es otra cosa que un ideal teórico irrealizable, mientras que la democracia representativa, con los defectos que derivan, esencialmente, del déficit de participación por desafección política de los ciudadanos, «ha demostrado

¹² Alessandro PIZZORUSSO, *Lecciones de Derecho Constitucional* (Madrid: CEPC, 1984), t. I, p. 23.

¹³ BREWER-CARÍAS, «El Estado democrático», p. 33.

¹⁴ José ARAUJO-JUÁREZ, «El principio de participación y la iniciativa legislativa ciudadana», en *Principios fundamentales del Derecho público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2020), p. 101.

ser la mejor de las conocidas para garantizar la participación de los ciudadanos, legitimar los poderes del Estado y, finalmente, contribuir a una sociedad más desarrollada, generadora de alta calidad de vida para los ciudadanos»¹⁵.

Ciertamente, la representatividad y, con ella, el principio de articulación de la sociedad con el poder determinan que los procesos políticos y administrativos de decisión y de gestión de las instituciones se desarrolle en favor de los intereses ciudadanos y, por tanto, en pro de sus derechos.

En segundo lugar, la participación ciudadana que, como afirma ARAUJO-JUÁREZ¹⁶, es uno de los pilares básicos del sistema democrático, y comprende la propia adopción del sistema democrático y su ejercicio conforme a las siguientes condiciones:

Para empezar, y de conformidad con el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana y 23.1.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de manera libre, es decir, conforme a nuestro propio criterio y, en consecuencia, en ejercicio de la facultad de autodeterminación y, con ella, de la opinión particular que tenemos sobre los asuntos del Estado.

En otros términos, el derecho a la participación se enmarca dentro de la libertad de conciencia y responde a las ideas y convicciones propias, con lo cual constituye una garantía frente a la coacción de terceros en el desarrollo de nuestro derecho a la participación.

Precisamente, como una garantía de la libre participación en los asuntos del Estado, se consagra en el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana y 23.1.b de la Convención Americana sobre Derechos

¹⁵ *Ibíd.*, p. 103.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 108.

Humanos el secreto del voto, pues sin este, los ciudadanos pueden estar expuestos a coacciones o represalias a consecuencia de sus posiciones políticas.

En efecto, la libre elección de los ciudadanos en los asuntos públicos se apoya en el derecho al secreto del voto, ya que este permite la interdicción de prácticas intimidatorias o retaliaciones sobre los ciudadanos que escogen entre las distintas opciones políticas.

Seguidamente, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 Carta Democrática Interamericana y 23.1.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la participación debe garantizarse en condiciones de universalidad y esto, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷, se refiere a que todos los ciudadanos deben gozar de los derechos políticos.

En consecuencia, la universalidad del derecho a la participación es la base sobre la cual el artículo 23.1.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el principio de igualdad en el acceso a la función pública. Esto es que todos los ciudadanos tienen las mismas condiciones para acceder a los cargos de elección popular, sin que puedan establecerse discriminaciones y sin que puedan asentarse privilegios o posiciones de dominio sobre otros actores políticos.

Luego, el artículo 23.1.a de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que el derecho a la participación puede ejercerse directamente o por medio de representantes elegidos, contexto en el cual adquieren particular relevancia los partidos políticos que, en cuanto formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, deben «tener propósitos compatibles con el respeto de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana»¹⁸.

¹⁷ CIDH, sent. N.º 184, del 06-08-08, caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos.

¹⁸ CIDH, sent. N.º 127, del 23-06-05, en el caso Yatama vs. Nicaragua.

Por otra parte, el derecho a la participación también debe ejercerse conforme al principio de racionalidad, según el cual la intervención de los ciudadanos en los asuntos públicos debe responder a un juicio lógico y no a una conducta pasional. Por ello, HAURIU¹⁹ señalaba que la democracia es una organización racional y, por ende, el ejercicio democrático debe estar determinado por la cordura y el sano juicio; en ningún caso, por parámetros irracionales, como el carisma, la estima, la devoción y, en general, cualquier otra conducta similar.

En efecto, la escogencia de un funcionario sometido a elección popular debe basarse, en primer lugar, en que su programa político cumple con nuestra visión y expectativas sobre la actuación del Estado y, en segundo lugar, en sus capacidades objetivas, es decir, en sus competencias y preparación para cumplir con las funciones que debe desempeñar, pues nadie puede hacer aquello para lo cual no está preparado.

A lo expuesto se suma la relevancia de la libertad de prensa y de la libre acción y opinión de los medios de comunicación que, como afirma THOMPSON²⁰, apuntalan el derecho a la información como parte del concepto participación racional.

Asimismo, la racionalidad viene aparejada con los principios de «máxima divulgación, publicidad y transparencia»²¹, según los cuales toda información debe ser accesible, oportuna y fidedigna para así ejercer un control de la gestión pública, y con ello racionalizar el ejercicio de la participación ciudadana sobre la base de un análisis objetivo de los actores políticos.

¹⁹ André HAURIU, *Derecho Constitucional e instituciones políticas* (Barcelona: Ariel, 1971), p. 73.

²⁰ José THOMPSON JIMÉNEZ, «Participación, democracia y derechos humanos: un enfoque a partir de los dilemas de América Latina» *Revista del Instituto Iberoamericano de los Derechos Humanos* 34-35 (2001): p. 91.

²¹ CIDH, sent. N.º 151, del 19-09-06, caso Claude Reyes y otros vs. Chile.

Finalmente, la participación política debe desarrollarse en el marco de los principios de imparcialidad y transparencia que deben informar a los órganos electorales. Esto es que el Estado debe garantizar la neutralidad de los órganos que recogen la participación ciudadana y, al mismo tiempo, que los procesos comiciales, refrendarios, etc., sean auditables y que expresen fidedignamente la voluntad popular.

Así lo reconocen CABALLERO OCHOA y RÁBAGO DORBECKER²² al señalar que los procesos electorales deben llevarse a cabo en un «clima» de transparencia, probidad, respeto a los derechos humanos y, particularmente, a la libertad de expresión y prensa.

En el mismo sentido, se expresan MOLINA VEGA y PÉREZ BARALT²³, reconociendo que los principios de imparcialidad y transparencia aparejan la obligación del Estado de generar condiciones favorables para la realización de los procesos electorales.

De manera que los órganos electorales deben velar por el cumplimiento de los principios que informan la participación política (libertad, secreto, universalidad, igualdad y racionalidad) y, en consecuencia, actuar conforme a procesos que garanticen el logro de los ideales democráticos.

En tercer lugar, la democracia supone «un gobierno sometido a controles, y no solo por parte del Poder mismo conforme al principio de la separación de los poderes del Estado, específicamente del Poder Judicial y del juez constitucional, sino por parte del pueblo mismo, es decir, de los

²² José L. CABALLERO OCHOA y Miguel RÁBAGO DORBECKER, «Artículo 23. Derechos Políticos», en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2014), p. 560.

²³ José E. MOLINA VEGA y Carmen PÉREZ BARALT, «Participación política y derechos humanos» *Revista del Instituto Iberoamericano de los Derechos Humanos* 34-35 (2001): p. 23.

ciudadanos, individual y colectivamente considerados, y precisamente a ello es que tienen derecho los ciudadanos cuando hablamos del derecho a la democracia»²⁴.

Ciertamente, el sistema democrático apareja la existencia de instrumentos jurisdiccionales que permitan «controlar que el acceso al poder se realice solo mediante métodos democráticos, de manera que pueda tener competencia, por ejemplo, para controlar la constitucionalidad no solo de la elección, sino de la designación de gobernantes, e incluso del comportamiento de los partidos políticos, pudiendo proscribir, por ejemplo, aquellos partidos con fines no democráticos cuyo objetivo es precisamente destruir la democracia»²⁵.

En cuarto lugar, la democracia se informa del principio de reciprocidad a que se refieren los artículos 3 y 7 de la Carta Democrática Interamericana, según el cual el Estado democrático es aquel que funcionaliza sus instituciones hacia la garantía real o finalista de los derechos humanos y, con ello, la protección de la dignidad humana.

Significa, entonces, que el principio de reciprocidad hace descender a la democracia de las nubes de la teoría política para convertirla en forma de vida de las gentes y en una guía que orienta al Estado en la satisfacción y protección de los derechos humanos. En otros términos, la axiología democrática da lugar a la mejora continua de la «*praxis* institucional del Estado»²⁶ en favor de los derechos de las personas.

De acuerdo a GABRIEL²⁷, la reciprocidad democrática no es otra cosa que la garantía de funcionamiento de las instituciones del Estado en el

²⁴ BREWER-CARÍAS, «El Estado democrático», p. 38.

²⁵ *Ibíd.*, p. 39.

²⁶ EVARISTO PRIETO NAVARRO, *La reflexión sociológica sobre la legitimidad. Estado, justicia Derechos*. Editorial Alianza. Madrid (2002): p. 134.

²⁷ Citado en GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional comparado*, p. 321.

cumplimiento de sus cometidos constitucionales y, por tanto, en garantizar el goce y protección de los derechos humanos.

En el mismo sentido, se pronunció HAURIUO²⁸, al referirse a la axiología democrática como un principio finalista que le asigna al Estado la tarea de velar por la defensa y el desarrollo de las personas y sus derechos.

En términos de los artículos 11, 12, 13, 14 y 15 de la Carta Democrática Interamericana, la democracia es interdependiente del desarrollo social y económico, y ello conduce a los Estados a «adoptar las decisiones esenciales para garantizar los derechos humanos, luchar contra la pobreza, la falta de oportunidades, el estancamiento económico y, en fin, las distintas situaciones que afectan de manera negativa al individuo y a la sociedad»²⁹.

En otras palabras, la reciprocidad no es otra cosa que la denominada legitimidad de ejercicio, según la cual no basta que las instituciones del Estado tengan un origen democrático, sino que el poder sea abierto, es decir, que sea permeable a las aspiraciones ciudadanas y que, en consecuencia, las satisfaga.

Según lo expuesto, la legitimidad de ejercicio es una garantía operativa y funcional que obliga al Estado a actuar en favor de la dignidad humana, lo cual se resume en la siguiente frase de IGNATIEFF³⁰: «la democracia sin constitucionalismo de los derechos humanos no es más que la tiranía de la mayoría».

Lo expuesto evidencia que la democracia moderna no se sustenta en «meros esquemas electorales»³¹, sino que va más allá y obliga al Estado

²⁸ HAURIUO, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, p. 73.

²⁹ Antonio CALERO, *Partidos políticos y democracia* (Barcelona: Salvat, 1982), p. 53.

³⁰ Michael IGNATIEFF, *Los derechos humanos como política e idolatría* (Barcelona: Paidós Ibérica, 2003), p. 56.

³¹ Alejandro NIETO, *Derecho Administrativo sancionador* (Madrid: Tecnos, 1993), p. 35.

a actuar ajustado al denominado *test* de compatibilidad con el sistema democrático, que permite analizar la legitimidad de la actuación del Estado y, con ello, se procura que las libertades públicas no se limiten de forma ilegítima y que los derechos prestacionales, así como los denominados «derechos de solidaridad», sean atendidos de forma idónea, racional y eficiente.

En quinto lugar, el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana establece que la democracia se informa del pluralismo y respeto a las minorías. Por ende, es un sistema en el que la realidad social se desarrolla desde una concepción pluralista que difiere de las visiones monolíticas y unitarias propias de los regímenes autoritarios.

En sexto lugar, la democracia se informa del principio de alternabilidad y acceso al poder, reconocido en el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, según el cual no basta que haya varias alternativas entre las cuales elegir en un proceso electoral, sino que, efectivamente, deben realizarse periódicamente elecciones que den lugar a cambios en los gobernantes.

3. Los derechos humanos

Como sostiene LÖSING³², los derechos humanos «no son un marco que sea definible con absoluta exactitud». Antes bien, son una cláusula abierta donde tienen cabida todas aquellas facultades necesarias para el desenvolvimiento inocuo de la personalidad.

En otras palabras, los derechos humanos son una garantía de respecto individual que, como afirmó GARCÍA DE ENTERRÍA, «tienden a asegurar el libre desenvolvimiento de las personas»³³ y, por tanto, permiten su autodeterminación.

³² Norbet LÖSING, «La jurisdicción constitucional como contribución al Estado de Derecho», en *La jurisdicción constitucional, democracia y Estado de Derecho* (Caracas: UCAB, 2005), p. 64.

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 47.

De acuerdo con HAEBERLE³⁴, «son la definición de un espacio abierto» donde tiene cabida todo aquello que pueda hacer una persona sin afectar a otra y, por ende, son igualmente concebidos como los vehículos que permiten la innovación de nuestras esferas jurídicas, posibilitando que actuemos conforme a nuestro propio criterio.

En otros términos, son el conjunto de libertades esenciales para el desarrollo de la persona y, por tanto, no son una expresión *numerus clausus* del ordenamiento jurídico positivo, sino una garantía del pleno desenvolvimiento de la personalidad.

Efectivamente, los derechos humanos no responden a un catálogo de situaciones prescritas en el ordenamiento jurídico, sino que constituyen una idea expansiva y creciente que abarca «todo aquello necesario para el desarrollo de una vida constitucional»³⁵.

Esto es que cada quien viva de acuerdo a sus aspiraciones y capacidades, con lo cual se garantiza la autodeterminación de la persona como un elemento de la dignidad humana «cuyo basamento se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todos los individuos deben ser tratados como iguales»³⁶ en el derecho a desarrollar su personalidad.

La autodeterminación conlleva el reconocimiento de otros derechos, como la libertad de conciencia, la libertad ambulatoria, la libertad de expresión, la libertad económica etc., y, al mismo tiempo, es el punto de partida de otro de los derechos con mayor recurrencia en las normas internacionales de derechos humanos. A saber, el derecho a la igualdad,

³⁴ Citado en *ibíd.*, p. 198.

³⁵ Alan BRONFMAN VARGAS, *Manual de Derecho Constitucional* (Madrid: Universidad Europea de Madrid-CEES, 1998), p. 17.

³⁶ CIDH, sent. N.º 329, del 30-11-16, caso I.V.* vs. Bolivia.

el cual puede definirse como «una técnica de gestión de diferencias»³⁷, según la cual el Estado de Derecho reconoce que todos los individuos somos diferentes unos de otros y, por tanto, tenemos el mismo derecho a proyectar nuestras particularidades; esto es, en definitiva, el derecho a desarrollar nuestra personalidad.

De lo anterior se desprende que la igualdad es «un efecto de la libertad pues si todos los hombres son plenamente libres, son por ello mismo iguales»³⁸, en el derecho a expresar su libertad «sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida»³⁹.

Complementariamente, entre los derechos de autodeterminación se encuentra el derecho de propiedad, que representa un elemento indispensable para que las personas dispongan del libre desenvolvimiento de su personalidad en el marco de sus aspiraciones y capacidades.

Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁰ ha señalado que el derecho de propiedad es un derecho humano indispensable para las condiciones básicas de existencia.

Se trata de un derecho amplio que tiene una configuración individual, según la cual es el poder subjetivo de imperio y disposición sobre un bien, lo cual, en términos del referido Tribunal interamericano, abarca «el uso y goce de los “bienes”, esto es, las cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona»⁴¹.

³⁷ Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 2000), p. 289.

³⁸ HAURIOU, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, p. 67.

³⁹ CIDH, sent. N.º 329, citada *supra*.

⁴⁰ CIDH, sent. N.º 252, del 25-10-12, caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador.

⁴¹ CIDH, sent. N.º 299, del 01-09-15, caso Comunidad campesina de Santa Bárbara vs. Perú.

Incluso, los elementos incorporales «y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor»⁴². Verbigracia, acciones de empresa, el derecho a una «pensión nivelada»⁴³, las creaciones intelectuales o derechos de autor «la publicación, explotación, cesión o enajenación de la obra»⁴⁴, el aspecto «inmaterial que se relaciona con la salvaguarda de la autoría de la obra y la protección de su integridad y en general, cualquier derecho adquirido incorporado al patrimonio de una persona»⁴⁵.

En este contexto, la citada Corte Internacional ha afirmado que la mencionada configuración personalista del derecho a la propiedad supone «un ámbito de la privacidad que debe quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública»⁴⁶.

Ahora bien, los derechos humanos no se agotan con los derechos auto-ejecutivos, sino que se extienden a los derechos prestacionales que, como afirma BREWER-CARÍAS⁴⁷, son el resultado de la Revolución industrial y, con ella, de la crisis social que exigió que se acrecentaran las funciones administrativas del Estado, para así dar lugar a una nueva categoría de derechos concebidos para mejorar las condiciones materiales de cada persona a través de la prestación de servicios universales que se consideran esenciales para todos.

En otras palabras, la necesidad de garantizar una existencia humanamente digna conllevó que el Estado post Revolución industrial asumiera

⁴² CIDH, sent. N.º 74, del 06-02-01, caso Ivcher Bronstein vs. Perú.

⁴³ CIDH, sent. N.º 98, del 28-02-03, caso «Cinco Pensionistas» vs. Perú.

⁴⁴ CIDH, sent. N.º 135, del 22-11-05, caso Palamara Iribarne vs. Chile.

⁴⁵ CIDH, sent. N.º 170, del 21-11-07, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador.

⁴⁶ CIDH, sent. N.º 299, citada *supra*.

⁴⁷ Allan R. BREWER-CARÍAS, *Instituciones políticas y constitucionales* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1996), p. 43.

tareas prestacionales irrenunciables que tienen por objeto que todas las personas, independientemente de su posición económica, tengan acceso a los servicios esenciales, y que con ello puedan desarrollar plenamente sus aspiraciones y su personalidad.

Por tanto, se puede afirmar que el nacimiento de los derechos sociales ha servido como instrumento de transformación social, pues impuso al Estado el deber de garantizar una serie de actividades esenciales para que las personas tengan acceso a actividades como la salud o a los servicios educativos, entre otros.

A la luz de lo expuesto, los derechos prestacionales se incorporaron a la teoría general de los derechos humanos sin reducirlos ni afectar los derechos de libertad, pues, conforme al principio de interdependencia de los derechos humanos, no existe una jerarquía entre los derechos y, en consecuencia, todos deben ser protegidos y garantizados por igual.

Ello así, resulta esencial hacer mención a los rasgos característicos de estos derechos:

En primer lugar, y como un efecto del derecho a la igualdad, se encuentra la cláusula de asequibilidad, según la cual los derechos prestacionales deben ser desarrollados a favor de todas las personas, ya que, precisamente, estas prestaciones son asumidas por el Estado para garantizar que todos tengan acceso a la salud, a la educación, etc., independientemente de sus condiciones económicas.

En segundo lugar, se encuentra la cláusula de exhaustividad, de acuerdo a la cual la prestación debe satisfacer todas las exigencias que puedan tener los usuarios sobre un servicio en particular. En otras palabras, la prestación debe desarrollarse de forma integral o sistémica. Verbigracia, en materia de salud no basta que la Administración establezca un sistema

primario de atención, sino que debe garantizarse que el servicio pueda atender cualquier afección que pueda presentar una persona.

En tercer lugar, se encuentra la cláusula de calidad, según la cual se debe garantizar que la actividad se desarrolle en condiciones óptimas, ya que, como sostiene BRITO CHECCI⁴⁸, en el Estado de Derecho no cabe la «mera atención de estereotipos y los paradigmas constitucionales», sino que se deben optimizar, en la *praxis*, las promesas constitucionales y dentro de ellas las de carácter prestacional.

En cuarto lugar, se encuentran sometidos a un régimen tarifario directo o indirecto, esto es que no existe una prestación gratuita, pues todas tienen un costo que se debe pagar a través de los impuestos generales o, de ser el caso, mediante una tasa o precio público. Lo que puede ocurrir es que se pague, en atención a determinadas condiciones económicas o sociales, una tarifa o precio menor al real, pues el Estado, a los fines de garantizar la prestación universal, utiliza técnicas como la financiación, los fondos de compensación o los subsidios.

En quinto lugar, los derechos prestacionales se informan del principio de obligatoriedad, conforme al cual son verdaderos imperativos para el Estado y, por tanto, les son exigibles a él. Es decir, es responsabilidad directa del Estado satisfacer las exigencias que tenga la población en materia de derechos prestacionales. Por ende, tales prestaciones no son exigibles a los particulares, salvo que estos, en ejercicio de la libertad de empresa, intervengan en un determinado sector, sometiéndose al correspondiente régimen estatutario y, con él, a las correspondientes cargas de servicio.

⁴⁸ Mariano BRITO CHECCI, «Constitución y Derecho público. Cumplimiento de las promesas», en *Derecho Administrativo Latinoamericano. 100 Autores en homenaje al Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello* (Caracas: Ediciones Paredes, 2007), p. 173.

Luego, si la Revolución industrial y, con ella, el vertiginoso desarrollo que ha tenido la sociedad dio lugar al reconocimiento de una serie de derechos prestacionales que impusieron verdaderas obligaciones de hacer al Estado, las realidades actuales han dado lugar al reconocimiento de los denominados «derechos de solidaridad», es decir, derechos *supra* individuales que responden a la necesidad de promover y elevar el nivel de vida de las personas dentro de un contexto más amplio que el personal.

Se trata de derechos que trascienden la esfera individual de las personas y que, por tanto, no deben ser observados como garantías particulares o personales, sino como derechos que corresponden a toda la población, considerada en su conjunto. Es decir, como una serie de principios que no son individualizables, sino que están concebidos para el bienestar de la sociedad.

PECES BARBA se refiere a estos derechos como aquellos que tienden a «la reducción de las condiciones de pobreza, de escasez y en general, de las circunstancias que obstaculizan el ejercicio del derecho a una vida constitucional»⁴⁹. Lo anterior presupone que el Estado debe proveer de espacios propicios para el desarrollo armónico de la sociedad en pro del mejoramiento de las condiciones de infraestructura, de servicios, de áreas verdes, medioambiente, etc.

Estos derechos se basan en la idea del progreso humano sostenible que provea condiciones de buen vivir para las personas, pero que, de igual modo, garantice que el aprovechamiento de los recursos naturales se haga de forma responsable con el ambiente y las demás especies.

De allí, que tiendan a la consolidación de un hábitat donde puedan satisfacerse las necesidades humanas de manera sustentable.

⁴⁹ Gegrorio PECES-BARBA, *Curso de Teoría del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 1999), p. 188.

4. El socialismo, sus postulados y su relación con el Estado de Derecho

El socialismo es una doctrina utópica que surge de la crítica a la organización burguesa de la sociedad y propugna una revolución liberadora del poder injusto y opresivo que, en su concepto, es el Estado para la sociedad. Para ello, plantea las siguientes premisas:

En primer lugar, la negación de la autodeterminación personal, esto es que, según los socialistas, las personas están condicionadas por la clase social en la que se desarrollan y, por tanto, sus pensamientos y actuaciones son el resultado de la superestructura ideológica impuesta por los intereses de clase.

De tal manera que, conforme a la concepción marxista, «la existencia colectiva determina la conciencia»⁵⁰, o, lo que es igual, la pertenencia a una clase social prescribe una forma de pensamiento que va en pro de los intereses de la clase dominante.

En otras palabras, para el socialismo, las opiniones políticas, económicas, etc., responden a una voluntad colectiva que es conforme a la cual se impone un modelo de Estado y, por tanto, este no es más que un instrumento de dominación de la clase imperante.

Obvian los socialistas que la autodeterminación es un constitutivo esencial del hombre y, por tanto, «una facultad imprescindible de la personalidad»⁵¹, que consiste en «la capacidad que tiene cada quien de adoptar y ejecutar libremente sus propias decisiones»⁵².

⁵⁰ Ludwig VON MISES, *Socialismo. Análisis económico y sociológico* (Epublibre, 1922), p. 23.

⁵¹ Jorge DE ESTEBAN y Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO, *Curso de Derecho Constitucional español* (Madrid: UCM, 1993), vol. II, p. 65.

⁵² Joaquín GARCÍA MORILLO, «Los derechos de la libertad I. La libertad personal», en *Derecho Constitucional* (Valencia: 4.ª, Tirant Lo Blanch, 2000), vol. I, p. 246.

De allí que sea considerada una garantía de respeto individual que, por una parte, posibilita el desarrollo de la personalidad y, por otra, garantiza la coexistencia pacífica, pues puede hacerse todo aquello que no haya sido prohibido por no constituir un hecho lesivo de los derechos de otra persona.

Por ello HAURIUO⁵³ concebía a la libertad como un derecho doble faz que, por un lado, constituye una manifestación de confianza en los individuos y en el respeto al arbitrio de cada uno y, por otro lado, representa la garantía de que cada persona puede vivir sin sentir temor de otro, pues todos podemos extender nuestra libertad hasta donde comienza el derecho de los demás.

Es, pues, el reconocimiento de que la vida es un camino abierto a la independencia y que su devenir obedece a las aspiraciones y capacidades de cada quien.

En palabras de ORTEGA⁵⁴, es aquello que nos permite vivir por sí y para sí, esto es que cada quien queda en absoluta franquía para hacer lo que desea, para vacar a sí mismo.

Por ende, es un concepto que se encuentra vinculado al respecto de las esferas jurídicas y a la idea de que cada quien viva conforme sus expectativas, riesgos, bondades, «opciones y convicciones»⁵⁵.

Es precisamente la autodeterminación la base sobre la cual los socialistas desarrollaron la ideología que, paradójicamente, niega la autodeterminación de los demás y con ello, «los derechos y libertades fundamentales que protegen nuestra capacidad de elegir el tipo de vida que queremos vivir»⁵⁶.

⁵³ HAURIUO, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, p. 67.

⁵⁴ JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas* (Madrid: Espasa, 1993), p. 19.

⁵⁵ CIDH, sent. N.º 329, del 30-11-16, caso I.V.* vs. Bolivia.

⁵⁶ PABLO DA SILVEIRA, *John Rawls y la justicia distributiva* (Madrid: Alfaomega, 2003), p. 33.

En segundo lugar, preconiza el igualitarismo, esto es que busca asimilar las condiciones materiales de las personas con fundamento en la idea de que la mayor parte de las desigualdades sociales derivan del sistema político económico liberal burgués y, si se elimina dicho sistema, pueden hacerse desaparecer las desigualdades materiales existentes.

Así, el igualitarismo parte de la idea de que la desigualdad social es fomentada por la libertad de mercado que el liberalismo promueve. En otros términos, para el socialismo el sistema liberal crea una igualdad artificial ante la ley, pero impone una desigualdad material entre las clases sociales.

En otras palabras, según el socialismo, el liberalismo da lugar a una sociedad de rebaño en la que la igualdad jurídica es una ilusión, mientras que la desigualdad material se robustece en beneficio de las clases dominantes.

En tal virtud, el socialismo aborrece la igualdad jurídica que, en su concepto, favorece el *statu quo* de la clase dominante, plantea su abolición y promueve como antítesis la utopía de la igualdad social basada en el igualitarismo y, con él, la asimilación de las condiciones materiales de la población y la unificación de un único estrato social.

El igualitarismo es, en primer lugar, la negación de la autodeterminación sobre la cual se ha desarrollado la teoría general de los derechos humanos y el concepto mismo de Estado de Derecho actual, toda vez que niega que cada uno goza de independencia en la realización de su destino y, por consiguiente, de la libertad de ocupar en la sociedad el lugar al cual pueda llegar conforme a sus aspiraciones y capacidades.

En efecto, el igualitarismo se opone a la idea de que la vida es un camino abierto que equivale a la «idea de soberanía humana»⁵⁷ y radica en

⁵⁷ Gonzalo CASTILLO ALONSO, *Derecho Político y Constitucional comparado* (Barcelona: 3.ª, Bosch, 1932), p. 248.

la capacidad que tiene cada individuo de ocupar en la sociedad el lugar que desea.

En segundo lugar, el igualitarismo es una reedición del sistema de clases del *ancien régime*, que estratifica a la sociedad, negando su desarrollo e imponiendo un ideario socialista que apareja situaciones que son materialmente distintas. Verbigracia, coloca a quien estudia, trabaja y en general se esfuerza por superarse al mismo nivel de vida de aquellos quienes no tienen tal interés.

En tercer lugar, el igualitarismo se opone a la igualdad en cuanto esta no tiende o implica un trato idéntico, pues, como sostiene BILBAO UBILLOS⁵⁸, lo que prohíbe es la discriminación, esto es, aquella desigualdad que se funda en un prejuicio negativo en virtud del cual los miembros de un grupo son tratados como seres no ya diferentes, sino inferiores (en ciertos aspectos al menos).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo explica de la siguiente forma:

la Convención Americana no prohíbe todas las distinciones de trato. La Corte ha marcado la diferencia entre “distinciones” y “discriminaciones”, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos⁵⁹.

En otras palabras, «una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando

⁵⁸ Juan María BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares* (Madrid: BOE-CEPC, 1997), p. 398.

⁵⁹ CIDH, sent. N.º 257, del 28-11-12, caso Artavia Murillo y otros («fecundación *in vitro*») vs. Costa Rica.

no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido»⁶⁰.

En definitiva, el igualitarismo socialista y la igualdad son conceptos distintos. El primero, equipara a las personas en su situación de vida, a espaldas de lo que estas puedan obrar para mejorarlas. El segundo concepto lo que plantea es que no debe hacerse abstracción de los elementos diferenciadores de las relaciones jurídicas. Antes bien, lo que se encuentra prohibido es la discriminación, es decir, aquella diferenciación arbitraria o injustificada, lo cual tiene como corolarios: a. no asimilar a los distintos y b. no establecer diferencias entre los iguales.

En tercer lugar, el santo y seña socialista promueve la comunidad de la propiedad y, con ello, hacer desaparecer la propiedad privada de los medios de producción para «transformarla en propiedad de la sociedad»⁶¹.

Así, la tercera idea central del socialismo es la socialización de los medios de producción a través de la confiscación de todo o de parte de los bienes para su nuevo reparto por parte del Estado.

En este sentido, el socialismo promueve «el paso de los medios de producción de la propiedad privada a la propiedad de la sociedad organizada»⁶². Ello, con fundamento en que «uno de los mayores, si no el mayor, obstáculo a la igualdad entre hombres: es la propiedad individual»⁶³.

Vale decir, el Estado socialista plantea la socialización de los bienes y medios de producción y, con ello, la negación de lo individual frente a lo colectivo.

⁶⁰ CIDH, sent. N.º 279, del 29-05-14, caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile.

⁶¹ VON MISES, *Socialismo. Análisis económico y sociológico*, p. 42.

⁶² *Ibid.*, p. 46.

⁶³ Norberto BOBBIO, *Derecha e izquierda, razones y significados de una distinción política* (Madrid: Taurus, 1997), p. 167.

Al respecto, la socialización de los medios de producción acarrea una flagrante violación del derecho a la libertad económica, igualmente denominado «derecho a la libertad de empresa», el cual consiste en el poder de afectar o destinar bienes (esencialmente de capital) para la realización de actividades económicas de producción o intercambio de productos y servicios dentro del país o incluso en el extranjero (lo cual se ve potenciado por la globalización y la mutua dependencia y complementariedad de las economías), con vista a la obtención de un beneficio o ganancia, lo cual supone, por una parte, el derecho a la iniciativa privada, es decir, a emprender o acometer un negocio y luego, a desarrollarlo o instrumentalizarlo a través de una organización económica individual o societaria.

Asimismo, la socialización de la propiedad conduce a una violación de un derecho que no solo versa sobre el poder patrimonial que se ejerce sobre determinados bienes jurídicos, sino que, como afirmamos *supra*, es un derecho humano, ya que se trata de un supuesto esencial para que las personas puedan desarrollar la autodeterminación, para satisfacer sus deseos de alimentación, calzado, vivienda, transporte y, en general, todo aquello que esperan tener y disfrutar.

Siendo ello así, resulta menester reiterar que, tal como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁴, el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone a los Estados miembros del sistema interamericano la obligación de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención.

El artículo 1 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) establece que «los Estados partes

⁶⁴ CIDH, sent. N.º 70, del 25-11-00, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*.

en el presente Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo».

En tal contexto, la referida Corte Internacional⁶⁵ precisó que «las normas reconocidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención, impiden limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana».

En función de lo planteado, es un deber del Estado de Derecho reconocer, respetar y garantizar los derechos humanos y, especialmente, los derechos fundamentales (derechos taxativamente reconocidos por el ordenamiento jurídico, en este caso, por el derecho internacional de los derechos humanos), entre los cuales se encuentra el derecho de propiedad a que se refiere el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 23 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre.

Luego, debemos ratificar que «la democracia y el respeto a los derechos humanos están concebidos de manera interdependiente»⁶⁶, esto es que «la democracia sin constitucionalismo de los derechos humanos no es más que la tiranía de la mayoría»⁶⁷, de tal manera que el respeto a los

⁶⁵ CIDH, sent. N.º 349, del 08-03-18, caso Poblete Vilches y otros vs. Chile.

⁶⁶ Diego GARCÍA-SAYÁN, D., «La protección Internacional de los derechos políticos en el contexto interamericano: la Carta Democrática Interamericana», *Revista del Instituto Iberoamericano de los Derechos Humanos* 42 (2005): p. 100.

⁶⁷ IGNATIEFF, *Los derechos humanos como política e idolatría*, p. 56.

derechos humanos y, entre ellos, del derecho de propiedad, es un imperativo irrenunciable del Estado de Derecho y de la democracia.

En cuarto lugar, los socialistas consideran que sus tesis son superiores «económica y moralmente»⁶⁸ y, por tal razón, plantean una revolución y esta, a nivel político, se desarrolla mediante la antipolítica, esto es, la creación de un enemigo político con el cual no se busca consenso o acuerdo alguno, sino su destrucción.

En efecto, el socialismo denigra, vilipendia y calumnia a cualquiera que, en ejercicio del pluralismo y de la libertad de ideas, promuevan otras formas de pensamiento.

Ciertamente, el socialismo divide el universo político en una díada que plantea la ruptura de todo aquello que no se adecúe a su visión unilateral y absoluta del mundo.

Por tal razón, se estatuye en un sistema radical de pensamiento unitario que, consecencialmente, no reconoce el pluralismo y la alternabilidad.

En efecto, recordemos que el pluralismo es un elemento esencial de la democracia que, como sostiene GÁNDARA CARBALLIDO⁶⁹, exige el ejercicio de la tolerancia y la comprensión hacia el diferente, la gestación de un marco de comprensión en el que el otro, siendo visto como distinto a mí, no sea identificado como enemigo.

De tal manera que el pluralismo asume la política como un espacio de construcción, en el que las posiciones diversas se encuentran y buscan consensos enriquecedores.

⁶⁸ VON MISES, *Socialismo. Análisis económico y sociológico*, p. 21.

⁶⁹ Manuel E. GÁNDARA CARBALLIDO, «Ética, diálogo y democracia», *Revista del Instituto Iberoamericano de los Derechos Humanos* 42 (2005): p. 140.

En otras palabras, el pluralismo es una manifestación del carácter inclusivo del sistema democrático, en el cual todos los ciudadanos que componen la sociedad pueden participar en la definición y ejercicio del poder político y, por tanto, decidir sobre el sistema de gobierno, elegir, ser elegidos y actuar como representantes políticos, participar en la definición de normas y políticas públicas y controlar el ejercicio de las funciones públicas.

Es decir, la democracia es el gobierno del pueblo por el pueblo, no para un solo sector ideologizado de socialistas que se sirven de la democracia para instaurar un sistema cerrado de privilegios que niega el derecho a diferir y que, además, implica la violación del principio de alternabilidad y con ello el establecimiento de regímenes con vocación de perpetuidad en el ejercicio del poder.

Ciertamente, el socialismo no da cuenta de que la alternabilidad no se limita a garantizar que existan elecciones y, con ellas, la posibilidad de elegir entre distintos candidatos. Antes bien, implica un cambio de quien detenta el cargo no solo porque el principio de temporalidad en el ejercicio de los cargos públicos así lo exige, sino porque así lo demandan los principios de racionalidad democrática e igualdad.

En efecto, recordemos que elegimos racionalmente y, por tanto, no participamos en los procesos electorales para consolidar un liderazgo personal, sino para manifestarnos en favor o en contra de un proyecto político. Es decir, no elegimos a tal o cual candidato por su condición subjetiva, sino por sus ideas y estas no le pertenecen a él, sino a la corriente que representa.

En consecuencia, no se trata de mantener a un individuo en el ejercicio de un cargo público (ya que ello es naturalmente antidemocrático), sino de expresarnos en pro o en contra de la ideología que representa y, con ello, de apoyar a los candidatos de esta u otra opción política y, así, evitar el personalismo y garantizar la alternabilidad.

Conclusiones

Las consideraciones vertidas anteriormente permiten concluir que:

El Estado de Derecho, hoy por hoy, va más allá de la otrora visión burguesa del Estado y ello, en sí mismo, torna en anacrónica la tesis socialista. En efecto, el socialismo nació de la interpretación de un universo-jurídico político distinto al que conforma el Estado de Derecho moderno.

El socialismo se opone diametralmente a la autodeterminación que es la piedra angular sobre la cual se desarrolla la teoría general de los derechos humanos y, con ella, la visión actual del Estado de Derecho.

Los derechos prestacionales no son el resultado de las tesis socialistas (que no promueven la igualdad, sino el igualitarismo) y, por tanto, no van en desmedro de los derechos de libertad, igualdad y propiedad. Es decir, no pretenden transformar la estructura sobre la cual se desarrollan esos derechos, pues el carácter interdependiente, indivisible, expansivo y progresivo que informa a los derechos humanos, implica que el reconocimiento de nuevos derechos no debe menoscabar a los que ya han sido previamente reconocidos.

En efecto, la incorporación de los derechos sociales al catálogo de los derechos humanos no propugna la reducción de los derechos que postula el «colectivismo marxista»⁷⁰, sino la adición de los derechos prestacionales a los derechos de libertad, para así promocionar bienestar y mejorar las condiciones de vida de las personas.

En otras palabras, los derechos sociales no pretenden conducir al Estado hacia el socialismo, ni intentan transformar al Estado en propietario de los medios de producción. Tampoco deben verse como una promoción del

⁷⁰ Maurice HAURIOU, *Principios de Derecho público Constitucional* (Madrid: Reus, 1927), p. 113.

igualitarismo (similitud de condiciones materiales, en lesión de la capacidad y aspiraciones de cada quien), sino como una garantía de igualdad (mismos derechos, incluso los prestacionales y, por ende, igualdad de oportunidades para el desarrollo de la personalidad, conforme a libertad de cada persona).

Que el socialismo se opone a la autodeterminación, el pluralismo y la alternabilidad como elementos esenciales de la democracia.

En definitiva, cabe afirmar que el socialismo es una tesis antitética al Estado de Derecho y, por vía de consecuencia, contraria a la democracia y al propio reconocimiento y vigencia de los derechos humanos.

Repensando la seguridad de la nación en Venezuela

Rethinking the national security in Venezuela

Julie T. GONZÁLEZ DE KANCEV

Resumen: Seguridad nacional o seguridad de la nación es un concepto de seguridad relativo a los Estados, cuyas bases son la multidimensionalidad y transversalidad del mismo. En la actualidad la seguridad de la nación implica, desde un punto de vista doctrinario, la protección de la democracia, del Estado de Derecho y de la garantía de las libertades fundamentales y de los derechos humanos, además del desarrollo sostenible, pues en una sociedad democrática la seguridad nacional o seguridad de la nación es la seguridad de todos sus habitantes e implica la existencia de condiciones mínimas necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de sus derechos y su calidad de vida. En el caso venezolano, este tema tiene consagración constitucional por primera vez en nuestra historia republicana, pues el texto constitucional vigente le dedica el título VII, estableciendo de esta manera las bases para el desarrollo de la doctrina venezolana de seguridad de la nación, que, lamentablemente, debido a la errada y sesgada interpretación y aplicación de la misma, ha implicado la militarización de la política y el tutelaje militar de la sociedad civil.

Palabras clave: Seguridad nacional, Estado de Derecho, derechos humanos, militarismo, gobernabilidad. Recibido: 30-03-24. Aprobado: 28-04-24.

Abstract: *National security or security of the nation is a security concept related to States, whose bases are its multidimensionality and its transversality. Currently, from a doctrinal point of view, national security implies the protection of democracy, the rule of law and the*

*guarantee of fundamental freedoms and human rights, in addition to sustainable development, being that in a democratic society, national security or security of the nation is the security of all its inhabitants and implies the existence of minimum conditions necessary to guarantee the effective exercise of their rights and their quality of life. In the Venezuelan case, this issue is enshrined in the Constitution for the first time in our republican history, given that the current constitutional text devotes title VII to it, thus establishing the groundwork for the development of the Venezuelan doctrine of national security, which unfortunately, due to its erroneous and biased interpretation and application, has implied the militarization of politics and the military tutelage of civil society. **Keywords:** National security, rule of law, human rights, militarism, governance.*

Repensando la seguridad de la nación en Venezuela

Julie T. GONZÁLEZ DE KANCEV*
Revista FCJP, ISSN 0798-4456, ISSN-e 3007-4436,
N.º 140, 2024, pp. 45-73.

«No disfrutaremos la seguridad sin desarrollo,
no disfrutaremos el desarrollo sin seguridad, y no disfrutaremos
ninguna sin el respeto a los derechos humanos»

Kofi ANNAN

SUMARIO: Introducción 1. Diversas concepciones sobre el tema 2. La seguridad nacional en Latinoamérica: evolución de las amenazas y del concepto 3. Hacia un concepto de seguridad de la nación en Venezuela

Introducción

El tema de la seguridad nacional es controversial, amplio, complejo, multidimensional y transversal, pues es un tema relativo al Estado que involucra a otros Estados, a los organismos internacionales y a otros actores que conviven con estos, como es el caso de las grandes corporaciones transnacionales. En el caso de nuestro país, este tema tiene por primera vez consagración constitucional en nuestra historia republicana, y va más

* **Universidad Santa María** (Caracas-Venezuela), Abogado *Magna Cum Laude*. **Universidad Central de Venezuela** (Caracas-Venezuela), Especialista en Derecho Administrativo; Doctora en Ciencias mención «Derecho»; Profesora en Derecho Administrativo II y del Seminario de Estado, seguridad nacional y derechos humanos: una mirada a través del cine. Investigadora del Instituto de Derecho Público. juliekancev@gmail.com.

allá de la histórica concepción del tema lo que obliga a superar la visión tradicional de seguridad nacional asociada solamente al mundo militar; ubicándola como un tema inseparable del desarrollo del país y de la calidad de vida de sus habitantes, y lleva necesariamente a establecer que, en esta materia, lo militar solo es una parte de un todo; y que ese todo es fundamental para garantizar la existencia del Estado en virtud del carácter originario, consustancial e intrínseco de la seguridad de la nación con el Estado y su ubicación como condición para alcanzar sus fines.

Ciertamente, la vertiginosidad de los acontecimientos mundiales nos han obligado a darnos cuenta de que las amenazas que atentan contra un Estado no solamente se manifiestan en lo bélico, sino que también estas pueden generarse de nuevas formas que posiblemente ni siquiera imaginamos, y es mejor que comprendamos e internalicemos que cualquier evento sin importar su naturaleza, bien sea cultural, económico, político, jurídico, sanitario, religioso, social, militar, tecnológico, ambiental, comunicacional o natural que afecte los intereses o los objetivos establecidos por un Estado, debe ser considerado como una amenaza.

Sin perder de vista que la lejanía geográfica de eventos, cualquiera que estos sean y cualquiera sea su naturaleza e intensidad, no impedirá que muchos países se vean afectados por los mismos, pues no hace falta la cercanía geográfica de un evento para sufrir las consecuencias, tal cual ya hemos aprendido dolorosamente.

Particularmente, en el caso venezolano, se hace necesario abordar el tema con una visión de integralidad que abarque, necesariamente, todos los ámbitos de la vida del país, porque por diseño constitucional en nuestro país todo, absolutamente todo, tiene que ver con seguridad de la nación.

1. Diversas concepciones sobre el tema

Seguridad es un concepto muy amplio, que tiene diversas interpretaciones y valoraciones, incluyendo, por supuesto, las técnicas especializadas, así que comenzaremos la aproximación a este concepto con el sentido semántico del mismo, que interpreta la seguridad con un ambiente estable y, por consiguiente, previsible, donde no existen temores mayores de daño o de perjuicio a las personas o a sus pertenencias¹.

En una definición más genérica encontramos que seguridad se entiende como la exención de peligro o daño, solidez, certeza plena, firme convicción, confianza². Así como cualidad de seguro, libre y exento de todo daño o riesgo, cierto indubitable y en cierta manera infalible³.

Otra forma de ver la seguridad es, desde el punto de vista subjetivo, como la sensación de confianza que puede tener el individuo, el grupo social, con respecto al ambiente en que se desenvuelve. Ello así, al sacar el concepto del plano de las personas y llevarlo al plano de los Estados, nos encontramos ya de forma directa con el término «seguridad», pero ahora referido al ámbito estatal.

Esta visión conceptual nos permite ver la seguridad no solamente al nivel personal, sino desde el punto de vista de los Estados, viendo al Estado como una organización con percepción e intereses y con la capacidad de actuación en busca de satisfacer objetivos y necesidades, es decir, de alcanzar sus fines.

¹ Carlos E. CELIS N., *Introducción a la seguridad y defensa* (Caracas: Editorial Melvin, 1997), p. 18.

² Manuel OSSORIO, *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales* (Buenos Aires: 31.ª, Editorial Heliasta, 2000), p. 695.

³ Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española* (Madrid: 22.ª, RAE, 2001), t. IX, p. 1385.

Ahora bien, la seguridad externa se define como el conjunto de acciones realizadas por un Estado en el ámbito internacional, con el objeto de destruir, neutralizar o postergar la acción de antagonismos y presiones provenientes del exterior del país, que se opongan o que puedan oponerse al logro, consolidación y mantenimiento de los objetivos nacionales; y seguridad interna se define como el conjunto de acciones realizadas por un Estado en el ámbito interno, con el objeto de destruir, neutralizar o postergar la acción de antagonismos y presiones provenientes del interior del país, que se opongan o que puedan oponerse al logro, consolidación y mantenimiento de los objetivos nacionales⁴.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, seguridad nacional se define, tradicionalmente, como el grado relativo de garantías que, a través de acciones en todos los campos o áreas, el Estado debe proporcionar a su pueblo para la consecución y salvaguarda de los objetivos nacionales; siendo una condición deseable para lograr y mantener el orden sociopolítico establecido en el ordenamiento jurídico interno, a fin de garantizar la integridad y cohesión nacional frente a las amenazas de violencia que se originen debido al comportamiento del sistema internacional o, también, de la conducta interna del propio sistema político⁵.

El tema de la seguridad nacional es en definitiva un tema medular para cualquier Estado y, tal como ha sostenido Fernando URICOECHEA⁶, es un valor básico de toda sociedad que tiene un carácter fundante y constitutivo para el Estado de modo que los temas de seguridad no pueden ser parte de las agendas políticas de un sector o de otro; por el contrario, la seguridad debe hacer parte de los valores de toda comunidad política,

⁴ Víctor MALDONADO M., *La seguridad, desarrollo y defensa «glosario razonado de términos»* (Caracas: Editorial Melvin, 2000), p. 108.

⁵ *Ibíd.*, p. 109.

⁶ Citado en Alejo VARGAS VELÁSQUEZ, «¿Cómo entender la seguridad y la defensa? *Boletín Bimestral Democracia, Seguridad y Defensa* 29 (2008): p. 2.

y por ello debe estar revestida virtualmente de un carácter consensual, moralmente vinculante para todos los miembros de una sociedad y ese carácter vinculante le confiere, *ipso facto*, legitimidad política.

En nuestro país, se utilizó a partir de 1976 el término compuesto «seguridad y defensa», pues el mismo fue establecido en la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa⁷, que trató «de asociar ambos conceptos para significar una política específica de apoyo a la política general de la Nación destinada a velar por el interés público en armonía con la Constitución y las leyes de la República»⁸. Es importante destacar que esta Ley expresaba lo siguiente:

Artículo 1.- La seguridad y defensa nacionales son de la competencia y responsabilidad del Estado. Todas las personas venezolanas, naturales o jurídicas, cualquiera sea el lugar donde se encuentren, son igualmente responsables por la seguridad y defensa de la República en los términos de la presente Ley. Igual responsabilidad incumbe a las personas jurídicas extranjeras y a las naturales del mismo origen, domiciliados, residentes o transeúntes en el territorio nacional con las excepciones que establezcan las leyes.

Sin embargo, la Constitución venezolana de 1961, vigente para ese momento histórico, no hacía referencia a la seguridad y defensa, siendo, en la Ley Orgánica antes mencionada, que se desarrolló por primera vez, de manera sistemática, el tema.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, desde el año 1999 el término que se utiliza en

⁷ Vid. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 1899 extraordinario, de 26-08-76.

⁸ CELIS N., *Introducción a la seguridad y defensa*, p. 26.

nuestro país es el de «seguridad de la nación», y de conformidad con la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación⁹:

Artículo 2.- La seguridad de la Nación está fundamentada en el desarrollo integral, y es la condición, estado o situación que garantiza el goce y ejercicio de los derechos y garantías en los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar, de los principios y valores constitucionales por la población, las instituciones y cada una de las personas que conforman el Estado y la sociedad, con proyección generacional, dentro de un sistema democrático, participativo y protagónico, libre de amenazas a su sobrevivencia, su soberanía y a la integridad de su territorio y demás espacios geográficos.

Como vemos, es una concepción de una gran amplitud, multidimensional y transversal, que toca todos los ámbitos de la vida del país.

Entonces, seguridad nacional o seguridad de la nación, en términos generales, es un concepto de seguridad relativo a los Estados, cuyas bases son la multidimensionalidad del concepto, considerando, como ya dijimos, sus aspectos político, económico, social, tecnológico, cultural, geográfico, ambiental y militar; considerando además la interdependencia existente en materia de seguridad, la fuerte relación entre la seguridad nacional y la seguridad internacional, y la imperiosa necesidad de la cooperación para su logro, lo que lo hace un tema controvertido por polémico y complejo.

Ello así, en el plano internacional, cuando se habla de seguridad nacional, la misma está referida a la seguridad de los Estados ante las amenazas

⁹ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 37 594, de 18-12-02; ahora Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, *Gaceta Oficial* N.º 6156 extraordinario, de 19-11-14, que solo incorpora una nueva disposición, el artículo 59.

que pueden pesar sobre los mismos, amenazas que se desarrollan no solamente en el ámbito militar cuando el territorio y la soberanía se ven afectados, sino también en los ámbitos económico, ambiental, tecnológico, sanitario, social y cultural, como por ejemplo sería el caso de la imposición de ideologías y el fundamentalismo religioso; y es aquí cuando ingresamos en uno de los aspectos más controversiales y amargos por los profundos debates que ha suscitado, pues no es pacífica ni su aceptación ni su interpretación, al extremo incluso de considerar el tema de la seguridad nacional como árido.

Así, en un primer acercamiento a la definición clásica, tradicional y estatocéntrica de seguridad nacional, encontramos que a través de la misma se procuran neutralizar las amenazas que puedan atentar contra los valores esenciales que permiten la existencia e identidad del Estado, los cuales son independencia, soberanía, e integridad territorial, indiscutiblemente, y aquí sí hay consenso, valores mínimos que permiten la propia existencia del Estado como tal. La amenaza, en esta primera aproximación, estaría constituida por la actividad hostil de un Estado o de un grupo de ellos a través del uso de su poderío militar¹⁰.

Cuando nos aproximamos al concepto de seguridad internacional, encontramos que esta se refiere básicamente a la suma de la seguridad de todos y cada uno de los Estados miembros de la comunidad internacional, de allí la afirmación que no se puede lograr la seguridad internacional sin la plena cooperación de todos y cada uno de los Estados que conforman el sistema internacional, de modo que una amenaza a la seguridad nacional de un Estado miembro se traduciría, *ipso facto*, en una amenaza al sistema mismo.

¹⁰ José Manuel UGARTE, «Los conceptos de defensa y seguridad en América Latina: sus peculiaridades respecto de los vigentes en otras regiones, y las consecuencias políticas de tales peculiaridades», <http://www.lasa.international.pitt.edu/Lasa2001/UgarteJoseManuel.pdf>, pp. 3 y 4.

En este mismo campo de la seguridad internacional, también se encuentran los conceptos de seguridad defensiva del que se deriva que la seguridad es interdependiente, y las medidas militares que un Estado adopte para preservar su propia seguridad afectan la seguridad de los restantes Estados, tanto de manera objetiva por las medidas tomadas, como de manera subjetiva por las percepciones que estas medidas generan.

Este concepto reconoce que su consecución depende de crear las condiciones políticas y militares necesarias para eliminar las amenazas a la paz y la seguridad internacionales mediante la transformación de las relaciones entre los Estados de manera que cada uno pueda sentirse seguro respecto a las amenazas militares de los otros¹¹.

Conseguimos asimismo, el término de seguridad común, que se basa en el reconocimiento de que la seguridad es indivisible y que, en definitiva, en determinado grupo o región, la seguridad de cada Estado está íntimamente vinculada a la de otro¹².

Además el de seguridad colectiva, que parte de la base que determinadas preocupaciones de seguridad de todos los Estados miembros del sistema internacional son consideradas como legítimas, lo que significa que la seguridad de cada miembro es garantizada por todos con los mecanismos acordados. Esta noción implica como elementos estructurales la existencia de una comunidad de Estados que, a partir de valores e intereses comunes, expresa la decisión, también común, de protegerlos y enfrentar las situaciones antagónicas y las agresiones que pudieran afectarlos, de donde quiera que provengan.

Esta visión clásica, tradicional y estatocéntrica ha ido evolucionando, adaptándose a un mundo cada vez más complejo, y así nos conseguimos

¹¹ *Ibíd.*, p. 9.

¹² *Ibíd.*, p. 7.

con la seguridad global, como un término planteado por la Comisión de Gestión de los Asuntos Públicos Mundiales de las Naciones Unidas, para referirse a las necesidades que la comunidad internacional debía atender con el fin de proteger a todos los pueblos del mundo.

La seguridad global, según el informe de la Comisión, debe ser extendida desde su enfoque tradicional en la seguridad de los Estados hasta la inclusión de la seguridad de las personas y del planeta. Se refiere entonces a un sistema de seguridad que tenga como referente la gestión de los asuntos públicos mundiales, y que implique, además, un replanteamiento de la seguridad colectiva enfocada hacia una comunidad global de principios y normas que promuevan prácticas comunes en el comportamiento internacional¹³.

Surge también el concepto de seguridad societal, que se refiere a los nuevos problemas que afrontan los grupos sociales, grupos con una identidad determinada y que ven amenazada su supervivencia debido a fuerzas hostiles hacia esa comunidad. Este concepto defiende la integridad de grupos y de comunidades que comparten valores que están por encima de los intereses de sus Estados, abriendo de esta manera el conocimiento de problemas que no tenían cabida dentro de las agendas de seguridad tradicionales, como, por ejemplo, el problema de la identidad del grupo y su tendencia a la desaparición frente a la modernidad; las migraciones a las que están sometidos distintos pueblos por diversas causas; y la discriminación o aislamiento por diversas razones¹⁴.

Se refiere básicamente a la sustentación y conservación de la lengua, cultura, religión e identidad étnica de una determinada comunidad, pues

¹³ Gabriel OROZCO, «El concepto de la seguridad en la teoría de las relaciones internacionales», *Revista CIDOB d'Affers Internationals* 72 (2006): p. 173.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 174.

se trata de preservar un patrimonio cultural para la conservación de una determinada sociedad¹⁵.

Conseguimos después el concepto de seguridad democrática, para preservar la estabilidad democrática de una comunidad política, previniendo y conteniendo las amenazas que pudieren poner en peligro la integridad funcional de la sociedad. Este modelo parte de la premisa de que la identidad de una sociedad se forma a partir de consensos, los cuales llegan a la postulación de los Derechos Humanos y el Estado democrático como el fundamento de la integridad de una sociedad.

Para garantizar esto, el modelo de la seguridad democrática impulsa un mecanismo sistémico de protección y consolidación de los principios de los derechos humanos y del Estado democrático¹⁶. En el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) se reflexiona sobre este concepto y se enuncian todos los componentes necesarios para la puesta en marcha del modelo¹⁷.

Surge, finalmente, el concepto de seguridad humana no solo como concepto, sino también como uno de los modelos expansivos de la seguridad. Su propuesta se refiere a la necesidad de proteger el desarrollo libre de las personas en zonas donde se vean amenazados y violados los derechos humanos.

El concepto de seguridad humana responde a la necesidad de ir más allá del concepto clásico, tradicional y estatocéntrico de seguridad nacional, mostrando que las políticas de seguridad deben tener como base, como centro, la persona, pues el fin de toda institución debe ser proteger al ser

¹⁵ *Ibíd.*, p. 169.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 174.

¹⁷ *Vid.* <https://www.un.org/ruleoflaw/es/un-and-the-rule-of-law/united-nations-development-programme-2/>.

humano de las amenazas a su integridad, frente a la integridad del Estado o por encima, incluso, del interés nacional¹⁸.

Este concepto abarca algunas variables fundamentales, a saber, seguridad económica, la cual requiere un ingreso mínimo aceptable; seguridad alimenticia, que implica que los habitantes de un país tengan en todo momento acceso material y económico a los alimentos básicos; seguridad sanitaria, para que la población, especialmente la menos favorecida tenga acceso al sistema de salud; seguridad ambiental, representada por un medioambiente saludable; seguridad personal, para que los individuos se sientan libres de amenazas sobre sí o sobre sus bienes; seguridad política, que le permitirá a los individuos el ejercicio pleno de sus derechos¹⁹; además de seguridad jurídica, entendida como la garantía de la aplicación efectiva de la Ley, de modo que las personas saben en todo momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones sin que la actuación de los que ejercen el poder pudiere causarles daño.

Vemos, entonces, que es una visión antropocéntrica opuesta a la visión estatocéntrica tradicional, pues la seguridad humana pone el énfasis en el deber que tiene el sistema internacional de intervenir para proteger a los individuos de las distintas amenazas a las que están sometidos, ya sea por los Estados o por grupos ilegales.

2. La seguridad nacional en Latinoamérica: evolución de las amenazas y del concepto

Históricamente, las políticas latinoamericanas de seguridad nacional fueron elaboradas bajo el esquema de lo que los Estados Unidos consideraban amenazas para la región en general, que era su área de influencia, y para su territorio en particular y, muy importante, que afectara sus

¹⁸ OROZCO, «El concepto de la seguridad en la teoría de las relaciones internacionales», p. 176.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 176.

intereses; entendiendo que «amenaza» no es otra cosa que cualquier circunstancia, sin importar su naturaleza, que ponga en peligro la seguridad de un Estado; y que «riesgo» es la probabilidad de que la amenaza se materialice y cause daño al Estado.

Sabemos que, después de la Segunda Guerra Mundial, en los tiempos de la Guerra Fría, se dividió al mundo en dos: de un lado, los países bajo la esfera soviética o comunista, y del otro, los países bajo la esfera capitalista o democrática; para los Estados Unidos el comunismo era la amenaza y, en consecuencia, el enemigo a combatir a cualquier costo, de modo que elaboró una doctrina de seguridad en la cual el enemigo dejaba de ser externo a los países para ser interno de los mismos.

Esta doctrina fue conocida como «doctrina de seguridad nacional» y, al ser exportada a su área de influencia, es decir, Latinoamérica, permitió la ampliación de la esfera de acción de las Fuerzas Armadas de los países con la finalidad de evitar a toda costa, repetimos, la expansión del comunismo, lo que abrió la compuerta de la interferencia militar en la esfera política derivando en regímenes dictatoriales en los países de la región y en la tristemente recordada Operación Cóndor, cuya existencia fue reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*²⁰, en el caso *Gelman vs. Uruguay*²¹, y en el caso *Grisonas vs. Argentina*²².

El caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*: se refiere a la presunta detención ilegal y arbitraria, tortura y desaparición forzada de los señores Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro y de los hermanos Rodolfo Feliciano y Benjamín de Jesús Ramírez Villalba, supuestamente cometidas por agentes estatales a partir de 1974 y 1977, así como a la

²⁰ *Vid.* https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf.

²¹ *Vid.* http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp.pdf.

²² *Vid.* https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_437_esp.pdf

impunidad parcial en que se encuentran tales hechos al no haberse sancionado a todos los responsables de los mismos.

La Comisión alegó que la desaparición forzada de dichas personas es una violación continuada que se prolonga hasta la fecha, por cuanto el Estado no había establecido el paradero de las presuntas víctimas ni había localizado sus restos, así como tampoco había sancionado penalmente a todos los responsables de las violaciones en su contra, ni había asegurado a sus familiares una reparación adecuada.

Según la demanda, el doctor Agustín Goiburú Giménez era un médico paraguayo, afiliado al Partido Colorado, y fundador de un grupo político opositor al gobernante Stroessner Matiauda²³. El 9 de febrero de 1977, el doctor Agustín Goiburú Giménez fue detenido arbitrariamente en Argentina por agentes del Estado paraguayo o por personas que actuaban con su aquiescencia, luego llevado al Departamento de Investigación de la Policía en Asunción, donde se le mantuvo incomunicado, torturado y posteriormente fue desaparecido. La desaparición del doctor Goiburú fue considerada por la Corte, como una acción coordinada entre las fuerzas de seguridad paraguaya y argentina que formó parte de la Operación Cóndor.

En el caso del señor Carlos José Mancuello Bareiro, tenemos que era un ciudadano paraguayo que estudiaba ingeniería en La Plata, Argentina; fue detenido el 25 de noviembre de 1974, en la aduana paraguaya cuando ingresaba al país desde Argentina con su esposa Gladis Ester Ríos de Mancuello y su hija de ocho meses.

²³ Alfredo Stroessner Matiauda, militar, político y dictador paraguayo. Lideró su país como presidente desde el 15 de agosto de 1954 hasta el 3 de febrero de 1989, cuando fue derrocado por un golpe de Estado. El stronismo es conocido como la dictadura militar de Alfredo Stroessner o stronato.

Asimismo, el 23 de noviembre de 1974 fueron detenidos los hermanos Benjamín y Rodolfo Ramírez Villalba, el primero al entrar desde Argentina en la frontera paraguaya y el segundo en la ciudad de Asunción. El señor Mancuello y los hermanos Ramírez Villalba, a quienes se acusaba de pertenecer a un grupo terrorista que preparaba un atentado contra Stroessner, supuestamente liderado por el doctor Goiburú, estuvieron detenidos en el Departamento de Investigaciones, entre otras dependencias. Las presuntas víctimas permanecieron detenidas por veintidós meses, fueron objeto de torturas durante ese período, mantenidos en incomunicación y posteriormente desaparecidos.

Por su parte, el caso *Gelman vs. Uruguay*: se refiere a la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena, el 24 de agosto de 1976, quien fue detenida en Buenos Aires, Argentina, y que al momento de su detención tenía 19 años de edad, estaba casada con Marcelo Gelman, también detenido en el mismo momento y posteriormente asesinado, y se encontraba embarazada; luego fue trasladada a Uruguay donde dio a luz a su niña, quien le fue arrebatada y entregada a una familia uruguaya, nunca se supo del paradero de María Claudia, ni las verdaderas circunstancias de su desaparición. Estos hechos, estableció la Corte, se cometieron al amparo de la denominada Operación Cóndor.

María Claudia y su esposo Marcelo Gelman fueron llevados a un centro de detención clandestino llamado Automotores Orletti. Marcelo Gelman fue torturado desde el comienzo de su cautiverio y permaneció en ese centro de detención hasta finales de septiembre-octubre de ese mismo año cuando fue trasladado; sus restos fueron descubiertos por el Departamento Argentino de Antropología Forense que determinó que había sido ejecutado en octubre de 1976.

María Claudia fue trasladada de Argentina a Uruguay por autoridades uruguayas, en la segunda semana de octubre de 1976, a la sede del

Servicio de Información de Defensa de Uruguay, ubicado en Montevideo. Se presume que a fines de octubre o principio de noviembre fue trasladada al Hospital Militar donde dio a luz a su hija; luego, a finales de diciembre le arrebatan a su hija. Con respecto al destino de María Claudia existen dos versiones: una sostiene que fue trasladada a una base militar donde fue ejecutada y sus restos enterrados; y otra que sostiene que fue entregada a fuerzas argentinas y que fue asesinada en Argentina.

Finalmente, el caso Grisonas vs. Argentina se relaciona con la responsabilidad patrimonial del Estado argentino por la desaparición forzada de Mario Roger Julien Cáceres y Victoria Lucía Grisonas Andrijauskaite, en un operativo policial y militar llevado a cabo el 26 de septiembre de 1976, durante la dictadura. Asimismo, se relaciona con la falta de investigación, sanción y reparación por estos hechos. De igual forma, se alegó la falta de una adecuada investigación, sanción y reparación por los actos de tortura, desaparición forzada y otras violaciones a derechos humanos cometidas en perjuicio de Anatole y Victoria, hijos del matrimonio, que habrían ocurrido a raíz del mismo operativo.

De modo que, para la Corte Interamericana, la Operación Cóndor fue el nombre clave que se dio a la alianza que unía a las fuerzas de seguridad y servicios de inteligencia de las dictaduras del Cono Sur –Chile, Uruguay, Paraguay, Argentina, Bolivia y Brasil– en su lucha y represión contra personas designadas como elementos subversivos.

Las actividades desplegadas como parte de dicha Operación estaban básicamente coordinadas por los militares de los países involucrados. Dicha Operación sistematizó e hizo más efectiva la coordinación clandestina entre fuerzas de seguridad y militares y servicios de inteligencia de la región que había sido apoyada por la Agencia Central de inteligencia (CIA, por sus siglas en inglés), entre otras agencias de los Estados Unidos de América.

Para que la Operación Cóndor fuera exitosa, como en efecto lo fue, era necesario que el sistema de códigos y comunicaciones fuera eficaz, por lo que las listas de subversivos buscados eran manejadas con fluidez por los distintos Estados. Asimismo, afirma la Corte que, respecto de la dinámica de la Operación Cóndor, documentos del Archivo del Terror dan cuenta de las diferentes reuniones de autoridades políticas, militares y de inteligencia de los países involucrados y la manera en que el mismo fue articulándose. Quedando asentado que, en octubre de 1975, se llevó a cabo en Santiago de Chile la primera reunión de trabajo de inteligencia nacional, con la participación de representantes de varios ejércitos sudamericanos.

La Corte ha establecido que la Operación Cóndor constituyó una coordinación represiva entre las dictaduras sudamericanas, encuadrada en un período de persecución sin fronteras a los opositores políticos, cuyo despliegue se reflejó en distintas actividades, incluidas: la vigilancia política de disidentes exiliados o refugiados, con el intercambio de información; las acciones encubiertas de contrainsurgencia; las acciones conjuntas de exterminio, dirigidas contra grupos o individuos específicos, para lo cual se conformaban equipos especiales, quienes dentro y fuera de las fronteras de los países cometían secuestros, torturas, asesinatos y desapariciones forzadas, entre otros delitos.

Las primeras actuaciones dentro de la Operación Cóndor se llevaron a cabo en 1974; sin embargo, esta operación fue creada oficialmente en noviembre de 1975, producto de una reunión secreta de los servicios de inteligencia de Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil, realizada en Santiago de Chile.

Fue así como durante los años sesenta y setenta del siglo pasado, la región del Cono Sur, a saber, Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil, estaba dominada por dictaduras militares cuyo soporte ideológico era la doctrina de seguridad nacional norteamericana que visualizaba

a los movimientos de izquierda o comunistas como enemigos comunes sin importar su nacionalidad, lo que permitió el desarrollo y ejecución de esta operación, que, como ya vimos, fue un plan de inteligencia diseñado y coordinado por los servicios de seguridad y de inteligencia de esas dictaduras en la búsqueda y eliminación de toda persona designada como subversiva.

Para la doctrina de seguridad nacional, la amenaza, entonces, ya no era externa sino interna, era un enemigo adoctrinado, con una visión ideológica diferente, de origen extracontinental con manifestaciones regionales, que amenazaban la soberanía, la integridad territorial y valores como la libertad de las repúblicas y sus habitantes²⁴. La doctrina de seguridad nacional tenía cuatro elementos básicos²⁵, que consideramos importante traer a colación:

- i. La concepción geopolítica alemana del espacio vital que ve al Estado como un ente biológico y geográfico, por lo que necesita disponer de una amplia influencia y control sobre espacios físicos y políticos no limitados necesariamente por las fronteras de su propia nación.
- ii. La asunción de conceptos como enemigo interior, enemigo común, guerra permanente y total donde enmarcaba la lucha antisubversiva.
- iii. La inserción de esa lucha antisubversiva dentro de una supuesta tercera guerra mundial.
- iv. La asimilación de la doctrina francesa de la contrainsurgencia o lucha contrainsurgente, altamente violatoria de derechos humanos de los posibles enemigos o incluso los sospechosos de ser enemigos.

²⁴ Gabriel AGUILERA PERALTA, «La espada solidaria: cooperación en seguridad y defensa en Centroamérica», en *Nueva seguridad para América Latina*, PARDO RUEDA, edit. (Bogotá: FESCOL-CEREC, 1999), *passim*.

²⁵ Alejo VARGAS VELÁSQUEZ, «Adecuación de la defensa a la gobernabilidad democrática en América del Sur», *Revista Ciencia Política* 14 (2012): pp. 74 y 75.

Esta doctrina francesa contrainsurgente sostenía que en la guerra moderna el enemigo no es fácil de identificar. No hay frontera física que separe los dos campos, la línea que marca la diferencia entre el amigo y el enemigo puede encontrarse muchas veces en el corazón de la nación, en la misma ciudad donde se reside. En el mismo círculo de amigos donde uno se mueve, quizá dentro su propia familia. Es más bien una línea ideológica, que tiene que ser perfectamente descubierta si queremos determinar pronto quiénes son en realidad nuestros adversarios y a quienes tenemos que derrotar²⁶.

Una vez finalizada la Guerra Fría, este enemigo ideológico evolucionó hacia otra amenaza, y el enemigo a combatir pasó a ser el narcotráfico y su estela de acciones violentas, secuestros, sicariato y corrupción, tanto así que, a partir de la década de los noventa del siglo pasado, se pasa a tratar estos crímenes transnacionales como un problema de seguridad pública y nacional para los norteamericanos.

Como forma para combatir esta nueva amenaza, Estados Unidos, bajo el esquema de su doctrina de seguridad nacional, estableció proyectos de cooperación con los países productores y procesadores de droga para detener estas actividades. Entre los países que recibieron apoyo político y logístico para tal fin encontramos Colombia, Perú, Bolivia y México, como, por ejemplo, el Plan Colombia en Colombia y el Plan Mérida en México y Centroamérica.

Pero, en el 2001, apareció una nueva amenaza con los atentados del 11 de septiembre. Esta nueva amenaza sacudió hasta los más profundos cimientos la seguridad nacional norteamericana y la reacción inmediata fue la redefinición y reacomodo de su estrategia de seguridad nacional, ya que el enemigo a combatir ahora era el terrorismo, y superaba por

²⁶ Roger TRINQUIER: *La guerra moderna y la lucha contra las guerrillas* (Barcelona: Editorial Herder, 1965), p. 41.

mucho los anteriores, su poder de destrucción era inmenso, tanto, que pasó a ser, a partir del 2002, la principal amenaza a la seguridad nacional norteamericana.

Como consecuencia, y visto que somos el área de influencia de esta nación, la Organización de Estados Americanos se puso inmediatamente a repensar las amenazas para la seguridad de la región, por lo que en la Conferencia Especial sobre Seguridad realizada en México en el año 2003, se aumentó la lista de posibles amenazas a la seguridad hemisférica, incluyéndose el terrorismo, el crimen organizado, el narcotráfico, la corrupción, el lavado de dinero, el tráfico de armas, el tráfico de personas, los desastres naturales y los desastres de origen humano.

Consecuentemente, en el año 2003, nos encontramos con un informe elaborado por una comisión de alto nivel de las Naciones Unidas titulado: *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos*²⁷ que presenta recomendaciones para hacer frente a las seis áreas identificadas por el panel como las mayores amenazas a la seguridad mundial en el siglo XXI. Estas amenazas comprenden: la pobreza; las enfermedades infecciosas y la degradación del medioambiente, la guerra y la violencia internas; la proliferación y el posible uso de armas nucleares, radiológicas, químicas y biológicas; el terrorismo y la delincuencia organizada transnacional.

Las amenazas ahora provienen tanto de actores estatales como no estatales y afectan la seguridad tanto de los Estados como de los seres humanos. Entre las recomendaciones de este Informe encontramos la reconstrucción del sistema de salud pública mundial; revitalizar el régimen de no proliferación nuclear e introducir cambios en cada uno de los órganos principales de las Naciones Unidas.

²⁷ Informe del grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio, https://www.un.org/es/events/pastevents/a_more_secure_world/.

Afirman también en el informe que el desarrollo es el fundamento indispensable para un sistema de seguridad colectiva en el que la prevención se tome en serio. Sostienen que el desarrollo sirve para muchas cosas: ayuda a luchar contra la pobreza, las enfermedades infecciosas y la degradación ambiental, que matan a millones de seres humanos y plantean una amenaza a la seguridad humana.

Finalmente, establecen que el desarrollo es esencial para ayudar a los Estados a prevenir o remediar el deterioro de la capacidad estatal, que es crucial para hacer frente a casi todo tipo de amenaza, pues es parte de una estrategia a largo plazo para prevenir los conflictos internos y poner fin a los entornos en los que florecen el terrorismo y la delincuencia organizada.

Esta ampliación del espectro de las amenazas produjo, en nuestro lado del hemisferio, un fenómeno que representó un gran retroceso en materia de seguridad nacional, que implicó la utilización del poder militar, es decir, de las Fuerzas Armadas en labores de seguridad interna, amenazas, que hasta la aparición de este fenómeno eran enfrentadas por cada Estado mediante políticas de seguridad interna usando las fuerzas de seguridad internas o policiales.

Lo que inevitablemente volvió a abrir la puerta, ya cerrada después de los regímenes militares, a la intervención de las Fuerzas Armadas en la política, descuidando su rol original, primigenio, histórico, de garantes de la soberanía e integridad territorial, es decir, le cambiaron el rol a las Fuerzas Armadas ante la aparición de nuevas amenazas de carácter transnacional, que ignoran fronteras y se mueven libremente entre los territorios de varios Estados; y esto, lamentablemente, es el origen de la nefasta concepción de considerar la seguridad en términos exclusivamente militares y que la respuesta ante cualquier amenaza, literalmente cualquier amenaza, era netamente militar.

Es importante dejar claro que, una vez concluidos los regímenes militares promovidos, sostenidos y financiados por los Estados Unidos, las doctrinas de seguridad nacional de estos países, basadas en las teorías de seguridad continental y fronteras ideológicas, comenzaron a sufrir cuestionamientos de distinto grado de intensidad, según los países.

Entre los conceptos que surgieron de nuestro lado del hemisferio en materia de seguridad nacional, está uno muy interesante: el de seguridad democrática regional, impulsado por la Comisión Sudamericana para la Paz, la Seguridad Regional y la Democracia²⁸, según el cual la seguridad de una nación o sociedad no puede ser confundido con el de defensa o el de seguridad militar, como desgraciadamente ha ocurrido con frecuencia en Suramérica en los últimos años.

En este sentido, conciben la seguridad como un concepto más amplio y positivo, que prioriza la necesidad de los individuos de vivir en paz y de contar con los medios económicos, políticos y ambientales para una existencia digna. Sostienen además que, en una sociedad democrática, la seguridad de la nación es la seguridad de los hombres y mujeres que la componen e implica, además de la ausencia de riesgos o amenazas físicas, la existencia de condiciones mínimas de ingreso, vivienda, salud, educación y otras.

En consecuencia, visualizan fuentes de inseguridad para nuestros países muy distintas a las percibidas por los autoritarismos. Así, la ausencia de seguridad de los latinoamericanos es vista como inseguridad económica, producto del subdesarrollo, de la inexistencia de una infraestructura adecuada, de la insuficiencia productiva, de la existencia de estructuras económicas y sociales injustas, de una distribución regresiva del ingreso y de

²⁸ Vid. *Seguridad democrática regional. Una concepción alternativa*, J. SOMAVÍA y J. M. INSULZA coords. (Santiago: Comisión Sudamericana de Paz-Editorial Nueva Sociedad, 1990), p. 7.

la ausencia de condiciones mínimas de subsistencia para amplios sectores de la población.

Pero también como inseguridad social, producto del desempleo, del hambre, del aumento de la delincuencia, de la ausencia de oportunidades, de la destrucción del sistema ecológico, de la existencia de insuficientes condiciones sanitarias y del hacinamiento y de las inadecuadas condiciones de vivienda.

Todo lo anterior deriva en inseguridad jurídica al provocar, por un lado, frustración y graves tensiones sociales que amenazan de modo permanente la paz de la sociedad; y por otro, la tendencia a mirar todos estos problemas como amenazas e intentar combatirlos por la vía de la represión más que de la acción positiva. La respuesta a estos problemas de seguridad no puede ser militar, ni tampoco puede legítimamente sostenerse que ellos tienen un origen externo; el origen es interno, por lo que hay que dejar de mirar hacia afuera y mirar hacia adentro.

Ahora bien, en este punto consideramos importante dejar asentado que un concepto de seguridad de tales características, tan amplio, es muy peligroso pese a su carácter manifiestamente democrático y de avanzada, aunque también es importante aclarar que el peligro no está en el concepto, sino en nuestra tendencia autoritaria y militarista, que nos lleva a volver sobre nuestros pasos y abrir puertas ya cerradas.

A pesar de ello, este concepto caló hondamente y se abrió camino en Latinoamérica, inspirando el Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica²⁹. Se trata de un tratado de seguridad colectiva regional cuyo concepto de seguridad es muy amplio, aunque establece

²⁹ En 1995, por los gobiernos de las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá.

mecanismos para preservar la paz y la seguridad, resolver pacíficamente los conflictos, y proveer a la defensa colectiva en caso de agresión.

Se trata, pues, de un nuevo modelo de seguridad regional único, muy amplio pero integral e indivisible, que incluye dentro de su concepto de seguridad la democracia, el Estado de Derecho y la garantía de las libertades fundamentales y de los derechos humanos, el desarrollo sostenible, la defensa nacional y la seguridad pública. Este es, a nuestro criterio, un concepto ideal, por supuesto, en un mundo ideal, que no es precisamente nuestro caso.

Este también llamado Modelo Centroamericano de Seguridad Democrática se sustenta en la supremacía y el fortalecimiento del poder civil, el balance razonable de fuerzas, la seguridad de las personas y de sus bienes, la superación de la pobreza y de la pobreza extrema, la promoción del desarrollo sostenible, la protección del medioambiente, la erradicación de la violencia, la corrupción, la impunidad, el terrorismo, el narcotráfico, el tráfico de armas, asimismo, en la orientación progresiva de los recursos económicos hacia la inversión social.

En este sentido, el artículo 1 establece que el Modelo Centroamericano de Seguridad Democrática tiene su razón de ser en el respeto, promoción y tutela de todos los derechos humanos, por lo que sus disposiciones garantizan la seguridad de los Estados centroamericanos y sus habitantes, mediante la creación de condiciones que les permita su desarrollo personal, familiar y social en paz, libertad y democracia.

Basándose en el fortalecimiento del poder civil, algo muy sabio vista nuestra historia reciente; el pluralismo político; la libertad económica; la superación de la pobreza y la pobreza extrema; la promoción del desarrollo sostenible; la protección del consumidor; del medioambiente y del patrimonio cultural; la erradicación de la violencia, la corrupción,

la impunidad, el terrorismo, la narcoactividad y el tráfico de armas; el establecimiento de un balance razonable de fuerzas que tome en cuenta la situación interna de cada Estado y las necesidades de cooperación entre todos los países centroamericanos para garantizar su seguridad. Insistimos, difícil imaginar un escenario más ideal que este.

Y hablando de escenarios ideales, traemos a colación el concepto de seguridad colectiva, elaborado por el presidente de la Comisión sobre Seguridad Hemisférica, embajador PATIÑO MAYER³⁰, en mayo de 1993. Este concepto sostiene que la noción de seguridad colectiva presupone que determinadas preocupaciones de seguridad de todos los Estados miembros del Sistema son consideradas como legítimas, lo que significa que la seguridad de cada miembro es garantizada por todos con los mecanismos acordados.

Esta noción distingue como sus elementos la existencia de una comunidad de Estados que, a partir de valores e intereses compartidos, expresa la decisión común de protegerlos y enfrentar las situaciones antagónicas y las agresiones que pudieran afectarlos, cualquiera sea el origen del que provengan.

En lo relativo a los valores e intereses cuya preservación debe asegurarse a través del sistema hemisférico, sostiene que los mismos son el mantenimiento de la paz, la promoción de los derechos humanos, el fortalecimiento y la consolidación de los regímenes democráticos, el desarrollo económico y social de los Estados miembros y la generación de mecanismos cada vez más eficaces de integración hemisférica.

Es justo entonces afirmar que el tema de la seguridad nacional ha experimentado una reformulación de su objeto referente, pues ya no es el

³⁰ Hernán PATIÑO MEYER, *Aportes a un nuevo concepto de seguridad hemisférica. Seguridad cooperativa* (Buenos Aires: s/e, 1993), p. 84.

Estado y su integridad territorial, ya no es estatocéntrica, sino que ha evolucionado hasta ser considerada antropocéntrica, y se ha abierto a nuevos problemas, los cuales no estaban tratados suficientemente y, por tanto, no había respuesta sobre cómo enfrentarlos.

Pero no deja de ser preocupante, y tenemos que advertirlo, la tendencia de los países de tratar de volver a la visión clásica de seguridad nacional, cuyo objeto referente es el Estado y su integridad territorial, pues, de forma casi patológica, el Estado busca protegerse a sí mismo y no a la población a la que se debe.

3. Hacia un concepto de seguridad de la nación en Venezuela

En nuestro país, por diseño constitucional, seguridad de la nación es un concepto jurídico, y debemos dejar claro, de entrada, que la seguridad de la nación no es la seguridad del Gobierno. Y pareciera no existir un momento más adecuado para repensar este tema, pues hemos sufrido en carne propia, como todos los habitantes del mundo, la cruda realidad que, junto con las amenazas tradicionales a la seguridad de los Estados, existe también un conjunto de amenazas nuevas o emergentes, que ponen a prueba la capacidad de aquellos para hacerles frente, sin atentar contra los derechos humanos y, por ende, sin atentar contra la democracia y el Estado de Derecho.

Este concepto jurídico, de conformidad con su Ley respectiva, lo podemos desglosar en los siguientes elementos: está fundamentada en el desarrollo integral de la nación; garantiza el normal funcionamiento del Estado y el respeto al orden constitucional; asegura el goce y ejercicio de los derechos constitucionales por parte de la población; se verifica dentro de un sistema democrático en el marco del Estado de Derecho; se desarrolla en todos los ámbitos de la vida nacional; requiere de la participación de todas las personas naturales y jurídicas, y busca alcanzar los fines del Estado.

De modo que, ciertamente, estamos frente a una visión compleja, multifactorial y transversal que hace referencia directa, tal como está establecido tanto en nuestro texto constitucional como en el texto legal que la desarrolla, a la condición, estado o situación, que permite el goce y ejercicio de los derechos y garantías en todos los ámbitos de la vida del país, con proyección generacional y dentro de un sistema democrático.

Esta es una visión novedosa, insertada indudablemente dentro de la visión antropocéntrica, moderna y expansiva de la seguridad, pero muy amplia y por ello muy peligrosa, porque es tan amplia que se vuelve convenientemente moldeable y termina atentando contra el ideal democrático y, por tanto, contra el Estado de Derecho que debe defender, pues, en el caso particular de nuestro país, lamentablemente ha implicado la militarización de la política, el tutelaje militar de la sociedad civil, y muy en especial la protección de los intereses del Gobierno, del partido y de su ideología, dejando de un lado el interés nacional.

Es por ello que planteamos la urgente necesidad de reformular la visión que se tiene, con una interpretación dinámica y actual del tema, deslastrándola de ataduras militares, pues consideramos que esto permitiría vislumbrar una interpretación compatible con el sistema de vida que anhelamos y con el Estado social y democrático de Derecho contenido en nuestro texto constitucional, para tratar de garantizar el orden socio-político establecido en el ordenamiento jurídico y la muy necesaria convivencia de la población, independientemente de su visión política.

Porque, lamentablemente, lo que ha sucedido en nuestro país es que en lugar de propender a la consolidación y desarrollo de la visión moderna de la doctrina de seguridad de la nación que busca desmilitarizar el tema, se ha logrado, por el contrario, por una parte, consolidar la concepción militar del Estado y, por ende, de la seguridad de la nación en un abierto y lamentable retroceso del Estado venezolano a sus raíces autoritarias

y militaristas, con la militarización de la política y el tutelaje militar de la sociedad civil y, por la otra, la entronización de un proyecto político contrario a los intereses nacionales, apalancado en la politización de la justicia y en el control absoluto del poder por parte del Poder Ejecutivo, dando al traste con la visión moderna, integral y expansiva de la doctrina contenida en el texto constitucional.

A nuestro criterio, debe entenderse la seguridad de la nación como la situación ideal basada en una sensación de tranquilidad que experimenta la sociedad como resultado de un funcionamiento normal del Estado y del respeto al orden constitucional establecido, debido a un manejo adecuado de amenazas y riesgos a través de acciones de defensa integral que propendan a un desarrollo integral, es decir, a un desarrollo productivo y sustentable que permita al Estado alcanzar sus fines.

Ahora bien, visto lo que pasa en nuestro país, es importante tener claro que solo en condiciones de gobernabilidad es posible aplicar y materializar la doctrina de seguridad de la nación, multifactorial y transversal, contenida en la Constitución de 1999, entendiendo gobernabilidad como la condición social en la cual existe una adecuada relación entre todos los órganos y entes del Estado y la sociedad, lo que permite al Ejecutivo gobernar y al resto de las instituciones del Estado funcionar en virtud del respeto de los ciudadanos hacia la autoridad establecida, respeto basado en el convencimiento de la población que la actividad gubernamental está dirigida al alcance de los fines esenciales del Estado, fines que, por demás, gravitan en torno a las personas y sus derechos.

Es por ello que es sumamente grave la tendencia imperante de banalizar y politizar la seguridad de la nación y todo lo relacionado con ella; más grave aún es la militarización y la politización del tema; por ello, es necesario rescatarlo como un concepto jurídico cuyo bien tutelado es la existencia misma del Estado con un enfoque transversal garantista de los derechos humanos.

La motivación reforzada en el proceso

Motivation reinforced in the process

Rodrigo RIVERA MORALES

Resumen: El autor examina la motivación de las decisiones judiciales, en particular en aquellos supuestos en los cuales esta es más exigente al representar una garantía reforzada de los derechos fundamentales. **Palabras clave:** Motivación reforzada, derechos fundamentales, *ratio decidendi*. Recibido: 12-03-24. Aprobado: 16-04-24.

Abstract: *The author examines the motivation of judicial decisions, particularly in those cases in which it is more demanding as it represents a reinforced guarantee of fundamental rights.*
Keywords: *Reinforced motivation, fundamental rights, ratio decidendi.*

La motivación reforzada en el proceso

Rodrigo RIVERA MORALES*

Revista FCJP, ISSN 0798-4456, ISSN-e 3007-4436,

N.º 140, 2024, pp. 75-119.

SUMARIO: Introducción 1. La motivación como exigencia constitucional 2. Estructura funcional de la motivación 3. Ratio decidendi y obiter dicta 4. Decisiones que afectan derechos fundamentales 5. Motivación reforzada 6. Situaciones de motivación reforzada 6.1. En caso de afectación de derechos fundamentales 6.2. En caso de fallo condenatorio en segunda instancia revocando el absolutorio de primera instancia 6.3. En casos de testigos expertos 6.4. En medidas cautelares decretando prisión preventiva 6.5. En la elaboración de inferencias indiciarias como fundamento de condena Conclusiones

Introducción

La motivación es una exigencia constitucional en casi todos los ordenamientos jurídicos de los países democráticos y constitucionales. Es una exigencia constitucional, en primer lugar, porque el acceso a ser oído implica una respuesta y esta debe ser conforme a la Constitución y el ordenamiento jurídico; en segundo lugar, la motivación implica el derecho de conocer lo que obra en contra y el derecho a recurrir, pues uno y otro se condicionan.

* **Universidad Católica Andrés Bello** (San Cristóbal-Venezuela), Abogado. **Universidad de Salamanca** (Salamanca-España), Doctor en Derecho. Profesor Universitario. Miembro del **Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal**. Miembro de la **Asociación Internacional de Derecho Procesal**. Miembro del **Instituto Procesal de Colombia**.

La motivación es una garantía puesto que se erige en la forma instrumental para legitimar que el poder del juez actúe racionalmente. Entendida la motivación en esta concepción como instrumento para evitar la arbitrariedad del Poder Judicial. Vale señalar que la motivación se configura como una dimensión político-jurídica garantista, de tutela de los derechos.

El deber del juez de motivar la sentencia tiene un correlato con el derecho del justiciable de conocer por qué se le sentencia. Se trata de un aspecto del debido proceso que configura para el ciudadano un derecho. No solo se ampara en el debido proceso, sino que forma parte de la tutela efectiva. El justiciable tiene que conocer exactamente por qué la sentencia obra en su contra, pues este conocimiento le permite fundamentar la impugnación de la decisión y solicitar su anulación o corrección. Tiene derecho a conocer qué se da o se tiene por probado en su contra.

Ahora bien, las decisiones judiciales no solo son aplicación normativa, pues están sometidas a unos valores y principios. De acuerdo a su finalidad procesal, algunas de ellas, sin ser definitivas, meramente provisionales, pueden afectar directamente los derechos fundamentales de diversa manera, otras afligen derechos en forma transversal afectando un derecho fundamental. Así pues, hay decisiones en que están en juego derechos materiales sustantivos, que afectan directamente en la persona, como en las penales o las administrativas sancionadoras, que, por su directa e intensa incidencia, deben exponer una motivación más exigente, como garantía reforzada de los derechos fundamentales.

En el presente artículo, vamos a tratar qué es la motivación razonada, cuál es el fundamento que la hace exigible en situaciones concretas de afectación de derechos fundamentales, y examinaremos algunas situaciones o hipótesis en las que la doctrina y jurisprudencia han empezado a insistir en la necesidad de un *plus* de motivación, sustentada en los valores y principios, especialmente, en el principio de proporcionalidad, obviamente, su vinculación con elementos fácticos que justifiquen la decisión.

1. La motivación como exigencia constitucional

Esta exigencia constitucional surge en Iberoamérica en la ola de constitucionalización, ubicándola como elemento del debido proceso (*exempli gratia*: Ecuador, artículo 76.7.1¹; Colombia, artículo 29; Perú, artículo 139; Venezuela, artículo 49; en España no se contempla en el debido proceso, existe norma específica artículo 120.3; en la interpretación el Tribunal Constitucional lo integra a las garantías del artículo 24 de la Constitución). Un análisis de la finalidad nos muestra varias dimensiones. Derecho, garantía y su conexión con el principio democrático. Además, se estatuye como un deber de los órganos actuantes (*vid.* artículo 120.3 de la Constitución española). Interpretamos que, al establecerse como derecho de las personas, es exigible, por tanto, como correlato un deber del órgano de exponer las razones de su decisión (ejemplo, artículos 120.3 y 24.1 de la Constitución española). Exigencia que es mayor cuando se trata de intervenir derechos fundamentales o que produzcan agravio a un derecho y garantía procesal.

Es un derecho en cuanto la propia Constitución reconoce como derecho a conocer lo que obra en contra y por qué ha sido condenado. En este sentido, forma parte del derecho complejo del debido proceso, vinculándose directamente con los derechos: a ser oído (este es un derecho de reciprocidad: oír y alegar), y a la defensa, que implica el ejercicio activo de recursos e instrumentos que le permitan afirmar sus derechos.

En cuanto a la motivación como garantía se erige como la forma instrumental para legitimar que el poder del juez actúe racionalmente.

¹ Publicada en el *Registro Oficial* N.º 449, de 20-10-08. *Registro Oficial* N.º 653, del 21-12-15, artículo 76.7 «... I. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados».

Se entiende la motivación, en esta concepción, como instrumento para evitar la arbitrariedad del Poder Judicial. Vale señalar que la motivación se configura como una dimensión político-jurídica garantista, de tutela de los derechos. Evidentemente, exigírsele al juez que dé las razones de su decisión lo obliga a actuar conforme a Derecho y no ser arbitrario. En esta orientación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado en forma reiterada que una decisión no fundamentada es arbitraria².

En el caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* deja asentados importantes criterios:

248. Para este Tribunal, una exposición clara de una decisión constituye parte esencial de una correcta motivación de una resolución judicial, entendida como «la justificación razonada que permite llegar a una conclusión». En este sentido, la Corte ha considerado que el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente

² *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* 12: Debido proceso (2022): pp. 145 y 146, <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>, caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas, sent. de 22-11-05, Serie C N.º 135, párr. 216; caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas, sent. de 19-09-06, Serie C N.º 151, párrs. 120 y 143; caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. de 21-11-07, Serie C N.º 170, párr. 107; caso *Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo») vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 05-08-08, Serie C N.º 182, párr. 78; caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 01-07-11, Serie C N.º 227, párr. 118; caso *López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo reparaciones y costas, sent. de 01-09-11, Serie C N.º 233, párr. 141; caso *J. vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sent. de 27-11-13, Serie C N.º 275, párr. 224.

fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Por todo ello, el deber de motivación es una de las «debidas garantías» incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso, no solo del imputado sino, en casos como el presente, también de la persona privada de libertad en relación con su derecho de acceso a la justicia³.

Conecta el deber de motivar en el contexto democrático. Esto es que la motivación de las decisiones tiene como función democrática legitimar el órgano mostrando que actúa conforme el ordenamiento jurídico, pero, además, que el acto puede ser controlado por otras instancias y corregir los defectos, obviamente, en respeto al derecho de conocer que tiene el justiciable y ejercer su participación mediante el recurso de impugnación conforme a la ley. Compartimos el criterio de ACCATINO, que el deber de motivación se vincula a la legitimidad de la función jurisdiccional, indicando «la nueva concepción de su legitimidad en un Estado democrático de Derecho: el de vinculación del juez a la ley, el de publicidad y el de proscripción de la arbitrariedad»⁴.

Otro aspecto importante de esta decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la exigencia del principio de exhaustividad, en el sentido del deber de examinar y dar respuesta a todos los alegatos y al examen de las pruebas practicadas.

³ CIDH, caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala, sent. de 29-02-16, párr. 248, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf.

⁴ Daniela ACCATINO, «La exigencia de motivación de las decisiones probatorias como garantía» en *Manual sobre derechos humanos y prueba*, coord. P. ROVATTI (México D. F.: Suprema Corte de Justicia, 2021), p. 270.

El deber de los jueces de motivar sus decisiones como exigencia constitucional brota de la esencia misma del Estado de Derecho constitucional, en específico de los principios que lo orientan; en concreto: el principio de legalidad, mantener el imperio de la ley, que obliga a los ciudadanos y a los poderes públicos a someterse al ordenamiento jurídico subordinado a la Constitución como norma suprema (*vid.* artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; artículo 9 de la Constitución española; artículo 4 Constitución de Colombia). Los jueces tienen la obligación de resolver todos los casos que dentro de su competencia les fueren planteados. Las decisiones de los jueces deben estar fundadas en Derecho, lo que implica que siempre podrán cumplir esa obligación⁵. Esto significa que en Derecho siempre se encuentra una solución, al menos, para cualquier problema planteado (*vid.* artículo 19 del Código de Procedimiento Civil venezolano, artículo 37.8 del Código de Procedimiento Civil colombiano). El juez debe dictar sentencia en todo caso que conozca.

Por corolario, por las razones expuestas, el deber del juez de motivar la sentencia tiene un correlato con el derecho del justiciable de conocer por qué se le sentencia. De manera, que la motivación no es un asunto formal, sino que atiende a derechos reconocidos constitucionalmente; por tanto, la exigencia de la motivación está sometida a la supremacía constitucional.

Su vinculación como garantía es al debido proceso. En este sentido, se parte de fijar que el deber de motivación del juez está correlacionado con el debido proceso formando parte de él en su estructura compleja⁶. Si en la actualidad partimos de la base de que el deber de motivación deriva del derecho al debido proceso y este se edifica como un derecho procesal fundamental, confiriéndole al proceso un carácter sustancial y no

⁵ Eugenio BULYGIN, «Los jueces ¿crean Derecho?», *Isonomía* 18 (2003): p. 9.

⁶ Osvaldo GOZAÍNI, *Tratado de Derecho Procesal Latinoamericano* (Buenos Aires: La Ley, 2014), t. I, p. 709.

meramente adjetivo, lo cual se manifiesta en la constitucionalización de las garantías procesales y de las garantías judiciales.

Así las cosas, la debida motivación debe garantizar el principio-norma del debido proceso como expresión del principio de tutela procesal. En tal sentido, es deber de quienes administran justicia, o tienen como función decidir, desplegar una declaración clara y sistemática de los fundamentos de hecho y Derecho que les sirven de apoyo y los que confirman su decisión. En consecuencia, la ausencia de razonamientos válidos y sólidos pone de manifiesto falta de motivación o justificación lo que implica quebrantamiento constitucional. Encontramos en la doctrina constitucional⁷ que una decisión no está suficientemente motivada en Derecho, cuando: a. carencia de absoluta motivación, b. razonamiento arbitrario, irrazonable e ilógico o en error ostensible, c. cuando no se cumple con la motivación reforzada en afectación de derechos fundamentales, y d. si el juez no ha realizado el control constitucional y legal.

La ausencia de motivación constituye causa de nulidad de la sentencia al infringir el derecho constitucional al debido proceso y la tutela judicial. También, implica un quebrantamiento a valores constitucionales, como es el de seguridad jurídica, entendida esta como la determinación de un ámbito de certeza en relación al Derecho, de saber a qué ajustarse, tanto en las relaciones entre los ciudadanos y el poder, a fin de defendernos de los excesos o arbitrariedades.

2. Estructura funcional de la motivación

Normalmente, la estructura de la motivación se entiende como los componentes que la integran, algunos hablan de los elementos o requisitos

⁷ Alberto DEL REAL ALCALÁ, «Deber de motivación de las sentencias judiciales en el estado constitucional: dimensiones y problemáticas», *Anuario de Filosofía del Derecho* 39 (2023): pp. 281-314, <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/10155>.

internos y externos⁸, otros asumen el contexto de justificación y contexto de descubrimiento⁹. Por lo general, en los textos procesalistas, presentan la estructura bajo lo normativo formal de la sentencia. Por ejemplo, identificación del tribunal, identificación de las partes, síntesis clara de los hechos y controversia, los motivos de hechos y derecho de la decisión y el dispositivo (artículo 243 del Código de Procedimiento Civil venezolano).

Observamos que no es pacífica la idea de la funcionalidad de la motivación. Para unos, es la exteriorización del *iter* lógico que conduce al juez a su decisión; para otros, la motivación solo pretende justificar las razones que fundamentan una determinada solución mediante razonamientos y argumentos racionalmente válidos. La jurisprudencia ha tratado de conciliar esos criterios expresando que no solo debe satisfacer la tutela efectiva, sino, sobre todo, explicar las razones que llevan al tribunal a emitir esa resolución¹⁰.

⁸ Por todos, Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *Requisitos internos de la sentencia civil* (Madrid: Dikynson, 2021), p. 77.

⁹ Ana NETTEL, «La distinción entre el contexto de descubrimiento y contexto de justificación y la racionalidad de la decisión judicial», *Isonomía* 5 (1996): pp. 107 y ss.

¹⁰ En España, TC sent. N.º 5, de 17-01-00 –BOE N.º 42, de 18-02-00–, dice: «La necesidad de que los fundamentos de las resoluciones judiciales sean patentes, fácilmente discernibles o explícitos es mayor cuando se conecta, no solo a la tutela judicial efectiva, sino también a otro derecho fundamental (SSTC 62/1996, de 16 de abril, FJ 2; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 83/1998, de 20 de abril, FJ 3; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4; 2/1999, de 25 de enero, FJ 2, entre otras); de manera que el derecho a no ser condenado si no es en virtud de prueba de cargo –presunción de inocencia– y el derecho a la libertad personal, comprometido en toda sentencia penal y específicamente restringido al condenarse a pena privativa de libertad como en el caso origen de la demanda de amparo, avalan la necesidad de fortalecer el deber de exteriorizar los fundamentos de las decisiones judiciales hasta el punto de hacer imprescindible, en este caso, también una mínima explicitación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica», <https://hj.tribunalconstitucional>.

Hay uniformidad en la doctrina en considerar que las funciones no son una sola, sino que son varias, destacándose las de carácter interno, de índole político y las extraprocesales.

Las funciones internas van dirigidas al seno del sistema judicial en su ejercicio jurisdiccional, lo que permite a las partes conocer las razones de hecho y jurídicas de la decisión y posibilitan a los tribunales superiores, en los casos de que se haya implementado recurso contra la decisión, comprobar la legalidad y racionalidad del fallo impugnado.

En cuanto la función extraprocesal, esta consiste en reconocer que los justiciables, en general, los ciudadanos no afectados por la decisión judicial, verifiquen la racionalidad y ejerzan, si bien de carácter difuso, las resoluciones judiciales en función de la seguridad jurídica, además, vinculado al principio de publicidad¹¹. En efecto, el incumplimiento del deber de motivación, o su cumplimiento defectuoso, no solo suponen un vicio interno de la resolución, comprometedora de su validez, sino que asimismo forman una fuente de inseguridad jurídica.

es/es-ES/Resolucion/Show/3989. En Venezuela: TSJ/SP, sent. N.º 301, de 16-03-00, «En el sistema de la sana crítica, no basta que el juez se convenza así mismo, y lo manifieste en su sentencia, es necesario que, mediante el razonamiento y la motivación, el fallo tenga la fuerza de demostrar a los demás la razón de su convencimiento, basado este en las leyes de la lógica, los principios de la experiencia, y los fundamentos científicos de la determinación judicial, y cuya inobservancia, por parte de los jueces de mérito, amerita la censura de casación». *Vid.* TSJ/SC, sent. N.º 1816, de 30-11-11, «La tutela efectiva requiere respuestas de los órganos de administración de justicia, que estén afinadas en motivos razonables».

¹¹ *Vid.* CIDH, caso V.R.P., V.P.C.* y otros vs. Nicaragua, sent. de 08-03-018: «257. Ahora bien, la Corte estima pertinente precisar que la motivación de las decisiones adoptadas por los órganos encargados de impartir justicia no es solo relevante para el inculpado del delito, sino que permite también el control ciudadano de los actos de gobierno, en este caso de la administración de la justicia y los expone a su escrutinio. En el caso de los jurados, dicha vertiente se entiende cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía».

En cuanto a las razones políticas, están vinculadas con el sistema político que sustenta el Estado de Derecho, como es la democracia constitucional. La relación entre motivación judicial y democracia tiene que ver con la transparencia, la justicia, la participación, ya que la soberanía no es del Estado, sino que radica en el pueblo –soberanía popular (artículo 5)–, que es en nombre de quien se ejerce la potestad jurisdiccional. Por otro, la racionalidad conforme a Derecho y la transparencia en la decisión confieren legitimidad democrática del juez en la sociedad y en el Estado constitucional. Todos los poderes públicos están subordinados a la Constitución (artículo 7 de la Constitución venezolana) y al resto del ordenamiento jurídico, lo cual, evidentemente, tiene que reflejarse en todas sus actuaciones.

Ahora bien, debe saberse que la decisión final es producto de muchas decisiones anteriores (parciales o fraccionales) en el *iter* de la construcción de la decisión final, vale decir que la decisión final es una suma de decisiones intermedias sobre aspectos que integran la sentencia como un todo. Estas decisiones parciales, necesariamente, influyen y afectan determinadamente el sentido de la decisión final porque son parte de ella misma (ejemplos: dar credibilidad a un testigo, determinación de hecho probado, etc.). En este sentido, la exigencia de motivación conlleva que el juez muestre el camino de construcción de la sentencia, indicando el procedimiento y método en cada paso, pues tales pasos son controlables en tanto deben obedecer a un criterio de logicidad y racionalidad. Pues, no basta que la decisión final se muestre justa o aceptable, es exigible, también, que cada fragmento o paso que conforman la formación de la sentencia deba mostrar su propia coherencia. Imaginemos que se decide dar crédito al informe pericial carente de fundamentación y sin aparato demostrativo, solo con base en la presencia de título profesional del perito o que se dé por probado un hecho sin acreditación probatoria, o no aplicar una norma vigente por considerarla derogada, todo ello, evidentemente, tiene peso en la decisión final.

Vamos a tomar como conformación estructural de la motivación las dos etapas en la formación de la sentencia: contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Son dos conceptos prestados a la filosofía de la ciencia¹². Según REICHENBACH, en el contexto de descubrimiento se aluden a cuestiones relacionadas con la forma en que generamos nuevas ideas o hipótesis en ciencia, mientras que en el contexto de justificación se refiere a los criterios que dichas hipótesis deben satisfacer para ser aceptadas en el *corpus* científico. Posteriormente, POPPER¹³ insistió que las cuestiones que se puedan originar en el contexto de descubrimiento (esto es, en la forma en cómo se efectúan los descubrimientos científicos) se discurrían irrelevantes para el filósofo, debido a que no apuntaban a materias epistémicas y lógicas, sino principalmente psicológicas o sociales.

De la concepción de POPPER se infiere que las cuestiones de hecho no tienen relevancia para la justificación de las teorías, *mutatis mutandis*, aplicable esta idea a la justificación de la decisión judicial. Teoría que ha afectado la doctrina sobre la motivación de la sentencia, pues, en cierto sentido, en los procesalistas cayeron en el abandono del análisis de los hechos y justificar cuando se da por fijado un hecho. El procesalismo, por ende, los operadores jurídicos, se preocuparon más por el normativismo.

En los últimos 40 años, se ha empezado a señalar la importancia de los hechos en la sentencia, especialmente, TARUFFO¹⁴ ha demostrado como imprescindible en la formación de la sentencia la reproducción de los hechos. Ya CARNELUTTI había planteado esa cuestión; en efecto, este se preguntaba, criticando la falta de juicio de los juristas sobre los hechos,

¹² Ramón BÁRCENAS, «Contexto de descubrimiento y contexto de justificación: un problema filosófico en la investigación científica», *Acta Universitaria* 12-2 (2002): pp. 47-58, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=41600206>.

¹³ Karl POPPER, *La lógica de la investigación científica* (México: Red Editorial Iberoamericana, 1996), pp. 30 y 31.

¹⁴ Michele TARUFFO, *La prueba de los hechos* (Madrid: Trotta, 2002), pp. 21-23.

«¿cómo es posible que en la fórmula del hecho jurídico fundada en el binomio «hecho» y «derecho» se contenten los juristas con elaborar el segundo término y no se preocupen del primero?»¹⁵.

Debe tenerse presente que el juez, para realizar la selección normativa aplicable, sea en las decisiones parciales o final, debe tener una lectura de los hechos, pues, para elegir la norma, debe tener un referente factual, es imposible elegir norma sin tener hechos determinados, pues la consecuencia jurídica se aplica si se da el supuesto jurídico (fáctico) de la norma.

¿Cuáles hechos? En el proceso, sea civil o penal, bien en la demanda o contestación, bien en la acusación o defensa, sean alegados unos hechos, por lo general, hay disparidad, ya que los hechos admitidos no son objeto de prueba, de manera que el debate va a versar sobre hechos controvertidos. Es posible que en ese debate probatorio los hechos probados presenten disparidad, por ejemplo, los hechos alegados por el demandante con el resultado probatorio. O los hechos probados en proceso penal no coinciden totalmente con los alegados por la acusación¹⁶. En estos casos, evidentemente, su referente fáctico son los hechos que han quedado probados.

Desde esta perspectiva vamos a señalar que el juez en el proceso debe develar qué hechos pueden declararse probados. Este conocimiento lo alcanza a través de los medios probatorios, evidentemente, en el marco de contexto cultural, bien en la interpretación de los datos empíricos, ya en las inferencias que elabore aplicando máximas de experiencia.

¹⁵ Citado en Rodrigo RIVERA MORALES, *La prueba: análisis racional y práctico* (Madrid: Marcial Pons, 2011), p. 37.

¹⁶ Es posible que se hayan acreditado hechos de un tipo penal diferente a la acusación. En los ordenamientos jurídicos hay varias soluciones: i. sobreseimiento por los hechos de la acusación, ii. que el fiscal inicie juicio sobre esos hechos, iii. suspender el juicio y dar oportunidad al imputado para defensa sobre esos hechos. Esta es la forma adoptada en Venezuela en el artículo 333 del Código Orgánico Procesal Penal.

En este sentido, esto puede tomarse como contexto de descubrimiento (algunos autores hablan de contexto decisorio o contexto de decisión¹⁷), puesto que en ese proceso de conocimiento el juez, en medio de su incertidumbre sobre los hechos, determina qué hecho y por qué debe darse como verdadero (probable).

Asumimos la teoría cognoscitivista de la prueba¹⁸ y compartimos los criterios de FLECK¹⁹, quien expresa que epistemológicamente no es posible dejar de lado el contexto en que se produce el conocimiento; en nuestro campo de la formación de la sentencia, sería el contexto de razonamiento judicial acerca de los hechos. Debemos recordar que en el proceso judicial aparecen datos empíricos, datos percibidos y datos interpretados (por ejemplo, la interpretación de datos empíricos por el peritaje al aplicarles los conocimientos de su *lex artis*). No cabe duda de que el conocimiento de un hecho depende del contexto y metodología en el que se produjo (ejemplo: un hecho narrado por un testigo, pasa por la forma que se rindió esa declaración y los elementos que permiten darle fiabilidad o credibilidad).

Hay que señalar que hoy día la mayoría de ordenamientos jurídicos adoptan como valoración de la prueba el sistema racional –en Iberoamérica, la sana crítica– lo que supone un método y que sus resultados deben

¹⁷ Tecla L. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali* (Torino: G. Giappichelli Editore, 1996), <https://www.giappichelli.it/forme-di-razionalita-delle-decisioni-giudiziali-e-book-9788834829219>.

¹⁸ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, p. 86, «en el ámbito de la concepción de la prueba como instrumento para alcanzar una determinación verdadera de los hechos puede encontrarse una confirmación coherente de la ideología que más arriba se ha definido como legal-racional de la decisión judicial, con todo el conjunto de garantías que se vinculan con ella». También, Marina GASCÓN A., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba* (Madrid: 3.ª, Marcial Pons, 2010), p. 47.

¹⁹ Ludwig FLECK, *La génesis y desarrollo de un hecho científico. Introducción a la teoría del estilo y del colectivo del pensamiento* (Madrid: Alianza Editorial, 1986), p. 69.

justificarse con base en la lógica, máximas de experiencias²⁰ y el método científico que sea adecuado con el objeto de conocimiento que sea parte del debate. De manera que la demostración de los hechos que se dan por probados parte de que las inferencias deben ser argumentadas. No hay duda de que la motivación de las premisas fácticas permite la demostración de la racionalidad en la valoración de los medios de prueba. Obviamente, no se niega la problemática en torno a la validez de las inferencias inductivas, ni tampoco qué garantía existe de que una observación empírica sea confiable.

Ahora bien, el segundo aspecto es la justificación. El concepto «justificación» tiene un matiz más fuerte que motivar, es concebido no solo como las antecedentes simples del fallo, sino como las razones mismas que simbolizan la justicia. En la expresión «justificar» están implícitas las razones de justicia que llevaron a tomar una decisión y no solo las razones legales o derivaciones de la decisión (análisis completo individual e integral con relación al proceso y los alegatos de las partes²¹), que desde otra vista serían como la explicación trivial de la decisión. Entonces, puede indicarse

²⁰ Las generalizaciones empíricas conforman la base o estructura nuclear del razonamiento probatorio inferencial en el sistema de valoración racional y sus dos formas: máximas de experiencia y conocimientos científicos, desempeñan el mismo rol, son regularidades que vinculan (determinar el nexo) los elementos de prueba existentes con una hipótesis sobre los hechos, de modo que permiten pasar del dato conocido (hecho indicante) al dato desconocido (hecho por probar). Las máximas de experiencia (TARUFFO explica que pueden ser de diferente tipo según su legitimidad de regularidad y formación), su fundamento no corresponde a una ley de carácter universal (ley científica), sino que manifiestan puntualidades empíricas que crean relaciones de probabilidad. Esto es, que, conforme a nuestra experiencia pasada, si las pruebas tienen validez, es probable que también lo sea la hipótesis. El problema es cómo ocurre la selección de la máxima de experiencia. *Vid.* Michele TARUFFO, «Consideraciones sobre las máximas de la experiencia», en *XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Memorias* (Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2009), pp. 63-92.

²¹ ACCATINO, «La exigencia de motivación de las decisiones probatorias como garantía», pp. 291 y 292.

que la justificación de la decisión judicial sería la argumentación que se proporciona como sostén de una situación en un contexto de controversia.

Evidentemente, la decisión judicial es un acto procesal jurisdiccional, lo cual implica que ese acto debe cumplir los presupuestos que la ley asigna (competencia, forma procesal, valoración, entre otros), pero ese acto conlleva una consecuencia, la cual se expresa en el contenido del acto²². Allí están volcadas las razones por las que se emitió el acto en ese sentido; evidentemente, viene determinada por la primera fase, pues la fijación de los hechos se establece como premisas fácticas. Esto nos plantea que una justificación correcta (debe ser lógica y racional la valoración, y la selección normativa conforme a Derecho), difícilmente, podría conducir razonablemente a una decisión injusta (indudablemente involucra un control de la aportación de los hechos y legitimidad de los medios probatorios). Está claro que el hecho de que el acto esté justificado porque se cumplieron las normas positivas que regulan el acto no garantiza que el contenido esté justificado, tiene que existir coherencia entre los resultados del acto con el contenido de la decisión como norma individual (que las premisas fácticas sean consideradas verdaderas). Entonces, la exigencia es exponer las razones por las que se toman como verdaderas esas premisas (inferencia probable) y que tales hechos se subsumen en el supuesto fáctico de las normas aplicables. La justificación debe posibilitar el control externo; en este sentido, no debe ser meramente descriptiva de cómo se llegó allí, sino exponer las razones que justifican la asunción de los hechos y la selección normativa²³.

En razón de los valores que hoy se propugnan en las constituciones iberoamericanas conjuntamente con acuerdos y tratados internacionales sobre derechos humanos, la intervención de estos es de reserva legal

²² Jordi FERRER B., «Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales», *Isonomía* 42 (2011): p. 103.

²³ *Ibíd.*, p. 105.

y judicial. Esto implica que la decisión, en estos casos, no solo se debe fundamentar la decisión conforme a la ley, sino que debe fundarse en la ley que autoriza, el alcance que prevé la ley, la aplicación del principio de proporcionalidad y su conformidad con la interpretación constitucional y convencional.

Finalmente, sobre este epígrafe, debemos manifestar que en respeto al acceso de justicia del justiciable la decisión debe expresarse en lenguaje claro que haga entendible lo decidido. La falta de accesibilidad en los procesos judiciales y la carencia de explicación en formatos asequibles establecen muros que pueden afrontar las personas. Se trata de que sea posible, que el contenido de la sentencia, leerlo y entenderlo por todas las personas legas en el tecnicismo jurídico. Se ha propuesto que se asuma el método de lectura fácil. Se dice (por los especialistas) que: «En específico, la lectura fácil es una herramienta para fomentar la accesibilidad cognitiva, definida como “las características que tienen las cosas, los espacios o los textos que hace que los entiendan todas las personas”»²⁴.

Por otra parte, en función de la seguridad jurídica, a la finalidad de la sentencia se le agrega la uniformidad, buscando crear un clima de confianza en el tráfico jurídico, y en la relación de los destinatarios del Derecho con el sistema jurídico y el poder, se ha venido apelando en Iberoamérica a la idea de la función de la jurisprudencia de unificar la interpretación de la ley a través de asentar la doctrina probable y el precedente judicial. Por ello, consideramos oportuno tratar los aspectos de *ratio decidendi* y *obiter dictum*.

3. *Ratio decidendi* y *obiter dicta*

Hemos observado en Colombia, en la Escuela de Formación Judicial «Lara Bonilla» y en las cátedras de procesal, trabajar el análisis jurisprudencial

²⁴ Vid. *Guía para elaborar sentencias*, D. SUÁREZ DE LOS SANTOS, coord. (México D. F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022), p. 2.

a través de la «línea jurisprudencial»²⁵. Esta, normalmente, en España —general en Europa—, se denomina «doctrina jurisprudencial» la emanada de los tribunales constitucionales con carácter vinculante²⁶.

En páginas anteriores, hemos manifestado que la motivación, en forma sencilla, es presentar en el pronunciamiento decisorio las razones o causas que han conducido o que fundamentan al juez o tribunal para resolver de la forma que lo han hecho lo sometido a su decisión; esto es, mediante la locución latina, la *ratio decidendi*, que son los argumentos utilizados por el juez en la parte motiva o considerandos de la estructura de la sentencia.

La importancia de la *ratio decidendi* no solo reside en cuanto a la contingencia de poder controlar la argumentación jurídica del juez, sino que, posiblemente, esta puede tener una relevancia *a posteriori*, pues, lo mencionado en la decisión, puede formar un precedente jurisprudencial vinculante de obligatoria aplicación para todos los jueces en casos análogos.

En la doctrina del *stare decisis*, el sistema de precedentes o sentencias en el Derecho anglosajón (*Common law*) se conviene con dos elementos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*²⁷. En el sistema anglosajón, el elemento vinculante es la *ratio decidendi*, que es la «razón de la decisión». Debemos, antes de ir al fondo del significado de *ratio decidendi* en la doctrina inglesa del precedente, develar la importancia del mismo. Puede ser entendido como la forma en que resuelven los jueces los casos con base en seguir

²⁵ Diego E. LÓPEZ M., *El derecho de los jueces* (Bogotá: 7.^a reimp. 2.^a, Universidad de Los Andes-Legis, 2009), p. 62.

²⁶ Ricardo RIVERO O., «Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho», *Revista de Administración Pública* 157 (2002): pp. 89 y ss. El autor hace un análisis del estado de la cuestión y hace una distinción entre jurisprudencia y doctrina legal.

²⁷ *Poder Judicial de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal* (México D. F.: UNAM, 2014), p. 1087.

lo resuelto en casos análogos anteriores, se aplica el *stare decisis*, que es el principio que significa adherirse a los casos resueltos.

La *ratio decidendi* es el razonamiento normativo aplicado al caso concreto por el cual el juzgador fundamenta la resolución del caso concreto, este elemento de la decisión judicial es el único que tiene fuerza en un precedente, en virtud de ser el principio normativo subyacente y que constituye la razón base de la decisión del caso. Así que el *ratio decidendi* es el principio obligatorio para casos posteriores, tanto horizontal como para los jueces inferiores (vertical).

Debe entenderse que ese principio normativo no es vinculante sobre los hechos, sino solamente el razonamiento judicial en que se basó el juez para resolver el caso. En realidad, la distinción entre los hechos y el razonamiento normativo es compleja, requiere preparación; además, debe distinguir entre los razonamiento relevantes y secundarios o no relevantes, puesto que un falso o descuidado análisis puede conducir a errores y equivocadas aplicaciones o generar consecuencias jurídicas funestas en casos posteriores.

Advertimos que, por lo general, hay dificultad en identificar la *ratio decidendi* en virtud de estar mezclada con argumentos secundarios que constituyen, propiamente, enunciados que conforman el *obiter dictum*. Se trata de descubrir la combinación entre los hechos materiales y las reglas normativas, pues allí es donde reside el razonamiento resolutorio del juzgador en el caso a su conocimiento y decisión. Allí se pone en evidencia la forma o como el juez deduce los hechos bajo su juicio, labor de discernimiento cognoscitivo.

Así las cosas, debemos entender que el *obiter dictum* no es esencial para la decisión. El *Diccionario panhispánico jurídico* español nos dice: «Cuestión que se aborda en una resolución judicial de manera tangencial para

corroborar o ilustrar la decisión que se toma, con la que no está, sin embargo, directamente relacionada»²⁸. En *Oxford reference* se define en los siguientes términos:

*Something said by a judge while giving judgment that was not essential to the decision in the case. It does not form part of the ratio decidendi of the case and therefore creates no binding precedent, but may be cited as persuasive authority in later cases*²⁹.

La expresión de *obiter dictum* puede traducirse en español como «dicho de paso». En sentido técnico, hace referencia a aquellos argumentos enunciados en la parte considerativa, a manera de ideas secundarias que explican, corroboran o dan fuerza a la decisión principal, pero carecen de efecto o poder vinculante, puesto que su función es meramente complementaria. Criterios o reglas para la interpretación de la *ratio decidendi*³⁰:

- i. No todo lo manifestado en las sentencias ni todas las sentencias establecen un precedente. Por lo general, la mayoría de casos que van a tribunales la controversia reside en los hechos y no en cuestiones de Derecho. Hay precedente cuando se trata de interpretar el alcance de una norma y la afectación de un derecho o garantía.
- ii. Entre las proposiciones de Derecho esgrimidas por el juez solo pueden considerarse parte de la *ratio decidendi* únicamente aquellas proposiciones que sean necesarias para fundamentar la decisión.

²⁸ Vid. <https://dpej.rae.es/lema/obiter-dictum>.

²⁹ Trad. Algo dicho por un juez al dictar sentencia que no fue esencial para la decisión del caso. No forma parte de la *ratio decidendi* del caso y, por tanto, no crea ningún precedente vinculante, pero puede citarse como autoridad persuasiva en casos posteriores. <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803100243515>.

³⁰ LÓPEZ M., *El derecho de los jueces*, pp. 273 y ss.

iii. El juez que esté obligado a seguir un precedente debe aplicar la *ratio decidendi* del caso análogo anterior, salvo que fundamente que los casos son real y razonablemente diferenciables.

Es importante tener presente que no hay que confundir el precedente constitucional o efectos de la sentencia constitucional con otras figuras, como la doctrina legal, la triple reiteración de la Suprema Corte o del precedente judicial en donde, se ha reconocido, hay diferencias claras³¹:

a. El constitucional trata en su razonamiento problemas relativos a la constitucionalidad en caso de que pueda existir colisión o vulneración de principios constitucionales o de derechos fundamentales, mientras que la formación de la *ratio decidendi* se forma a partir de un problema de legalidad.

b. Los efectos de la decisión constitucional son más complejos, pueden tener carácter vinculante, efecto *erga omnes* y cosa juzgada. El precedente es un parámetro de interpretación para la judicatura, órganos estatales y usuarios del sistema jurisdiccional.

c. El precedente constitucional usa el método inductivo, parte de un caso particular concreto comparando sistemáticamente con sus criterios de interpretación relacionando con los parámetros de interpretación de pronunciamientos anteriores. Además, construye reglas concretas para resolver un problema jurídico; adicionalmente, desarrolla o interpreta normas constitucionales. Mientras que el precedente judicial es de carácter silogístico, busca la reiteración formal de un criterio idéntico o similar, para hacer un criterio general de interpretación judicial.

³¹ Merck BENAVIDES BENALCÁZAR, «La *ratio decidendi* y la *obiter dictum* en el actual sistema de justicia penal», en *Ratio Decidendi Obiter Dicta*. Fallos de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito 2012-2013 (Quito: CNJ, 2014), p. 37.

Por otra parte, el Tribunal o Corte Constitucional es reconocido como el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional y el máximo intérprete de la Constitución, al que corresponde encaminar o gestionar la unificación de la jurisprudencia sobre los derechos y garantías fundamentales, mientras que la Suprema Corte o Tribunal Supremo persigue la supremacía de la ley y generar precedentes que unifiquen la interpretación del Derecho en sus diferentes materias.

En Venezuela, tenemos un sistema mixto de control constitucional. Así, los jueces en aplicación del control difuso pueden inaplicar una norma o interpretarse de alguna forma, pero siempre la última palabra la tiene la Sala Constitucional, pues el máximo intérprete es la Sala Constitucional. CASAL³², haciendo alusión a la forma como solucionan los problemas los tribunales constitucionales, manteniendo equilibrio entre los poderes, expresa que pueden darse lo que los italianos llaman las «sentencias constitucionales manipulativas», bien determinan cómo puede ser interpretada la norma para armonizarla con la Constitución, bien agregan (aditivas) o quitan o sustituyen una palabra para armonizar con la Constitución; obviamente, hay sentencias que excluyen la norma del sistema jurídico o, también, declaran la inconstitucionalidad haciendo un llamado al legislador para su adecuación.

Lo importante es examinar, en el caso venezolano, en la jurisprudencia, si esa decisión es de naturaleza constitucional, cuál es su carácter (vinculante) y qué efectos tiene previsto por el juzgador. En las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, si bien no existe el precedente, debe examinarse en caso similar o análogo la *ratio decidendi* anterior, para observar cuáles son los criterios establecidos en función de la uniformidad del Derecho.

³² Jesús M. CASAL, *Constitución y justicia constitucional* (Caracas: UCAB, 2004), p. 324.

Ahora bien, en la decisión judicial se aplican métodos, así como la ideología que orienta o subyace en la interpretación. El juzgador emplea métodos o criterios de interpretación para dar el significado concreto a las normas seleccionadas para construir la sentencia en relación con los hechos del caso enjuiciado. Esta interpretación consiste en determinar si los supuestos de hecho (supuesto jurídico) de las normas seleccionadas coinciden (relación de identidad) con los hechos dados por probados, a fin de proceder, si es dada la subsunción, a aplicar la consecuencia jurídica prevista en la norma. Es indubitable que la preferencia de un método de interpretación dependerá de la concepción ideológica del juez, ello explica en cierto modo que en casos similares se lleguen a soluciones diferentes.

En este sentido, es conveniente diferenciar interpretación y argumentación. La interpretación surge con la aplicación de los métodos interpretativos utilizados por el juez, que provee una solución al caso, mientras la argumentación suministra la justificación a la solución encontrada. Señala ATIENZA que: i. argumentar es siempre una acción relativa al lenguaje, por la necesidad de dar razones, cuando se defiende o combate una tesis; ii. una argumentación presupone siempre un problema, cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas; iii. una argumentación supone un proceso, una actividad, como el producto o resultado que está comprendida entre la premisa y la conclusión, y iv. argumentar es una actividad racional, orientada a un fin y en el que hay criterios que evaluar³³.

Finalmente, podemos indicar que *ratio decidendi* y *obiter dictum* enseñan al juzgador actuar con nitidez y conocimiento de causa, certificando siempre la igualdad, como un principio fundamental en un Estado social democrático de Derecho y justicia³⁴.

³³ Manuel ATIENZA R., *Curso de argumentación jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), p. 108.

³⁴ Rupert CROSS y J. HARRIS, *El precedente en el Derecho inglés* (Madrid: Marcial Pons, 2012), p. 64.

En la doctrina jurisprudencial se ha venido estableciendo el criterio que hay situaciones en las cuales en la *ratio decidendi* debe incluirse una razón reforzada sobre lo excepcional del dispositivo de la decisión, por ejemplo, en caso de que la decisión esté vinculada a derechos fundamentales.

4. Decisiones que afectan derechos fundamentales

Como indicamos en páginas anteriores, la motivación es una exigencia constitucional en una doble dimensión; por un lado, es un deber del juzgador, pero, también, es un derecho de las partes. Esto significa que es controlable judicialmente. En España, en un caso en el que se reclamaba la inconstitucionalidad de una norma, el juez inadmitió simplemente expresando «que la pretensión de planteamiento de la citada cuestión carecía de todo fundamento legítimo, pues aspiraba a imponer el ejercicio de una facultad atribuida a los jueces y tribunales por el artículo 5.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. El Tribunal Constitucional español³⁵ señaló ante recurso de amparo:

El que, esta potestad de los jueces y tribunales, esté configurada de manera exclusiva no significa, en modo alguno, que no deba ser exteriorizado, de manera suficiente y adecuada, el razonamiento que, desde la perspectiva tanto fáctica como jurídica, ha llevado al órgano judicial a la decisión de plantear o no dicha cuestión de inconstitucionalidad, pues no cabe olvidar que la exigencia de motivación de las sentencias tiene rango constitucional (artículo 120 de la Constitución española)» (STC 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3).

Más adelante, agrega el Tribunal Constitucional español:

No basta, pues, con obtener una respuesta motivada, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria.

³⁵ TC, sent. N.º 222, de 02-11-15 –BOE N.º 296, de 11-12-15–.

Y una resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la misma no es expresión de la administración de justicia sino simple apariencia de la misma por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo.

Evidentemente, la preocupación del Tribunal Constitucional español es la interdicción de la arbitrariedad y que se exponga con claridad el contenido jurídico de la decisión. El Tribunal Constitucional, en especial, sobre los derechos fundamentales, manifiesta: «otorga un especial protagonismo a los tribunales ordinarios, acentuando su función como primeros garantes de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico»³⁶. Por ello, ha establecido el requisito del test de motivación reforzada, que la doctrina jurisprudencial constitucional ha reservado para las decisiones que afectan a derechos fundamentales y para algunas otras que limitan garantías³⁷.

En síntesis, respecto a la doctrina que se ha venido desarrollando sobre la motivación reforzada, concretamente el Tribunal Constitucional español ha dicho:

Como se acaba de exponer, las exigencias de justificación y motivación de la medida se ven reforzadas cuando se está limitando el contenido de un derecho fundamental, exigencias que no se satisfacen con cualquier forma de motivación que permita conocer la *ratio decidendi* de la resolución judicial, pues el deber de

³⁶ TC, Sala Primera, sent. N.º 102, de 21-09-20, Rrecurso de amparo 2037-2018 –BOE N.º 289, de 02-11-20–.

³⁷ Manuel CARRASCO D., «La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva», *Revista de Derecho Político* 107 (2020): p. 30, «Otros supuestos que llevarían al Tribunal Constitucional a aplicar el test de motivación reforzada serían: aquellos en los que se tratase de desvirtuar la presunción de inocencia; que atañeran a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico; o en los que el juez se apartase de sus precedentes».

motivación de las resoluciones judiciales limitativas de los derechos fundamentales «no encuentra su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1, en relación con el artículo 120.3 de la Constitución española)», sino en la protección del derecho sustantivo, lo que implica que «la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo»³⁸.

5. Motivación reforzada

Se puede expresar que la motivación reforzada es aquella en la que el tribunal está exigido de una explicación suficiente en aquellas decisiones que afectan derechos fundamentales sustantivos. Con base en ello, la motivación insuficiente, en el sentido de la explicación porque se interviene el derecho fundamental o afecta derechos sustantivos, acorde con la jurisprudencia española se entiende que hay vulneración de dos derechos fundamentales: el relativo a la tutela efectiva y el derecho sustantivo³⁹.

En México, la Suprema Corte de Justicia ha clarificado sobre la motivación:

Dicha motivación puede ser de dos tipos: reforzada y ordinaria. La reforzada es una exigencia que se actualiza cuando se emiten ciertos actos o normas en los que puede llegarse a afectar algún derecho fundamental u otro bien relevante desde el punto de vista constitucional, y precisamente por el tipo de valor que queda en juego, es indispensable que el ente que emita el acto o la norma razone su necesidad en la consecución de los fines constitucionalmente

³⁸ TC, sent. N.º 96, de 07-05-12 –BOE N.º 134, de 05-06-12–. Vid. «TC, sents. N.ºs 128/1995, 158/1996, 181/1995 y 54/1996, todo ello sin perjuicio de que se produzca o no, además, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (TC, sent. N.º 158/1996)» (TC, N.º 207, de 16-12-96, FJ 4).

³⁹ Vid. TC, sents. N.ºs 37, de 28-04-11; 96, de 07-05-12 –BOE N.º 134, de 05-06-12–.

legítimos, ponderando específicamente las circunstancias concretas del caso⁴⁰.

De lo expuesto, debemos señalar que la motivación reforzada es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales y derechos sustantivos, exigiéndose, en caso de afectación, un *plus* en la razón de decidir, obviamente, en argumentos que justifiquen la decisión. Es claro que la afectación puede ser directa o indirecta. A manera de ejemplo, citamos fallo N.º 2/2024 del Tribunal Constitucional español:

Una de las consecuencias que se deriva directamente de la exigibilidad de atender al interés superior del menor, es la imposición por nuestra doctrina de un deber de motivación reforzada de la correspondiente resolución judicial. Así por ejemplo, hemos declarado en la STC 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 3, que «el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente por cuanto que se encuentran implicados valores y principios de indudable relevancia constitucional, al invocarse por el demandante de amparo el principio del interés superior del menor que tiene su proyección constitucional en el artículo 39 de la Constitución española y que se define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto administrativas como judiciales». Se trata, por tanto, como indica el fundamento jurídico 5 de la misma sentencia, de un canon «reforzado por la conexión con el principio de interés del menor del artículo 39 de la Constitución española»; de modo que la fundamentación judicial «debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio a la hora de decidir⁴¹.

⁴⁰ SCJ, Pleno, tesis N.º P./J. 20, de 01-04-09, <https://vlex.com.mx/vid/jurisprudencial-pleno-jurisprudencia-58130520>.

⁴¹ TC, Sala Primera, sent. N.º 2, de 15-01-24 –BOE N.º 45, de 20-02-24–.

De manera que la aplicación de la doctrina constitucional, en parte transcrita, se conecta con la exigencia de motivación reforzada con el derecho a la tutela efectiva judicial con relación al interés o derecho fundamental que sea quebrantado; en la citada sentencia, es referente al interés superior del niño.

6. Situaciones de motivación reforzada

En forma apretada, en este subtítulo, vamos a tratar algunas situaciones que la jurisprudencia ha venido exigiendo un *plus* o motivación reforzada, por considerar que subyacen derechos fundamentales que pueden ser afectados, especialmente, desde la óptica de la tutela judicial efectiva y acceso a la justicia. Consideramos que la motivación reforzada es una garantía para la defensa de los derechos fundamentales y las libertades. Preciso que debemos advertir que esta exigencia de motivación reforzada no es únicamente exigible a los órganos jurisdiccionales, alcanza también a aquellas autoridades que resuelven situaciones jurídicas en las que se afectan libertades y derechos fundamentales, por ejemplo, procedimientos administrativos⁴².

6.1. En caso de afectación de derechos fundamentales

En las constituciones iberoamericanas encontramos que existen un sistema de garantías y mecanismos que protegen los derechos fundamentales, siendo su intervención excepcional y de reserva legal y judicial (salvo en Colombia que hay actos de investigación que pueden decretar

⁴² TC, sent. N.º 201, de 28-11-16 –BOE N.º 7, de 09-01-17–. *Vid.* también, TC, Sala Segunda, sent. N.º 81, de 16-07-18, recurso de amparo 2119-2013 –BOE N.º 199, de 17-08-18–, «Al cuestionarse una resolución judicial dictada en el marco de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, el canon de constitucionalidad a aplicar es un canon reforzado de motivación, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental (SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 215/2001, de 29 de octubre, FJ 2; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3, y 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3), como es el de la integridad moral (artículo 15 de la Constitución española)».

la Fiscalía), previéndose un conjunto de requisitos, límite a su intervención y garantías, de manera que el cumplimiento estricto de estos allanará que esa afectación no se transforme en vulneración.

Las constituciones modernas iberoamericanas, la vinculación a los derechos fundamentales se maneja a partir de una doble vertiente. En primer lugar, las constituciones establecen una vinculación negativa a los derechos fundamentales, disponiendo el deber de abstenerse de cualquier actuación que quebrante la Constitución, lo que incluye a los derechos fundamentales (ejemplo: Colombia: artículos 4 y 29; España: artículo 91 o Venezuela: artículos 7, 25 y 29). En segundo lugar, existe una vinculación positiva a los derechos fundamentales: el artículo 53.1 de la Constitución española establece de modo expreso y permite deducir una vinculación positiva, que implica un deber de realizar las funciones conforme a la Constitución y realizar actos que aseguren la plena eficacia de los derechos fundamentales para que se alcance su realización plena (ejemplo: artículos 3 y 19 Venezuela y 53.1 España).

Sabemos que la forma principal de vinculación positiva es a través a la ley, pero el elemento que permite controlar la actividad de los poderes públicos en tal ámbito (en especial respecto a los derechos fundamentales) estriba en el deber de justificar la adopción abstracta y, sobre todo, concreta, lo que convierte a la motivación del acto adoptado en la vía principal de control de la actuación del Poder Ejecutivo y Judicial en materia de derechos fundamentales.

La práctica de la vinculación positiva del Poder Judicial se recalca en el espacio del proceso judicial con el fin de confirmar que, en las sentencias, se adopten interpretaciones jurídicas consonantes con la Constitución, lo que implica que cualquier medida judicial relacionada, directa o indirectamente, con los derechos fundamentales se debe motivar específicamente, aduciendo a la importancia del derecho fundamental afectado

en el caso concreto. Vale decir, que este aspecto de afectación de los derechos fundamentales se desplaza a la decisión del órgano judicial y la valoración de las circunstancias en el caso concreto⁴³, en todo caso aplicando los criterios de interpretación restrictiva, principio de proporcionalidad, necesidad y menos gravoso.

Por otra parte, señala GAVARA DE CARA que el fondo objetivo de los derechos fundamentales «implica que los órganos judiciales, al aplicar la norma penal, restrictiva de los derechos fundamentales por origen y contenido, tienen la obligación de tener presente el contenido constitucional de los derechos fundamentales a los que afecte»⁴⁴, frenando repercusiones que envuelvan la privación innecesaria o desmedida de los mismos o que posean un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio.

El juzgador, en su decisión, que afecte derechos fundamentales tiene el deber de fundamentar materialmente y aplicar unos principios acordes con la doctrina desarrollada por el Tribunal o Corte Constitucional sobre el alcance de la motivación en ese ámbito específico. Esa motivación debe ser concreta sobre el derecho afectado. Debe advertirse que la interpretación de cualquier ámbito del Derecho debe partir de que más allá del contexto literal de la norma debe examinarse la vinculación con derechos fundamentales. De manera que el control judicial sobre las decisiones deberá revisar si hay una incorrecta concepción y delimitación del ámbito constitucionalmente protegido del derecho fundamental restringido.

En la práctica jurisprudencial de algunos países estudiados: España, México, Chile y Colombia, los derechos fundamentales que han sido

⁴³ TC, ATC 38271996 F.3: «cuando se proceda a la interpretación de cualquier ámbito del Derecho, ha de partirse del entendimiento de que, más allá del tenor literal de las normas que lo integran, el mismo se halla materialmente conformado por los derechos fundamentales».

⁴⁴ Juan C. GAVARA DE CARA, «La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional* 20 (2007): pp. 277-320.

objeto de exigencia de motivación reforzada son presunción de inocencia, medida cautelar como privación de libertad, interceptación de comunicaciones en cualquiera de sus formas (correspondencia ordinaria o digital, telefónica), la morada o residencia (en estos últimos si hay afectación de los derechos de intimidad, privacidad), integridad física y mental, con relación al interés superior del niño⁴⁵.

6.2. *En caso de fallo condenatorio en segunda instancia revocando el absolutorio de primera instancia*

En esta situación hallamos una problemática con relación al principio de la prohibición de *reformatio in peius*. Se ha sustentado que, si la apelación es del Ministerio Público o la víctima, corresponde al Ministerio Público o víctima atacar la sentencia de primera instancia absolutoria sobre los elementos o causas que hace nula la sentencia o que amerite su revocatoria, en cuyo caso, en segunda instancia debe realizarse la tarea de renovar la práctica probatoria (personales) realizada en el tribunal de primera instancia en el supuesto justificado que sean relevantes y concluyentes para la justificación de la sentencia condenatoria. En caso de ser la apelación del absuelto y la parte contraria, es igual a lo anterior en cuanto al ataque a lo absolutorio, entendiéndose que los apelantes van en igualdad de condiciones para la reforma de la sentencia.

Consideramos oportuno indicar que, a primera vista, no es factible la *reformatio in peius* en segunda instancia de una sentencia absolutoria de primera instancia: su posibilidad, debe ser juzgada como una excepción a la norma, exigiéndose una motivación reforzada que justifique la sentencia condenatoria, debe reunir elementos de solidez, de razonabilidad y consistencia en los medios y selección normativa que otorguen a la decisión final un mayor grado de convicción.

⁴⁵ Iberley-Colex en publicación de 09-02-24: «La motivación de las sentencias que se dicten en materia penal», allí se expresa que hay materia que requiere una motivación extra, citando por ejemplo: archivar denuncias por maltrato policial, prescripción de condenas, sentencias condenatorias, entre otras.

El tribunal *ad quem* debe elaborar su motivación contemplando dos aspectos: el primero, presentar la argumentación que falsee o destruya las razones que conducen a la sentencia absolutoria, por supuesto, con base en los elementos fácticos existentes en el material probatorio disponible, lo que supone demostrar la falsedad o debilidad de las inferencias del *a quo*, es enseñar lógica y jurídicamente su posición crítica frente a la decisión que refuta; segundo, presentar su argumentación que fundamente la decisión condenatoria, lo que supone que su argumentación debe ser sólida, razonable, coherente y consistente en las conclusiones, es evidente que se debe superar el estándar de valoración de prueba necesario para superar y enervar la presunción de inocencia y el de más allá de toda duda razonable⁴⁶.

6.3. En casos de testigos expertos

En otros trabajos que hemos realizado manifestamos que la motivación en torno a aceptar o rechazar el dictamen pericial requiere una motivación especial, pues se trata de un conocimiento fuera del dominio del juzgador. En todo caso, en la pericia, deben concurrir un conjunto de exigencias que permitan su control, entre ellas: idoneidad de los expertos, cumplimiento de las formalidades de ley y *lex artis*, presentación del aparato demostrativo de la pericia y las máximas de experiencia técnica o científica aplicadas.

Los códigos procesales actuales tienen una regulación insuficiente para la valoración de la prueba pericial, problemática que se ahonda con la velocidad del crecimiento de la técnica, tecnología y ciencia que hace más complejo el conocimiento sobre este campo. Por lo general, se establece como criterio de valoración la sana crítica, dejando libertad al juzgador

⁴⁶ Vid. Alessandro ARFIERO, «Criterio de motivación reforzada elaborado por la jurisprudencia italiana: análisis y reflexiones» (Tesis de Máster en Argumentación Jurídica, Universidad de León, 2021), <https://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/3163154>. El autor cita diversa jurisprudencia italiana.

para enjuiciar el dictamen utilizando máximas de experiencia que se consideren comunes, lógica, racionalidad, coherencia de la argumentación, exhaustividad del análisis de razonabilidad; obviamente, las máximas científicas las aportan los expertos; debemos agregar que es común que se apele a los criterios DAUBERT⁴⁷. En todo caso, consideramos que la motivación de la valoración de este elemento probatorio es mayor que la de otros medios probatorios, pues trata sobre un conocimiento, normalmente, fuera del conocimiento normal del juzgador.

Suele llamarse al estrado a los peritos (en realidad, la pericia es una prueba personal), ellos darán cuenta del peritaje realizado y las conclusiones. Mientras que en el caso de los testigos expertos, estos no han realizado procedimientos ni aplicado métodos a un objeto concreto del proceso, ellos van a aportar conocimiento abstracto de ciencia, técnica o tecnología sobre un fenómeno o hecho determinado a la luz de ese conocimiento, por ejemplo, explicación del tiempo y por qué flotan los cadáveres en el agua, o acerca de explicar qué son trastornos mentales transitorios y sus efectos. Puede ser bajo dos vertientes: a. la persona que es promovida para dar una opinión sobre una teoría, leyes científicas, hipótesis acerca de un hecho o un análisis crítico de un dictamen pericial, en este caso no hay examen del objeto pericial, b. cuando el testigo

⁴⁷ Michele TARUFFO, *La prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2008), pp. 28 y ss. Los criterios más comunes son: a. la controlabilidad y la falsabilidad de la teoría sobre la que se funda la prueba; b. la determinación del porcentaje de error que tiene la técnica empleada; c. la existencia de un control ejercido por otros expertos a través de la *peer review*; d. la existencia de un consenso general en torno a la validez de la teoría o técnica entre los científicos del gremio. Obviamente, no son criterios exhaustivos y el juez podría emplear otros criterios relacionados con la validez de la teoría científica. CHIESA señala que en los Estados Unidos se recurre, por lo general, así: si una teoría o técnica puede ser o ha sido probada; si la teoría o técnica ha sido sujeta a revisión de pares y ha sido publicada; si existe un índice de error conocido o potencial, y si existen normas que controlen la operación de la técnica. *Vid.* Ernesto L. CHIESA, *Tratado de Derecho Probatorio* (Washington: Publicaciones JTS-Luigi Abraham, 2005), pp. 544 y 545.

experto conoce la situación fáctica y puede informar sobre aspectos puntuales del dictamen pericial, por ejemplo, presencié la recolección de la muestra, o presencié la manipulación la persona lesionada⁴⁸.

En el primer caso, el experto opinará sobre el dictamen pericial examinando la teoría empleada, los procedimientos y métodos aplicados, los datos empíricos obtenidos y la interpretación científica dada a esos datos en las conclusiones. Aquí sí hay contradicción, se está frente a dos opiniones contradictorias. Evidente, que el juez al valorar dará cuenta si admite o rechaza la opinión y deberá fundamentar sus criterios. Hay una motivación reforzada.

En el segundo caso, no lo hace en abstracto, sino sobre elementos fácticos concretos, por ejemplo, la muestra no se tomó en forma adecuada y probablemente se contaminó, explicará las causas y qué distorsiona. O que una persona lesionada fue levantada incorrectamente por un grupo de gente y esto pudo agravar la lesión. En este caso, es una opinión experta sobre elementos fácticos que van acerca del control del objeto pericial. Supuesto en el que el juez debe valorar las circunstancias de observación y los aspectos científicos sobre la opinión que hace el experto acerca de los elementos fácticos.

Pensamos, al igual que en el peritaje, que el juez debe realizar una motivación extra, sea que admita y rechace lo expuesto por el testigo experto, tendrá que valorar la credibilidad, la idoneidad, la coherencia y solidez de sus afirmaciones, por supuesto, si corresponden con el nivel de la ciencia actualizada. No basta referirse solo a la persona del experto, hay que ir sobre el fondo de sus afirmaciones⁴⁹.

⁴⁸ RIVERA MORALES, *La prueba: análisis racional y práctico*, pp. 268 y ss.

⁴⁹ Xavier ABEL LLUCH, «Valoración del dictamen pericial», en *La prueba pericial* (Barcelona: ESADE-J. M. Bosch, 2009), pp. 283 y ss.

6.4. *En medidas cautelares decretando prisión preventiva*

Respecto a las medidas cautelares la doctrina no es pacífica⁵⁰. Hay un sector doctrinario⁵¹ que justifica todo tipo de medidas, desde la prisión preventiva –privación de libertad– hasta medidas pecuniarias o efectistas –presentación, cese de funciones, etc.–. Hay otro sector de la doctrina que sostiene que específicamente la prisión preventiva es incompatible con el principio de presunción de inocencia, cuyo mentor fundamental es FERRAJOLI⁵². Este expresa que se trata de una institución absolutamente incompatible con un modelo de proceso penal garantista respetuoso con los derechos del imputado. Afirma el autor *in comento* que sostener ese tipo de medida, que viene a ser una especie de condena anticipada, es aceptar la culpabilidad del imputado, cuestión incompatible con el principio de presunción de inocencia. Otros autores más moderados, como IBÁÑEZ⁵³

⁵⁰ Rodrigo RIVERA MORALES, *Actos de investigación y de prueba en el proceso penal* (Barquisimeto: Librería Jurídica Rincón, 2011), p. 89.

⁵¹ Cfr. José M. ASENCIO M., *La prisión provisional* (Madrid: Civitas, 1987), p. 26; Mario PISANI, *Libertà personale e processo* (Padua: CEDAM, 1974), p. 8.

⁵² Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995), pp. 551-553, «La consecuencia de esta resignada legitimación fue que la prisión preventiva, tras el giro autoritario e inquisitivo de la cultura penal decimonónica, echó profundas raíces en todos los ordenamientos europeos: figurando en las constituciones, consolidándose en los códigos y extendiéndose en la práctica hasta alcanzar las dimensiones patológicas actuales, bien conocidas. La perversión más grave del instituto, legitimada desgraciadamente por CARRARA, y antes por PAGANO, ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a estrictas necesidades sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos». Es claro que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido afflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida procesal, o cautelar, y, en consecuencia, «no penal», en lugar de una ilegítima pena sin juicio.

⁵³ Perfecto Andrés IBÁÑEZ, «Presunción de inocencia y prisión sin condena», en *Detención y prisión provisional* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996), p. 17.

y LANDROVE DÍAZ⁵⁴, aceptan que la prisión provisional es una anticipación de pena, pero que les parece imposible prescindir de ella, por lo que aconsejan a los jueces que deben mirar la contradicción existente entre presunción de inocencia y prisión provisional para que sean muy cautelosos en la aplicación de la privación, restringiéndose a la situación que resulte imprescindible para asegurar el sometimiento del acusado al proceso y a satisfacer la pena que pudiere corresponderle. Lo cierto es que la mayoría de legislaciones han restringido al máximo este instituto y, por lo general, el proceso se da con la libertad del imputado, asignándole otras medidas cautelares menos gravosas.

Es incuestionable que la prisión preventiva se ubica como un aspecto ampliamente debatido en el sistema penal, más en el sistema de tipo acusatorio, ya que forma una tirantez entre el interés estatal por afirmar la eficiencia del proceso penal y la exigencia de proteger la libertad como derecho fundamental de la persona humana. El gravamen de la medida cautelar de prisión preventiva opone dos intereses fundamentales: por una parte, el derecho a la presunción de inocencia y a la libertad personal y, por otra parte, la exigencia de asegurar la presencia del imputado a lo largo del proceso penal⁵⁵.

En este contexto, LÓPEZ CANTORAL⁵⁶ sustenta la significación de plantear la prisión provisional de manera enlazada con los principios y los bienes jurídicos que persigue resguardar, con el fin de alcanzar y mantener la paz y cohesión social en el marco de la justicia.

⁵⁴ Gerardo LANDROVE DÍAZ, «La reforma de la prisión provisional», *Diario La Ley* 5926 (05-01-2019): p. 2.

⁵⁵ Alfredo CURACA KONG *et al.*, *La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Lima: Gaceta Jurídica, 2019), p. 46.

⁵⁶ Epifanio LÓPEZ CANTORAL, *La prisión preventiva en el proceso penal* (Lima: Iustitia, 2021), p. 27.

Consideramos que es importante determinar cuáles son los presupuestos materiales para fundamentar una solicitud y decretar la medida provisional de privación de libertad, a su vez, cuál debe ser el estándar de prueba necesario para decretar la medida. Suelen confundirse los criterios de examen para la procedencia con la prueba necesaria.

En Venezuela, en el Código Orgánico Procesal Penal, en el artículo 236 se determinan los presupuestos: hay un presupuesto formal que es la solicitud fundada del Ministerio Público, y como presupuestos materiales:

1. Un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita.
2. Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado o imputada ha sido autor o autora, o partícipe en la comisión de un hecho punible.
3. Una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación⁵⁷.

Por otra parte, se aducen unos criterios generales para evaluar el decreto de medida cautelar de privación de libertad, dado su carácter excepcional, pues, conforme al artículo 44, el constituyente estableció el derecho de ser juzgado en libertad en el proceso penal, de manera que la privación de libertad es algo excepcional y conforme a las excepciones que plantea la Constitución. Así, en el numeral 1.º del artículo *in comento*, deja a reserva judicial la privación de libertad, salvo en casos de flagrancia, ratificando el derecho de libertad expresando que las personas

⁵⁷ Normas muy similares en el Código Nacional de Procedimientos Penales en México artículos 153 y 154, en Colombia en el Código de Procedimiento Penal artículos 308 al 312.

sometidas a proceso sean juzgadas en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez en cada caso concreto⁵⁸.

Estos criterios son el *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y el *periculum libertatis*. En cuanto al *fumus boni iuris* que significa que exista en apariencia bases objetivas suficientes para la atribución del hecho punible a sujeto determinado. Con relación al *periculum in mora*, se trata de un requisito independiente que puede o no relacionarse en conjunto con el anterior. Implica que realmente hay peligro de fuga u ocultación personal o patrimonial del imputado, o de obstaculización en la investigación. Este requisito debe acreditarse objetivamente. No es suficiente la simple creencia o aprehensión del solicitante, sino que debe ser la derivación de hechos razonablemente apreciados en sus posibles consecuencias. Finalmente, respecto al *periculum libertatis* constituye la posibilidad de acción del imputado que actúe contra bienes jurídicos protegidos, por ejemplo, el psicópata sexual, crimen organizado, entre otros. En realidad, estos son criterios subjetivos. En la modernidad, se apela a la evaluación del riesgo, evidentemente, sobre bases objetivas.

Normalmente, en casi toda Iberoamérica, salvo algunas excepciones, hay un bajo o insuficiente análisis fáctico en el dictado de las medidas de privación de libertad; en Venezuela, sin mayor examen se acoge la solicitud del Ministerio Público.

Pensamos que la medida cautelar definida por el legislador como excepcional es una medida de último recurso (*vid.* artículo 229 del Código Orgánico Procesal Penal) «cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso». Además, debe tenerse presente la aplicación del principio de proporcionalidad (artículo 230

⁵⁸ Rodrigo RIVERA MORALES, *Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal* (Barquisimeto: 3.^a, Librería Jurídica Rincón, 2016), p. 126, comentarios al artículo 229.

eiusdem), respetando el mandato de juicio en libertad y la dignidad de la persona humana⁵⁹.

Entendemos que, en el Estado de Derecho constitucional democrático, es indiscutible que una medida de privación de libertad tiene un fuerte impacto en el derecho de libertad, lo que compromete al órgano jurisdiccional a justificar adecuadamente su decisión, especialmente, en cuanto a esta decisión afecta un derecho fundamental de una persona que no ha sido declarada en condena, lo que implica que se ha enervado la presunción de inocencia anticipadamente, puesto que la privación de libertad supone un juicio de posibilidad de condena, que sin artilugios es considerarlo culpable.

Por lo tanto, cualquier disposición judicial que decrete prisión provisoria debe observar el requisito de una motivación adecuada, en la cual se describan de manera clara y basada en razones sólidas que justifiquen su imposición, es decir, debe expresar que existen motivos razonables proporcionables para ordenarla.

Incluso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido reiterada la jurisprudencia que exige una motivación adecuada por ser una medida excepcional y provisoria, entre otros, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela:

121. Del principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención, deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo

⁵⁹ TSJ/SC, sent. N.º 601, de 22-04-05, «... están sometidas a un límite máximo de dos años lapso que el legislador consideró suficiente para la tramitación del proceso (...) sea necesario someter al imputado o al acusado a alguna otra medida cautelar, que en todo caso debe ser menos gravosa», <https://vlexvenezuela.com/vid/altagraccio-orellana-laura-305658854>.

eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Constituye, además, la medida más severa que se puede imponer al imputado. Por ello, se debe aplicar excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.

Con la prisión preventiva se intervienen el derecho de presunción de inocencia y el derecho a la libertad, sin que haya sentencia definitiva que lo condene culpable. Lo que conlleva que la resolución judicial que decrete la prisión provisional debe estar sólidamente motivada, demostrando de manera razonada y suficiente que la medida es conforme a la ley y a Derecho, proporcionada y estrictamente necesaria para alcanzar los fines del proceso. Esto implica que debe estar claramente demostrado el hecho punible, y que existen elementos racionales, graves y congruentes con base en elementos de prueba, que tal conducta es atribuible a la persona contra quien se dicta la medida, a su vez que existen elementos objetivos que permiten sustentar que existe riesgo que se evade del proceso u obstaculice.

En este sentido, hay la exigencia de una motivación cualificada, que dé cuenta razonada de los elementos antes anotados, no se trata de sospecha o conjetura, se exige un alto índice de probabilidad, pues no solo se trata de proteger el derecho a la libertad personal, sino también en la necesidad de interdicar la arbitrariedad y garantizar el debido proceso. Esta exigencia de motivación reforzada para dictar medida de provisional de privación de libertad garantiza la razonabilidad y la proporcionalidad.

6.5. En la elaboración de inferencias indiciarias como fundamento de condena

Uno de las temáticas más complejas dentro de la teoría de la prueba en el proceso es sin duda lo concerniente a la prueba indiciaria. La prueba indiciaria se construye sobre la base de una epistemología reflexiva (inferencia

lógica), donde determinados hechos indicadores, estén probados o se den por probados, se enlazan a una conclusión unívoca y necesaria que acredita algún aspecto del objeto material del proceso concreto. En otros escritos he tratado la denominada prueba indiciaria, aun cuando sustento que en propiedad debemos hablar de la metodología indiciaria de conocimiento⁶⁰.

¿Qué podemos hacer con esa prueba indiciaria escurridiza, incompleta y difícilmente manejable sin riesgo de arbitrariedad? ¿Cómo ese razonamiento indiciario puede convertirse en verdadera prueba? Me temo que esta es una pregunta fundamental porque, si no alcanza el nivel de prueba y se queda en la mera conjetura, nos encontraríamos con un problema constitucional: se habría juzgado una situación –judicialmente o administrativamente– sin la prueba necesaria y, por consiguiente, se habría violado la garantía constitucional de la presunción de inocencia. La cuestión de la prueba indiciaria ha sido analizada intensamente en las últimas décadas no solo por los juristas, sino también por los científicos, porque, si bien puede llevar a grandes descubrimientos puede ser también la responsable de grandes errores.

Hablar de que el hecho conocido es el indicio es reducir la visión epistemológica al hecho sensible, pero obvia los problemas filosóficos fundamentales que conlleva la construcción inferencial, como son: a. cuáles son los criterios para realizar y establecer observaciones confiables (hecho conocido), b. cómo entender el grado y tipo de inferencia a partir de las cosas observadas, y c. cuáles son los criterios de prueba de la existencia genuina del fenómeno en cuestión o del *status* epistemológico de una teoría explicativa (del hecho desconocido y su nexa con el hecho conocido). Es claro que solucionar este problema es precisar la idea de evidencia observacional

⁶⁰ Rodrigo RIVERA MORALES, «El conocimiento indiciario como evidencia inferencial», en *La prueba en el proceso. II Conferencia Internacional y XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (Salamanca: Ateller-IIDP-IAPL, 2018), pp. 303 y ss.

(hecho conocido), darle contenido a la idea de inferencia probable y, finalmente, fijar la significación de evidencia probatoria. Por ello, sustentamos un concepto más amplio de indicio, cualificándolo como evidencia inferencial, el cual incluye los aspectos señalados.

Véase que los indicios en el proceso tienen aplicación en diversas decisiones que pueden afectar derechos fundamentales, ya lo vimos en las medidas cautelares, en las cuales hay la exigencia de indicios graves y convergentes. Nos preguntamos: ¿es igual el estándar de prueba requerido para dictar medida cautelar de prisión provisional al requerido para la condena? Se puede contestar con GARAYALDE MARTÍN que «Todo el mundo concede, intuitivamente, que el *quantum* de prueba requerido para empezar (procesando) ha de ser sensiblemente inferior al necesario para terminar (condenando), porque cae de su peso que cada fase del procedimiento demanda un umbral probatorio específico»⁶¹.

Estamos contestes en que en ambas situaciones se enerva la presunción de inocencia; en el primero, es provisional y temporal, puede modificarse por cambio de las circunstancias; en el segundo, es la decisión definitiva, obviamente, salvo revocatoria en segunda instancia.

Es evidente que si es exigible una motivación reforzada para decretar medida cautelar de privación de libertad, por coherencia lógica, dada la gravedad de la sentencia definitiva de condena, que efectivamente enerva la presunción de inocencia, requerirá un mayor estándar de prueba, consecuentemente una motivación reforzada, al estar basada en indicios.

El empleo de la prueba indiciaria en el proceso, en nuestro entendimiento, es lo que sucede, salvo raras excepciones de prueba directa, exige que el juzgador realice en su motivación el razonamiento indiciario

⁶¹ Elena GARAYALDE MARTÍN, «¿Cuál es el estándar de prueba exigible para procesar?», *Diario La Ley* 7180 (22-05-2009).

elaborado, lo cual supone el *iter* inductivo que parte de hechos indicantes y establece una generalización o norma, así como el *iter* deductivo para arribar a la conclusión. De otra manera, deberá mostrar los hechos indicantes (hechos conocidos) que han sido debidamente probados por tales y cuales medios probatorios, y a partir de ellos cómo se llega al hecho desconocido, cuál es la fuerza del vínculo y la relación de ellos con el imputado, de forma que haga controlable ese razonamiento probatorio. Evidentemente, se trata de inferencias, con la calidad de probables.

Por lo general, la jurisprudencia ha venido insistiendo en la concurrencia de pluralidad de indicios acreditados para enervar la presunción de inocencia⁶²; no obstante, también se ha condenado con indicio único⁶³. Evidentemente, en este último caso hay que realizar una motivación reforzada para demostrar esa potencia acreditativa del indicio singular.

Conclusiones

Primera: la motivación como exigencia constitucional se vincula directamente con los derechos de tutela efectiva y debido proceso.

Segunda: la protección de los derechos fundamentales es una derivación directa de la supremacía constitucional a la cual están obligados todos los poderes públicos en su toma de decisiones, lo que implica exponer las razones de la decisión y con mayor fundamentación cuando afecte derechos fundamentales.

⁶² España: TS, sent. N.º 5456, de 14-10-86. Colombia: CSJ, sent. N.º SC33-2015, Radicación N.º 11001 31 03 027 2006 00307 01, de 15-01-15, «Que varios de los indicios contingentes sean graves, concurrentes o concordantes y convergentes», <https://cortesuprema.gov.co>.

⁶³ España: TS, sent. N.º 8103, de 29-05-97, se dijo «b. que sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa», <https://vlex.es/vid/202922959>.

Tercera: Los tribunales constitucionales y las supremas cortes de justicia nacionales en su desarrollo jurisprudencial han construido el concepto de motivación reforzada en protección de los derechos fundamentales para evadir la arbitrariedad y el quebrantamiento del debido proceso.

Cuarta: La motivación reforzada debe ser parte de la *ratio decidendi*, sin perjuicio de los argumentos en el *obiter dictum* que refuercen la motivación reforzada.

Quinto: En aras de la uniformidad de protección de los derechos fundamentales, sin pretender la casuística, deben establecerse estándares probatorios claros y la motivación reforzada cuando se trata de afectar derechos fundamentales, especialmente, en forma colateral.

La nueva norma urbanística plurifuncional. El fin del paradigma estructural de la monofuncionalidad en el Derecho urbanístico

*The new multifunctional urban planning standard.
The End of the Structural Paradigm of Monofunctionality
in Urban Law*

Emilio J. URBINA MENDOZA

Resumen: Uno de los principales efectos de los cambios sobre las dinámicas urbanas está en la nueva concreción del concepto de norma urbanística. La transición del modelo o paradigma estructural en el Derecho Urbanístico hacia el concepto de integralidad ha incidido en modificar la funcionalidad de las reglas urbanísticas. En este trabajo analizaremos esas nuevas configuraciones, en específico, en las nuevas técnicas que deben seguir las reglas de la ordenanza que contempla un Plan de Desarrollo Urbano Local (PDUL), o bien las de zonificación, de cara a su efectividad frente a las contingencias urbanas propias de la sociedad del riesgo global. **Palabras clave:** Derecho urbanístico, nueva agenda urbana, hábitat III, regla urbanística, plan desarrollo urbano local. Recibido: 29-03-24. Aprobado: 02-05-24.

Abstract: *One of the main effects of the changes on urban dynamics is in the new specification of the concept of urban planning standards. The transition from the structural model or paradigm in Urban Law towards the concept of integrality has had an impact on modifying the functionality of urban planning rules. In this work we will analyze these new configurations, specifically, in the new techniques that must follow the rules of the local law that contemplates a Local Urban Development Plan (PDUL), or those of zoning, in view of their effectiveness against the urban contingencies typical of the global risk society. **Keywords:** Urban Law, New Urban Agenda, Habitat III, Urban Planning Rule, Local Urban Development Plan.*

La nueva norma urbanística plurifuncional. El fin del paradigma estructural de la monofuncionalidad en el Derecho urbanístico

Emilio J. URBINA MENDOZA*
Revista FCJP, ISSN 0798-4456, ISSN-e 3007-4436,
N.º 140, 2024, pp. 121-145.

SUMARIO: Introducción 1. La monofuncionalidad urbanística como primera etapa y característica de la norma urbanística de segunda generación 2. La nueva norma urbanística o de tercera generación: la plurifuncionalidad integral 2.1. Reglas de normación incompleta y de posterior complementariedad 2.2. Directrices estándar 2.3. Reglas de indicación flexible 2.4. Reglas de estímulo 2.5. Directrices de eje Conclusiones

Introducción

Una de las áreas dogmáticas dentro del Derecho Administrativo contemporáneo que ha contribuido al desarrollo de su tecnificación ha sido el Derecho Urbanístico¹. La introducción de técnicas y elementos

* **Universidad Católica del Táchira** (San Cristóbal-Venezuela), Abogado *Cum Laude*. **Universidad Alberto Hurtado** (Santiago-Chile), *Magister Scientiarum* en Ética Social y Desarrollo Humano. **Universidad de Deusto** (Bilbao-España), Doctor en Derecho. **Universidad Católica Andrés Bello** (Caracas-Venezuela), Profesor del programa de Doctorado en Derecho. ORCID <https://orcid.org/0000-0001-5430-1157>.

¹ Para más detalles, véase: Emilio J. URBINA MENDOZA, «La historicidad del Derecho Urbanístico y sus aportes en la tecnificación del Derecho Administrativo venezolano (1946-2009)», en *100 Años de enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*, J. I. HERNÁNDEZ, coord. (Caracas: Universidad Monteávila-UCV-FUNEDA, 2011), t. I, pp. 129-162; Marie-Dominique TRAPET, «L'hypothèse

metajurídicos estrictamente científicos, provenientes de la ingeniería y arquitectura, no solo ha enriquecido los contenidos de las regulaciones normativas sobre construcciones y edificaciones, sino que han impactado aspectos más profundos de la teoría del Derecho. En este caso, hacemos mención dentro del contenido de esta última, la denominada teoría de la norma², sea estatutaria (*civil law*) o la implícita deducible, solo a través de la jurisprudencia³, sea en el concepto de precedente (*common law*)⁴, o bien de doctrina jurisprudencial vinculante⁵.

La norma jurídica urbanística, desde la aparición de la técnica del *zoning*, como una de las principales vinculaciones urbanísticas globales, asumió nuevos componentes que comenzaron a diferenciarla de la ortodoxa; esta última elaborada solo con las exigencias de las gramáticas bajo cuyo idioma se haya acuñado. Así, la regla o norma urbanística comenzaría una etapa al unísono con la cliometría propia del Derecho Urbanístico global, iniciándose desde las reformas de HAUSSMANN hasta nuestros días del paradigma sobre el derecho del ciudadano y su ciudad⁶.

de l'américanisation de l'institution judiciaire», Archives de Philosophie du Droit 47 (2001): pp. 117-135.

² Vid. Hans Kelsen, *La teoría general de las normas*, trad. M. A. RODILLAS GONZÁLEZ (Madrid: Marcial Pons, 2018).

³ Vid. Emilio J. URBINA MENDOZA, *Jurisprudencia y Derecho. Métodos y Cliometría. Análisis e investigación en Derecho III* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana-AVIPRI, 2023), pp. 94-102.

⁴ Vid. Leonor MORAL SORIANO, *El precedente judicial* (Madrid: Marcial Pons, 2002); Marina GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional* (Madrid: Editorial Tecnos, 1993); Ramón ESCOVAR LEÓN, *El precedente y la interpretación constitucional* (Caracas: Editorial Sherwood, 2005).

⁵ URBINA MENDOZA, *Jurisprudencia y Derecho*, pp. 103-107.

⁶ Emilio J. URBINA MENDOZA, *Nuevas tendencias del Derecho Urbanístico global* (Caracas: Editorial Jurídica-UCAB, 2022), pp. 53-58. También, véase Antonio CARCELLER FERNÁNDEZ, «La norma urbanística y los objetivos de la planificación territorial», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* 37 (1974): pp. 25-44; y del mismo autor *Instituciones de Derecho Urbanístico* (Madrid: Montecorvo, 1992), pp. 298 y 299.

En Venezuela, estos componentes de la norma serían reconocidos por la propia jurisprudencia urbanística de mayor calibre dentro de la organización judicial para conocer casos de Derecho Urbanístico. La extinta Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo establecería, como paradigma, lo siguiente:

... los planos de zonificación que pasan a formar parte de las ordenanzas de zonificación constituyen actos administrativos generales de efectos particulares, que afectan a los propietarios de los inmuebles comprendidos en los mismos (...) En este sentido, es la previsión en el plano anexo de zonificación, la que determina el acto concreto de asignación de zonificación, siendo éste el que afecta de manera directa a los propietarios y el susceptible de ser impugnado en caso de cuestionamiento al propietario respecto de la zonificación por el asignada, no pudiendo aplicarse lo mismo ni atribuirse tal efecto las disposiciones generales y abstractas que conforman los artículos de las ordenanzas de zonificación...⁷.

La citada decisión marcó un compás en las tendencias urbanísticas del momento, al asignarles a los planos, gráficos y tablas anexas a las ordenanzas de zonificación, el carácter de reglas de prevalencia frente al texto del articulado de dichos instrumentos normativos. De esta forma, un plano o tabla de usos (*verbi gratia*, porcentajes de construcción, alturas, retiros, densidades, usos complementarios, etc.) terminaría por imponerse, frente a un conflicto intranormativo, al artículo del instrumento.

Este cambio en la concepción de la norma nos lleva al planteamiento del presente trabajo, en el cual, aceptando que una regla urbanística no solo se conforma con la confección clásica de un enunciado lingüístico y gramatical, sino que también puede ser susceptible de expresarse a través

⁷ Sent. de fecha 29-04-97 (caso: Nulidad de la Ordenanza de Zonificación del sector El Rosal). Véase: *Revista de Derecho Público* 69-70 (1997): pp. 397-403.

de otras manifestaciones pictóricas nada asociadas con los componentes idiomáticos, tiene el mismo carácter y naturaleza vinculante, coercitiva e inmutable por actos tanto de la administración urbanística como aquellos desarrollados y permitidos legalmente por los particulares.

Como punto previo, es necesario detenernos en un contexto por el cual la regla urbanística concebida desde la técnica de zonificación⁸, que pudiéramos calificarla como normas de segunda generación⁹, encontró en el sistema de planes cerrados el instrumento por excelencia¹⁰, alimentando al paradigma previsto en nuestra Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio¹¹ como la entonces novísima Ley Orgánica de Ordenación Urbanística¹². Consecuencia de este esfuerzo venezolano, crearíamos un

⁸ Al respecto, véase Carmen DE GUERRERO MANSO, *La zonificación de la ciudad: concepto, dinámica y efectos* (Pamplona: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2012), *in totum*.

⁹ Ciertamente, calificamos en tres generaciones la norma urbanística. Las de «primera generación» aparecen con el Plan de HAUSMANN, en 1855, más que todo enfocadas hacia medidas de salubridad urbana e imposición de una legalidad urbanística frente al impulso urbano como consecuencia de la revolución industrial. La «segunda generación» va más allá, una vez erradicado el concepto de *coketown*, y es a los efectos de ordenar esa expansión urbanística ocurrida en postguerra, tanto en los Estados Unidos como en la Europa occidental de los «treinta gloriosos» (1945-1975), usando la expresión de FOURASTIÉ. Estas normas de segunda generación son totalmente apegadas a la zonificación, teniendo en el sistema de planes cerrados una limitación a los atributos de la propiedad urbana. Las reglas de «tercera generación» supera la zonificación y se inscribe en concebir un modelo normativo donde prevalezca el derecho del ciudadano y el derecho a la ciudad, tal como es concebida en las cartas globales sobre la ciudad y sus derechos, cuyo culmen lo encontramos en el Informe Hábitat III, Nueva Agenda Urbana. Para más detalles, véase URBINA MENDOZA, *Nuevas tendencias del Derecho Urbanístico global*, pp. 54-58.

¹⁰ Luciano PAREJO ALFONSO, «El plan urbanístico no es solo norma. El pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza», *Práctica Urbanística. Revista Mensual de Urbanismo* 144 (2017): pp. 23-29.

¹¹ *Vid. Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 3238 extraordinario, de 11-08-83.

¹² *Vid. Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 33 868, de 16-12-87.

concepto de ordenación resumida en la original expresión «variables urbanas fundamentales»¹³.

Este modelo cumpliría a cabalidad su misión, sin embargo, las contingencias urbanas propias de la sociedad de riesgo global comenzarían a cuestionar la eficacia y eficiencia de estas reglas urbanísticas previstas en el sistema de planes¹⁴. El COVID-19 gatillaría la importancia del cambio de arquetipo, inclusive, generando modificaciones sobre instrumentos globales para recalibrar la necesaria implementación de la Agenda 2030. A ello habría que agregar el condicionante ambiental como elemento de obligatoria observancia a la hora de confeccionar una norma urbanística¹⁵. En pocas palabras, una nueva pauta concentra los esfuerzos por

¹³ Para más detalles sobre el concepto de variables urbanas fundamentales, véase: Lindolfo GRIMALDI CASTRO, *Interpretación y reglamentación de las variables urbanas fundamentales* (Caracas: USB, 1994). También, véase Allan R. BREWER-CARÍAS, «Introducción general al régimen legal de la ordenación urbanística», en *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, A. R. BREWER-CARÍAS, coord. (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1989), pp. 51-60; Emilio J. URBINA MENDOZA, *El Derecho Urbanístico en Venezuela (1946-2019). Entre la tentación centralizadora y la atomización normativa de la ciudad venezolana sofocada* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana-UCAB, 2019), pp. 56-58.

¹⁴ Vid. Luciano PAREJO ALFONSO, «Reflexiones sobre la evolución del sistema urbanístico desde sus fundamentos», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* 311 (2017): pp. 297-322, en el mismo número anterior: Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Pasado, presente y futuro del Derecho Urbanístico», pp. 167-177; François ASCHER, *Les nouveaux principes de l'urbanisme. La fin des villes n'est pas à l'ordre du jour* (París: Éditions de l'Aube, 2004), pp. 67-90; Dominique PIPARD-THAVEZ, *Le nouveau droit de l'urbanisme* (París: M. B. Éditions, 2004), pp. 39-46; Gian Carlo MENGOLI, *Manuale di Diritto Urbanistico* (Milano: Giuffrè Editore, 2009), pp. 23-34.

¹⁵ Vid. Hábitat II (Estambul, 1996). También, José JORDANO FRAGA, «La Administración en el Estado ambiental de Derecho», *Revista de Administración Pública* 173 (2007): pp. 101-141; Alejandro TEITELBAUM, *La crisis actual del derecho al desarrollo* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2001); Omar BOUAZZA ARIÑO, «La protección de la función ambiental del derecho de propiedad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *El derecho a la ciudad*

establecer una cliometría en la cual, sin desconocer la historicidad del Derecho Urbanístico del siglo xx, la norma debe cumplir varias funciones en pro de colocarse al servicio del ciudadano y no de una mera zonificación¹⁶.

Así como lo explicamos en varios trabajos predecesores al presente, relativo a las nuevas tendencias del Derecho Urbanístico global, tres nuevas fronteras replantean la totalidad de la norma urbanística vigente, la que todavía bebe de las fuentes de segunda generación. Estas son:

- i. El denominado «derecho del territorio».
- ii. Los desafíos de la revolución de la proximidad, incluyendo sus nuevas técnicas.
- iii. El reconocimiento del llamado «urbanismo táctico».

Sobre el «derecho del territorio», como nuevo espacio para la aplicación de la regla urbanística, como categoría nominal de la ordenación territorial, coincidimos con el profesor VAQUER CABALLERÍA al reconocer que es una «disciplina inexistente pero muy necesaria»¹⁷. En ella se redefinirían las bases jurídicas del nuevo papel del territorio sobre el urbanismo, que, más allá de la ocupación para fines económicos, es anticipatoria de los principio de desarrollo sostenible¹⁸ necesarios para afrontar las condicionantes climáticas que jugarán muy en contra a las ciudades para las próximas décadas, si no detenemos el frenético ritmo de desarrollo

y el territorio. Estudios en homenaje a Maniel Ballbé Prunés, J. GIFREU I FONT (dir.) (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016), pp. 188-204.

¹⁶ Véase José Luis ÁVILA ORIVE, *Ciudadanía urbana, desarrollo sostenible y derecho a la ciudad* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018), pp. 15-68; Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y Almudena FERNÁNDEZ CARBALLAL, *La buena administración del urbanismo. Principios y realidades jurídicas* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018), pp. 19-29.

¹⁷ Marcos VAQUER CABALLERÍA, *Derecho del territorio* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022), p. 17.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 33.

basado en la energía fósil¹⁹. El territorio contemplado en normas debe también, facilitar nuevos conceptos urbanísticos de gran valía, como es la «antifragilidad», que es la capacidad de anticipar los riesgos que sufrirá cada espacio geográfico como consecuencia del cambio climático. En este concepto poco sirve una regla urbanística basada solo para la preservación de la zonificación o el seccionamiento de los espacios urbanos.

Por otra parte, el derecho del territorio no solo diagnosticaría aquellos casos donde un espacio se encuentra bajo el terrible yugo del desgobierno (privatización de los espacios públicos, preterición de la planificación territorial, indisciplina urbanística y elevados niveles de corrupción)²⁰, sino que también formularía diálogos permanentes con el Derecho Urbanístico para restaurar la autoridad del sistema de planes, que, sin apelar a la irracionalidad como pretendió la fallida Ley Orgánica de Gestión y Planificación del Territorio de 2005²¹, que nunca entró en vigor²², devuelve

¹⁹ Para más detalles, véase Luciano PAREJO ALFONSO, «Cambio climático y Derecho», en *Estudios sobre cambio climático y transición energética: Estudios conmemorativos del XXV aniversario del acceso a la cátedra del profesor Íñigo del Guayo Castiella*, J. F. ALENZA GARCÍA y L. MELLADO RUÍZ, coord. (Madrid: Marcial Pons, 2022), pp. 19-44.

²⁰ VAQUER CABALLERÍA, *Derecho del territorio*, pp. 89-96.

²¹ *Vid.* Emilio J. URBINA MENDOZA, «La nueva Ley Orgánica de Planificación y Gestión del Territorio y su inserción en la historia normativa urbanística nacional», *Iuridica* 3 (2006): pp. 55-67.

²² Como explica el profesor Allan R. BREWER-CARÍAS: «El curioso e insólito caso de la Ley Orgánica para la Planificación y Gestión de la Ordenación del Territorio, sancionada en septiembre de 2005 y derogada en febrero de 2007 sin haber entrado en vigencia», *Revista de Derecho Público* 109 (2007): pp. 65-71, «La Ley que nunca fue tal, pretendía por otra parte refundir los textos de las dos leyes orgánicas precedentes, con algunos cambios significativos. Los objetivos de esa Ley Orgánica que nunca estuvo vigente, en todo caso, eran establecer las disposiciones que en concordancia con las realidades ecológicas y los principios, criterios, objetivos estratégicos del desarrollo sustentable, que incluyan la participación ciudadana y sirvan de base para la planificación del territorio endógeno, económico y social de la Nación (artículo 1). Ello sin embargo, sigue estando regulada en las

al plan un concepto dinámico más cercano al «proyecto» de grandes líneas, múltiples soluciones pero un único objetivo final.

En cuanto a la «revolución de la proximidad», siendo totalmente objetivos y sin dejarnos influir por los grotescos «bulos» generados por sectores que ignoran lo más elemental de las ciencias urbanísticas²³, hemos analizado la obra del profesor MORENO²⁴, quien propone la tesis que decididamente modificará hasta el sentido de las normas urbanísticas conocidas. La ciudad es viva y debe adaptarse sin cesar a las mutaciones territoriales y sociales, de interacción y reacción. De contratiempos y consecuencias imprevisibles en la nueva era del Antropoceno. Basta con analizar los datos urbanos aportados por MORENO²⁵, que realmente nos ponen a reflexionar si el Derecho Urbanístico debe agotarse solo en la batalla por el resguardo de la zonificación o la distribución de usos previstos en un sistema de planes cerrados. Por ejemplo, apenas el 2 % de la superficie del planeta es ocupado por las ciudades. Sin embargo, ese 2 % concentra el 50 % de la población global (4900 millones), consumen el 78 % de la energía producida, crean el 80 % del PIB mundial y es el responsable del 60 % de las emisiones de CO₂.

Con semejantes datos, ante una incesante tecnología que nos permite la capacidad más insospechada de toda nuestra historia, el Derecho

mencionadas Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio de 1983 y la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística de 1987».

²³ Vid. el reportaje de Miguel Ángel MEDINA, «15 mitos sobre la ciudad de los 15 minutos, la última paranoia de los conspiracionistas», *Diario El País*, Madrid, de 04-03-23, <https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2023-03-04/15-mitos-sobre-la-ciudad-de-los-15-minutos-la-ultima-paranoia-de-los-conspiracionistas.html>. También, véase Álvaro SEVILLA-BUITRAGO, *Contra lo común. Una historia radical del urbanismo* (Madrid: Editorial Alianza, 2023).

²⁴ Carlos MORENO, *La revolución de la proximidad. De la «ciudad global» a la «ciudad de los quince minutos»* (Madrid: Editorial Alianza, 2023).

²⁵ *Ibíd.*, p. 50.

Urbanístico, sin dejar a un lado todo su patrimonio histórico y epistemológico, debe enfrentarse a estos retos que trae consigo el tránsito de la ciudad-global al paradigma de la proximidad²⁶. Las técnicas preferidas para impulsar esta «cercanía» sería a través de la «Cronotopía» y la «Topofilia». En la primera, converge el espacio y tiempo vital, en «encadenamientos rítmicos de una zona para descubrir posibles usos alternativos»²⁷. En la segunda, se aprende «amar nuestros lugares, buceando en la memoria para hacerlos vivir en el presente e iluminar el futuro»²⁸. Pero ambas deberán sostenerse en la capacidad para fomentar la plurifuncionalidad de la norma urbanística sin que ello sea una excusa para perjudicar la densidad poblacional, la proximidad, la mezcla y la ubicuidad basada en la digitalización.

Finalmente, sobre el «urbanismo táctico», la nueva norma plurifuncional deberá permitir la aplicación de soluciones alternativas si el sistema de planes, en algún momento de dura contingencia, corriera el peligro de inaplicabilidad. Aquí es donde aparece el concepto de urbanismo táctico, como expresión que comienza a tomar carta de naturaleza entre 2010 y 2012 en los Estados Unidos de América, aunque la literatura especializada ubica el origen en el siglo XIX, en los llamados movimientos de la «internacional situacionista» desde los conceptos de la psicogeografía o psicourbanismo²⁹. De esta forma podemos definirlo como un proceso de intervenciones, microfocalizadas, de bajo impacto y presupuesto, con el

²⁶ Sin hacernos solidarios con las ideas del autor, sin embargo, plantea en el concepto de ciudad policéntrica y multifuncional, que en un marco temporal de 15 minutos cualquier ciudadano tenga acceso, en un cuarto de hora, a todos los servicios y espacios. En pocas palabras, este paradigma nos reintroduce en las concepciones urbanas predominantes en la alta Edad Media. *Ibíd.*, p. 78.

²⁷ *Ibíd.*, p. 144.

²⁸ *Ibíd.*, p. 146.

²⁹ Reynaldo APARICIO RENGIFO y Fernando FLÓREZ GONZÁLEZ, «Urbanismo táctico: alternativa para mitigar impactos en la movilidad de la Galería Central de Palmira», *Cuadernos de Vivienda y Urbanismo* 15 (2022): p. 6.

objeto de vincular los distintos actores locales en las mejoras de la aplicación de la planificación urbana formalmente establecida.

Como bien lo apunta HERNÁNDEZ ARAQUE, el urbanismo táctico es una «forma contrahegemónica de pensar y construir espacios públicos de la ciudad. Emerge en un momento en que existe una crisis de gobernanza multisistémica, que impulsa a ciudadanos, organizaciones y colectivos urbanos principalmente a buscar respuestas con celeridad a problemas»³⁰. Así, debemos identificar cuándo estamos en presencia para operativizar al urbanismo táctico, pues no hacerlo, implicaría una flagrante violación de la norma urbanística. En primer lugar, la presencia de acciones precisas y heterodoxas de intervención urbana. Segundo, que sea una forma alternativa ante la incapacidad de las tradicionales acciones de ejecución planificadora, sea por la corrupción e incompetencia, o bien por limitaciones presupuestarias. Tercero, un compromiso de todos los actores urbanos, dejando de percibir al ciudadano como un mero receptor pasivo (vasallo) de los beneficios de la ciudad.

En retrospectiva, estos nuevos fenómenos y procesos urbanos no pudieran ser resueltos con la clásica norma urbanística, sobre todo, la proveniente de segunda generación. El peso de la monofuncionalidad esencial de la misma la transforman muchas veces en regla sin efectividad, incapaz de resolver el problema urbano más elemental por cuanto su naturaleza fue rebasada por las contingencias urbanas de nuevo cuño. Es más, buena parte de los problemas concebidos, siendo el más grave el de la «consuetudo»³¹, se debe no a la ausencia de regulaciones urbanas,

³⁰ Johana HERNÁNDEZ ARAQUE, «Urbanismo táctico: reivindicando la participación y el uso de los espacios públicos», *Astrágalo. Cultura de la Arquitectura y de la Ciudad* 30 (2022): pp. 207 y 208.

³¹ «... Pensemos en situaciones límites de general incumplimiento en los que la gestión urbanística se realiza al margen del plan y del programa, se concede alturas de edificaciones superiores a las señaladas en las normas, se permite la construcción de zonas señaladas como verdes o en terrenos rústicos, no se constituye el

sino por tratar de mantener una ordenación urbanística absolutamente agotada. Tampoco es cambiar revolucionariamente un tipo de normativa de extremo elástica, donde los planes generales terminen siendo cartas retóricas inútiles³² o que favorezca un clima para propiciar convenios de planeamiento ilimitados cual triste panacea³³.

En este punto, analizaremos las nuevas manifestaciones de la norma urbanística, en la transición de su característica monofuncional hacia la plurifuncionalidad.

1. La monofuncionalidad urbanística como primera etapa y característica de la norma urbanística de segunda generación

La monofuncionalidad urbanística es quizá la principal característica del denominado Derecho Urbanístico del plan³⁴. En este paradigma vale más la técnica legislativa que cualquier otra manifestación heterodoxa de normación. Históricamente la regla urbanística respondió al concepto de monofuncionalidad, es decir, que las regulaciones siempre han estado tendientes a una sola de las hipótesis que pueden concebirse de las

patrimonio del suelo ni se elaboran presupuesto de urbanismo...», Manuel ARÉVALO CLAVERO, *Estudios de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas-Universidad de Sevilla, 1992), p. 371.

³² Véase Manuel J. SARMIENTO ACOSTA, «De nuevo sobre los planes generales de ordenación. Estudio comparativo de las modificaciones de los últimos años», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* 356 (2022): pp. 21-96. También, véase el caso emblemático sobre cómo fracasa un plan extraordinariamente elaborado, mejor conocido como el «caso Aalborg», cuando tras su elaboración termina siendo inaplicable. Bent FLYVBJERG, *Ciudad, razón y poder. La democracia en práctica (o por qué fracasan los buenos planes)*, trad. I. SUÁREZ-LLANOS (Madrid: Ediciones Asimétricas, 2021).

³³ Véase Juan ALEMANY GARCÍA, «Los convenios de planeamiento. ¿Estamos ante una segunda oportunidad para realzar su figura?», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* 355 (2022): pp. 19-65.

³⁴ URBINA MENDOZA, *Nuevas tendencias del Derecho Urbanístico global*, pp. 54 y 55.

múltiples vinculaciones urbanísticas. La regla monofuncional es todo precepto normativo aprobado con un singular e identificable objeto y teleología regulatoria para una sola de las vinculaciones urbanísticas.

En las nuevas tendencias globales, se busca no solo superar la monolítica regla urbanística tradicional, sino que encuentra un alivio en otorgarle carácter multifuncional que, a su vez, se conjuga con una simplificación normativa. La queja global en nuestra materia estriba directamente en las innumerables –y asfixiantes– reglas, pero que, con el tiempo, se van desaplicando hasta el punto que buena parte de los planes normados terminan siendo inobservados de forma hasta grotesca, cual letra muerta. El dístico popular «se acata, pero no se cumple», es quizá el mejor ejemplo gráfico de la monofuncionalidad.

En el caso venezolano, basta revisar los pormenores del artículo 34 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, el cual establece el contenido propio de los Planes de Desarrollo Urbano Local (PDUL). En este precepto de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística prácticamente concentra en el PDUL un poder omnímodo sobre aquello que debe regularse en la ciudad, que parte desde el modelo de desarrollo hasta las previsiones sobre lo que la propia Ley de 1987 contempló como urbanismo progresivo³⁵. Este superplan, por colocarle un mote «sarcástico», implica un *plus* hiperformalista para su elaboración a través de un estricto instructivo aprobado por el desaparecido Ministerio de Infraestructura (MINFRA 2003)³⁶, como herencia del trabajo bien hecho durante más de 25 años por el celeberrimo Ministerio de Desarrollo Urbano (MINDUR)³⁷.

³⁵ Artículo 70 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística.

³⁶ Ministerio de Infraestructura, *Guía de elaboración del Plan de Desarrollo Urbano Local*, Resolución N.º 139, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 37 888, de 01-03-04.

³⁷ Como indicamos en nuestra obra: *El Derecho Urbanístico en Venezuela (1946-2019)*, desde 2001 hasta 2015 se ha ensayado una peligrosa organización de «desgobierno urbanístico nacional», pues el entramado burocrático portátil ha

Las exigencias de un Plan de Desarrollo Urbano Local lo han transformado en una suerte de instrumento inaccesible no solo por la excesiva onerosidad económica para su creación, sino, también, en la precisión y confianza de un equipo técnico del altísima calidad que sepa entablar un diálogo con las diferentes tendencias políticas representadas en el Concejo Municipal. Muchas veces, las iniciativas de determinados alcaldes en proveerse de un Plan de Desarrollo Urbano Local terminan estrellándose en la praxis cotidiana del partidismo local, buscando escaparse de la máxima urbanística: «donde hay orden no hay trampa». De allí que, al sol de 2024, tras 37 años de vigencia de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, apenas el 4,77 % de los municipios venezolanos hayan adoptado un Plan de Desarrollo Urbano Local completamente concluido en todas sus fases³⁸.

terminado por desmontar los antiguos equipos de técnicos y expertos que asistían a todo un país. En otros tiempos, el trabajo de MINDUR seguía siendo recordado, hasta el punto que normativas especiales acuñadas desde ese ministerio, seguían estando vigentes, caso ejemplar la Resolución N.º 151 sobre Equipamientos Urbanos, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 33 289, de 20-08-85. Aunque debemos apuntar que buena parte de su método ha sido tácitamente derogada por el nada práctico Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Regionalización Integral para el Desarrollo Socio-Productivo de la Patria, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6151 extraordinario, de 18-11-14. Para más detalles, véase Emilio J. URBINA MENDOZA, «La transformación inconstitucional del concepto sobre equipamiento urbano como “escala de regionalización” en el Decreto-Ley de Regionalización Integral para el Desarrollo Socioproductivo de la Patria», *Revista de Derecho Público* 140 (2014): pp. 383-400.

³⁸ Según investigación realizada por la urbanista Zulma BOLÍVAR, de los 335 municipios tenemos los siguientes datos: a. Municipios con PDUL elaborados y aprobados según los tiempos de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística: uno. b. Municipios con PDUL aprobado y publicado: 13. c. Municipios con PDUL en elaboración: ocho. d. Municipios con PDUL concluidos pero no aprobados: 87. e. Municipios sin PDUL ni ningún otro instrumento de planificación: 227. Véase: *La planificación urbana en Venezuela*. Exposición ante el Foro Socialdemócrata, abril de 2010, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, <http://www.ildis.org.ve/website/administrador/uploads/PresentacionPlanificacionUrbanaenVzlaZB.pdf>.

2. La nueva norma urbanística o de tercera generación: la plurifuncionalidad integral

Ante esta realidad, que muchas veces asfixia al Derecho Urbanístico hasta dejarlo en la hipoxia reglamentaria, la propia doctrina ha entablado un cambio radical no solo en la confección de la norma (técnica legislativa), su versatilidad para ir más allá hasta la propia convencionalidad³⁹, sino también en su múltiple capacidad para responder ante hechos urbanos de máxima tensión. Como indicamos en la introducción, nuevas realidades nos obligan a inscribir las técnicas como la cronotopía, la topofilia y el urbanismo táctico como respuestas de normación ante una ciudad que exige no muchas normas –inconexas algunas de ellas–, sino de reglas troncales que tienen multipropósito. Así, traemos en una primera aproximación la denominada «regla plurifuncional» o también norma urbanística de tercera generación.

La regla urbanística multifuncional, amén de entenderse como un precepto con múltiples y a veces inidentificables objetos y teoleología de forma *a priori*, tiene la versatilidad de acoplarse en cualquier tiempo, modo y circunstancia; sin perder de vista su objeto esencial: hacer del hábitat urbano un espacio de elevada calidad de vida. En las denominadas «Cartas globales» de los derechos del ciudadano a vivir en ciudad, como la Carta mundial del derecho a la ciudad⁴⁰, la Carta europea de salvaguarda de los derechos humanos en la ciudad (Declaración de Saint

³⁹ Al respecto véase Emilio J. URBINA MENDOZA, «Las nuevas tendencias del Derecho Urbanístico contemporáneo y el control de la convencionalidad de los derechos fundamentales contemplados en las cartas globales de ordenación urbanística», en *Temas fundamentales de Derecho Público en homenaje a Jesús González Pérez*, D. UROSA MAGGI *et al.* coords. (Caracas: CIDEP-FUNEDA-AVEDA, 2020), pp. 131-164.

⁴⁰ Foro Social de las Américas (Quito: 2004); Foro Mundial Urbano (Barcelona: 2004); Foro Social Mundial (Porto Alegre: 2005). Versión final, Barcelona, septiembre de 2005.

Denis)⁴¹, la Carta-Agenda mundial de los derechos humanos en la ciudad (Declaración de Venecia)⁴², el Informe Hábitat III (Quito 2016)⁴³, y la Nueva Carta de Leipzig⁴⁴, se insta a replantear todo el concepto mismo de Derecho Urbanístico.

Esta reconsideración aboga por un modelo normativo más descentralizado donde la clave es el término «acceso» no solo para los derechos clásicos en materia de derechos fundamentales, sino el proceso de tránsito hacia los beneficios que implica vivir en la ciudad, de contar con una buena administración del urbanismo que concrete el ideal de unos sólidos cánones de la nueva gobernanza urbana⁴⁵. Esta nueva teoría normativa del Derecho Urbanístico facilitará la resolución de los conflictos propios de una ciudad, profundizando en lo que explicamos sobre la «accesibilidad» de las bondades de una ciudad, que parten desde la igualdad de oportunidades hasta el goce y disfrute de espacios públicos más allá de lo físico, en lo que se denomina ahora «data territorial»⁴⁶. Entre las nuevas reglas plurifuncionales tenemos varias subcategorías, sobresaliendo:

⁴¹ Comisión de Inclusión social, democracia participativa y derechos humanos (Ciudades y Gobiernos Locales Unidos, 2000).

⁴² Adoptada por las Ciudades y Gobiernos Locales Unidos (CGLU), Venecia, 2011.

⁴³ ONU-Hábitat III. *La nueva agenda urbana*. Quito, 2016.

⁴⁴ Reunión de Ministerios de Desarrollo Urbano de la Unión Europea, *La nueva Carta de Leipzig. El poder transformador de las ciudades por el bien común*, Leipzig, 30-11-20.

⁴⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y FERNANDEZ CARBALLAL, *La buena administración del urbanismo*, pp. 100-106.

⁴⁶ Explica MORENO, *La revolución de la proximidad*, pp. 172-175, la gran batalla legal desarrollada por la ciudad de Toronto contra una subsidiaria de Google, donde, el litigio se entabló por el concepto de privatización de los espacios públicos a través de la digitalización. Fue el primer caso donde el espacio público sufriría una ilegal privatización no a través de un proyecto típico urbanístico, sino de un proyecto digital. «Con Quayside, Google estaba transformando los bordillos de las aceras y la calle, espacios que habitualmente dependen de la autoridad pública, en un mercado financiero» (p. 173).

reglas de normación incompleta, directrices estándar, reglas de indicación flexible, reglas de estímulo y directrices de eje.

Cada una de estas subcategorías especiales de normas urbanísticas plurifuncionales tendría la capacidad para adecuarse, en cualquier tiempo y contingencia urbana, haciendo prevalecer la finalidad del resguardo de los derechos fundamentales urbanos y la legalidad urbanística sin caer en la mera defensa de la zonificación. Estas reglas, además de su carácter descentralizado, no permitirían ser interpretadas bajo otro concepto que no sea el resguardo del ciudadano, por mucho que se empeñe la discrecionalidad de la administración urbanística o, en casos extremos, por la discrecionalidad judicial.

2.1. Reglas de normación incompleta y de posterior complementariedad

Este primer subgrupo aglutina aquellas reglas plurifuncionales cuyo objeto será establecer unas líneas troncales de regulación, pero, ante la complejidad urbana, será posteriormente desarrollada en la medida que la dinámica de la ciudad lo exija, no por causa de imposición tecnocrática o política. La técnica para la aplicación de estas reglas puede agruparse en un abanico que corre desde la delegación expresa del legislador en los poderes ejecutivos hasta la concreción de normas de múltiple temporalidad, es decir, reglamentaciones que pueden interpretarse en diferentes momentos dentro de un sistema jurídico-urbanístico.

Por ejemplo, puede concebirse un dispositivo que sea capaz de interpretarse de múltiples resultados, antes de un nuevo Plan de Desarrollo Urbano Local, durante la transición de este al nuevo, y una vez que aquel haya entrado en plena vigencia. La ventaja que trae consigo esta subcategoría radica en que la necesidad urbana, siempre enfocada hacia la concreción de cada uno de los contenidos del derecho a la ciudad, es el aliciente permanente para la creación de estas reglas posteriores sin que

ello traiga consigo una mutación en cuanto al modelo de Plan de Desarrollo Urbano Local aprobado. Debemos recordar que la legislación urbanística no responde solo a la regulación de supuestos de hecho para atribuirle consecuencias jurídicas, sino que se precisa para proteger normativamente al modelo de desarrollo urbano que ha optado la ciudad.

Quien pretenda modificar una regla urbanística por el solo hecho de otorgar una respuesta de corte casuístico no solo realiza fraude contra la ciudad, sino contra el modelo urbano asumido por la mayoría. No es simplemente modificar variables urbanas fundamentales para acomodar las pretensiones de algún sector vinculado al urbanismo, sea de la construcción o gubernamental. Alterar un artículo, redefinir una tabla de variables, reducir un «programa de actuaciones urbanas», redistribuir equipamiento urbano primario o cualquier otra ocurrencia de forma aislada, automáticamente destruye la armonía normativa que soporta un Plan de Desarrollo Urbano Local, una ordenanza de zonificación, o bien, como ocurren en buena parte de nuestros municipios, la vigencia de los señeros planes rectores trazados entre 1969-1979.

2.2. *Directrices estándar*

Son instrucciones específicas para la Administración urbanística, en los casos donde se presente lo que se conoce como «situaciones especiales o atípicas», no reguladas en ningún plan. Es la autorización del legislador para que la autoridad urbanística pueda echar mano a las reglas de ponderación, estas últimas otorgadas más hacia los legisladores y jueces en hipótesis especiales⁴⁷.

⁴⁷ Sobre el particular, para más detalles del proceso de ponderación, véase: Mariano SAPAQ, «El principio de proporcionalidad y razonabilidad como límite constitucional de poder al Estado: un estudio comparado», *Dikaion: Lo Justo. Revista de Actualidad Jurídica* 17 (2008): pp. 157-198; Viviana DÍAZ PERILLA, «Calidad de la ley. Técnica legislativa y eficiencia administrativa», *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores* XIV, 27 (2011): pp. 147-163; Piedad GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *Técnica legislativa y seguridad jurídica* (Pamplona: Aranzadi, 2010); José María

En Venezuela, en 2009, fue aprobada una ley poco conocida. Es la Ley de Gestión Integral de Riesgos Socionaturales y Tecnológicos⁴⁸. Este texto contempla dos conceptos necesarios para alimentar las directrices estándar. El primero, conocido como «escenario de riesgo» (artículo 24), en el cual cualquier modelo de planificación debe asumir que un territorio posee potenciales procesos, naturales o tecnológicos, causales de riesgo. El segundo, los planes preventivos, de actuación y de reconstrucción, según sea el caso (artículos 25 y 29). Un ejemplo de esta directriz estándar nos correspondió concebir en el Municipio Páez del estado Portuguesa, al aprobarse, mediante instructivo especial⁴⁹, el plan de evacuación de la ciudad de Acarigua⁵⁰, durante nuestra gestión como director general de la citada Alcaldía.

2.3. Reglas de indicación flexible

En las cuales el artículo se redacta de forma incompleta para que, por vía delegada (reglamento o normativa especial), la propia Administración urbanística pueda hacer frente a situaciones especiales que puedan

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo* (Madrid: Marcial Pons, 2000).

⁴⁸ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 095, de 09-01-09.

⁴⁹ En el Municipio Páez del estado Portuguesa, fue sancionada y promulgada la Ordenanza de Administración Pública Municipal, *Gaceta Municipal del Municipio Páez del Estado Portuguesa* N.º 010-L12L-2021, de 11-12-21. El artículo 29.2 contempla este tipo de instrumentos administrativos, denominados «instructivos especiales», que solo pueden ser dictados por el alcalde.

⁵⁰ Plan de evacuación de la Parroquia Acarigua del Municipio Páez del estado Portuguesa, aprobado mediante instructivo de 07-04-22. Esta directriz estándar nos ha permitido fundamentar las acciones preventivas de Protección Civil y Administración de Desastres, como Instituto autónomo del Municipio Páez del estado Portuguesa, como ente competente, para la evaluación permanente de la infraestructura sensible y de los espacios abiertos de la ciudad, totalmente seguros, para evacuar un total de 219 000 personas que habitan permanentemente el citado municipio llanero. El procedimiento de evacuación, ensayado en dos oportunidades durante 2022, permite evacuar la ciudad en un lapso de 19 minutos hacia los tres espacios calificados como seguros dentro de la poligonal de la ciudad.

ocurrir dentro de la trama urbana, muchas veces, presentadas como interferencia de la propia Administración urbanística nacional, como lamentablemente ha venido suscitándose desde hace más de una década. Caso ejemplarizante, han sido los artículos 14 y 15 de la Ordenanza del Plan de Desarrollo Urbano Local de la ciudad de Cabudare, redactado de nuestro puño y letra con el objeto de evitar futuras interferencias en la aplicación del Plan, sea por medio de las «Áreas Vitales de Viviendas y Residencias» o cualquier otra forma de intervención estatal nacional del paradigma del urbanismo portátil instalado desde 2011⁵¹.

⁵¹ En efecto, la Ordenanza del Plan de Desarrollo Urbano Local de Cabudare, Municipio Palavecino del estado Lara en Venezuela –*Gaceta Municipal* N.º 978, de 14-03-14–, contempló, a los fines de evitar las odiosas intervenciones nacionales sobre la planificación urbana local, los siguientes artículos con respecto a las llamadas Áreas Vitales de Viviendas y Residencias (AVIVIR). Recordemos que las AVIVIR son una forma de intervención directa del Ejecutivo nacional para resguardar tanto terrenos como viviendas destinadas para uso exclusivamente residencial. Fueron contempladas en el artículo 4 del Decreto presidencial N.º 8005 con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Emergencia para Terrenos y Viviendas –*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6018 extraordinario, de 29-01-11–. Para más detalles, véase URBINA MENDOZA, *El Derecho Urbanístico en Venezuela (1946-2019)*, pp. 90-95. También, José Ignacio HERNÁNDEZ, «La regulación de la propiedad privada en el régimen de emergencia de terrenos y viviendas», *Revista de Derecho Público* 130 (2012): pp. 273-284. En cuanto al Plan de Desarrollo Urbano Local de Cabudare, los artículos son gráficos en cuanto al procedimiento para evitar la imposición del AVIVIR, evitando una modificación *de facto* del propio plan. «Artículo 14.- Cuando el Ejecutivo nacional, una vez cumplidos los procedimientos de Ley, decreto dentro del área urbana del Municipio Palavecino, establecida en el artículo 9 de esta Ordenanza, la creación de Áreas Vitales de Viviendas y Residencias (AVIVIR), las variables urbanas fundamentales aplicables al ámbito territorial de las mencionadas áreas, mantendrá su vigencia. Artículo 15.- En los casos donde el Ejecutivo nacional reglamente o disponga de Variables Urbanas Fundamentales en la creación de Áreas Vitales de Vivienda y de Residencias (AVIVIR), que contradigan lo establecido en el Plan de Desarrollo Urbano Local; y en los Esquemas de Ordenamiento Sumario de las áreas periurbanas, el Concejo Municipal, mediante acuerdo motivado aprobado por las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes deberá pronunciarse al respecto, previa solicitud realizada al alcalde

2.4. Reglas de estímulo

Preceptiva destinada hacia la maximización del aprovechamiento urbanístico del suelo, en tanto y en cuanto los actores urbanos decidan incrementar la incidencia de los mecanismos específicos de desarrollo, contenido en los planes. Por ejemplo, cuando un Plan de Ordenamiento Urbano es elaborado bajo cánones escrupulosamente protectorios del ambiente, una regla de estímulo será ubicada de forma transversal en todo el *corpus* normativo para que, una vez activada, sea una directriz permanente.

Así, las políticas basadas en potenciar el aprovechamiento urbanístico en disminución a la carga urbanística de la propiedad se condensan en un solo eje, facilitando la teleología del instrumento rector de planificación, que es la materialización del concepto o modelo de desarrollo asumido. Por ello, si una Administración urbanística decide generar una política irracional de estímulo al aprovechamiento urbanístico sin ninguna contraprestación, estaríamos en el claro ejemplo de privatización

o alcaldesa, de un informe sobre la viabilidad o no de lo solicitado a los fines de revisar el presente Plan de Desarrollo Urbano Local. Parágrafo primero: Si la propuesta implica un cambio de zonificación, se deberán hacer los estudios técnicos pertinentes y la constancia de la consulta realizada a los correspondientes Consejos comunales legal y válidamente constituidos dentro del ámbito geográfico de la propuesta y lo establecido en la legislación urbana vigente. Parágrafo segundo: Los estudios señalados en el parágrafo anterior, deben de estar enmarcado dentro de los siguientes aspectos: si son suficientes los servicios públicos, tales como vialidad, cloacas, acueducto, electricidad y las áreas de servicios educacionales, deportivos y de recreación. Parágrafo tercero: Los organismos nacionales o regionales que tengan a su cargo la prestación de servicios señalados en el parágrafo segundo de este artículo, deberán certificar si los estudios realizados, así como sus propuestas, son suficientes para atender las necesidades de la población existente más los nuevos desarrollos. Parágrafo cuarto: El Concejo Municipal aprobará el cambio de zonificación, siempre y cuando, en los casos que se requiera aumentar los servicios públicos para satisfacer la demanda de la población existente como a la nueva población, se encuentren garantizados los recursos y apartados presupuestarios para la construcción de dichas obras por parte del ente ejecutante de la obra, sea ente nacional, regional o cualquier otro...».

de la ciudad, generando consabidas patologías urbanas que en principio pueden resultar beneficiosas, pero, a la larga, nos llevan a la desconexión, fragmentación y segregación urbana, como por ejemplo, ocurre en las prácticas abusivas de gentrificación⁵².

2.5. Directrices de eje

Como su nombre indica, son matrices normativas diseñadas para resolver problemas de control urbano, más que de planificación o de disciplina urbanística. En casi toda la experiencia urbanística, la puesta en práctica de planes muchas veces encuentra grandes tropiezos no por la falta de claridad normativa de sus contenidos, sino porque no identifica un eje para que las Administraciones urbanísticas puedan sacarle el mayor de los provechos. En nuestro país, a pesar de las bondades introducidas en 1987 con el sistema de control posterior en el urbanismo, eliminándose las antiguas alcabalas del régimen preexistente del permiso de construcción⁵³, la normativa de control urbano es de competencia exclusiva municipal (artículo 178.1 de la Constitución).

En el pasado se impuso el concepto de ordenanzas sobre procedimientos de construcción, que, al revisarse, buena parte de estos instrumentos respondían literalmente a las previsiones de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística sobre trámites administrativos para la ejecución de urbanizaciones y edificaciones (artículos 80 al 89). Hoy es necesario cambiar este paradigma para afinar y optimizar la competencia exclusiva constitucional

⁵² La gentrificación, según apunta Julio PONCE SOLÉ, «Reservas para vivienda protegida en el suelo urbano no consolidado: un nuevo paradigma contra la segregación urbana», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* 326 (2018); pp. 19-57, es «un proceso de ennoblecimiento. Es un proceso de transformación física, económica, social y cultural de un barrio antiguamente degradado o de clase baja que acaba siendo de clase media alta».

⁵³ Para más detalles véase: Emilio J. URBINA MENDOZA, *El retorno del permiso de construcción: La reforma de los procedimientos administrativos urbanísticos en la Ley contra la Estafa Inmobiliaria* (Caracas: FUNEDA, 2013).

conferida a los municipios sobre el control urbanístico, esta vez, con la concreción de ordenanzas sobre procedimientos administrativos urbanísticos, que incluyan otros procedimientos de eje que no necesariamente están relacionados a la construcción⁵⁴.

Conclusiones

En esta apretada síntesis sobre las transformaciones de la tradicional norma urbanística monofuncional en la plurifuncional, es necesario partir de varios puntos que servirán de conclusiones al momento de elucidar respuestas y poner en práctica soluciones normativas ante contingencias urbanas cada vez más complejas. Esto es así porque sería ilusorio pretender soluciones con las regulaciones tradicionales concebidas al amparo del modelo estructural cuya única dirección y funcionalidad era proteger la zonificación a toda costa. Si bien es cierto que no pretendemos desconocer ni a la zonificación ni al original y venezolano concepto normativo de variables urbanas fundamentales, acometer en nuestros días que ambas vinculaciones urbanísticas son las únicas sería aportar más al problema que a la solución de las ciudades.

Para ello la norma plurifuncional no solo avala y otorga una racional protección a las vinculaciones urbanísticas tradicionales, que, si bien

⁵⁴ Por ejemplo, nosotros aprobamos la Ordenanza de Procedimientos Administrativos Urbanísticos del Municipio Páez del estado Portuguesa –*Gaceta Municipal del Municipio Páez del Estado Portuguesa* N.º 125-10-J-2022 extraordinario, de 07-10-22–. Allí se concibieron siete procedimientos administrativos urbanísticos no solo los contemplados en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, sino otros complementarios (*verbi gratia*, demolición no sancionatoria, intervención para modificación de equipamiento urbano, procedimiento supletorio para situaciones urbanísticas atípicas). Sobre este último, la exposición de motivos de la Ordenanza establecía: «Con respecto a este último procedimiento, la Ordenanza introduce una novedad en pro de las más exigentes garantías constitucionales al derecho a que se sustancie un procedimiento y evitar a toda costa las perniciosas prácticas discrecionales que la Autoridad Urbanística Municipal apelaba en el pasado para resolver situaciones atípicas e innominadas».

no desaparecen, tampoco es la última *ratio* de dicha regla. Van más allá y nos facilitan la puesta en práctica de técnicas urbanísticas ensayadas en el cuarto de siglo que ha transcurrido de este XXI. La normatividad urbanística no responde al capricho legislativo de imponer una regla por mera necesidad de orden, sino que esa misma norma está confeccionada para estimular, proteger y corregir el modelo de desarrollo urbano asumido por la ciudad. Ante un mundo cada vez más complejo, la regla urbana debe responder de forma automática no para el casuismo, sino como vigilante del cuidado del hábitat urbano y los atributos que se derivan del llamado derecho a la ciudad.

La aplicación de las nuevas categorías, como el derecho al territorio, la cronotopía, la topofilia, el concepto de data territorial y el urbanismo táctico, solo pueden concebirse en el concepto de norma plurifuncional. Basarnos todavía en el modelo de reglas de segunda generación urbanística, amén de hacer todo ese compendio regulatorio inútil e inerte, liquidaría la capacidad de las Administraciones urbanísticas municipales para gestionar lo más elemental de la ciudad. El debate apenas comienza a nivel de doctrina jurídica, aunque ya se encuentra bastante avanzado en los espacios de organismos multilaterales, como ONU Hábitat y sus sucesivos encuentros⁵⁵, mejor conocidos como WUF (World Urban Forum). Las exigencias y dinámicas urbanas terminarán por imponer esta nueva normatividad urbanística, de la cual es necesario discutir en Venezuela y de esta manera ser coherentes con la historia de nuestro Derecho Urbanístico.

⁵⁵ La última de las reuniones ocurrió en octubre de 2022, conocido como el XI Foro Urbano Mundial, en la ciudad de Katowice (Polonia). De dicha asamblea, fue publicado un documento, intitulado *Envisaging the Future of Cities. World Cities Report, 2022*, 389 pp. La XII edición del WUF será realizada en noviembre de 2024 en la ciudad de El Cairo (Egipto), donde el eje central del debate será la relativa al tema: «Todo comienza en casa: acciones locales para ciudades y comunidades sostenibles».

La actividad administrativa por colaboración desplegada por los consejos comunales

The administrative activity through collaboration deployed by the communal councils

Julio César CELIS

Resumen: El presente trabajo recoge algunas reflexiones sobre la actividad administrativa por colaboración que pudieran materializar los consejos comunales, en el desarrollo de las funciones que les asigna su Ley Orgánica, así como la calificación jurídica que al producto de esa actividad se le debe dar, lo cual incidirá en el régimen jurídico aplicable y el control administrativo y jurisdiccional que les corresponda, con atención al principio de la universalidad del control de la actividad pública y las garantías de los administrados frente al ejercicio de prerrogativas propias del Poder Público. **Palabras clave:** consejo comunal, actividad administrativa, acto, autoridad. Recibido: 30-03-24. Aprobado: 11-04-24.

Abstract: *The present paper includes some reflections on the administrative activity through collaboration that the communal councils could materialize, in the development of the functions assigned to them by their act, as well as the legal qualification that the product of that activity must be given, which will affect the applicable legal regime and the administrative and jurisdictional control that corresponds to them, with attention to the principle of the universality of control of public activity and the guarantees of those administered against the exercise of prerogatives of the Public Power. **Keywords:** communal council, administrative activity, act, authority.*

La actividad administrativa por colaboración desplegada por los consejos comunales

Julio César CELIS*

Revista FCJP, ISSN 0798-4456, ISSN-e 3007-4436,
N.º 140, 2024, pp. 147-172.

SUMARIO: Introducción 1. La actividad administrativa por colaboración 2. La tesis de los actos de autoridad 3. Los consejos comunales 3.1. Naturaleza jurídica 3.2. Los actos dictados por los consejos comunales en ejercicio de la actividad administrativa por colaboración 4. Control de la actividad administrativa por colaboración de los consejos comunales. Conclusiones

Introducción

El estudio y repaso de instituciones y aspectos del Derecho Administrativo, tales como el acto administrativo y los actos de autoridad, el criterio orgánico y funcional de la Administración Pública y el control de la actividad administrativa prestada de forma directa o indirecta, en razón del conocido principio de universalidad del control, conlleva reflexionar sobre su aplicación a figuras ya no tan noveles como son los consejos comunales.

Al principio, los consejos comunales generaron preocupación en el foro, toda vez que se pensaba que tales figuras serían utilizadas por el poder central para invadir indebidamente la esfera de competencias de autoridades públicas, principalmente de aquellas ocupadas legítimamente por personas contrarias al proyecto político en auge. Sin embargo, la

* **Universidad Central de Venezuela** (Caracas-Venezuela), Abogado; Especialista en Derecho Administrativo; profesor de pre- y postgrado.

experiencia ha demostrado que estas estructuras de base, que constituyen verdaderas personas jurídicas, han sido muy limitadas en el caso de ejecución de actividades o competencias del Poder Público, lo que no significa que deba descuidarse su estudio en cuanto al qué hacen, cómo, hacia quiénes y su forma de control, ya que, si se revisa la Ley que los regulan, los consejos comunales tienen asignadas una diversidad de funciones que pueden ser privadas o públicas.

En el caso de las que pudieran ser públicas, consideramos que la actividad administrativa por colaboración, la tesis de los actos de autoridad y el control judicial especializado son las piezas clave para seguir abundando en la construcción y mantenimiento del Estado de Derecho, el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la universalidad del control, para limitar adecuadamente el ejercicio de esas prerrogativas del Derecho público y, sobre ello, es que ofrecemos las siguientes reflexiones.

1. La actividad administrativa por colaboración

El Derecho Administrativo es una de las ramas más dinámicas del Derecho en general, pues se adapta con mayor facilidad y rapidez a los cambios sociales, si se le compara con otras, como pudieran serlo las que se integran en el Derecho privado. La razón de ser de esta circunstancia puede obedecer, en nuestra opinión, a la presencia del Estado (del Poder Público), y del interés general que, combinados, impulsan los cambios legislativos y organizativos con mayor prisa. La Administración Pública, además, es un fenómeno que no puede reducirse al productivismo, es decir, a la sola función de satisfacer necesidades humanas a través de la prestación de servicios públicos, por cuanto esta se mueve entre ideologías y proyectos políticos; es, pues, «un instrumento de ejecución política»¹.

¹ José ARAUJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo general. Acto y contrato administrativo* (Caracas: Editorial Paredes, 2011), p. 141.

En efecto, mientras que las normas e instituciones contenidas en el Código Civil, por poner un ejemplo, se mantienen en su mayoría inmutables, aunque en nuestro país ha sido indebidamente modificadas por decisiones dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia², en el campo del Derecho Administrativo muchas de ellas se reforman o adaptan con el fin de lograr dar cobertura a las formas que encuentra el fenómeno administrativo de expresarse, lo cual depende, en gran medida, de la forma que adopta el Estado y la ideología del Gobierno³, más aún cuando, además de ser Gobierno, obtiene mayoría en el Parlamento, toda vez que esos cambios requieren, en un Estado democrático y de Derecho, de

² Lo cual es palmario en el caso del régimen jurídico del matrimonio, a la luz de las diferentes sentencias dictadas por la Sala Constitucional, modificando, entre otros aspectos, las causales de divorcio y el régimen patrimonial matrimonial. *Vid.* Enrique URDANETA FONTIVEROS, «Régimen del divorcio y recientes sentencias del Tribunal Supremo de Justicia», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* 21 (2023): pp. 215 y ss.; Sacha Rohán FERNÁNDEZ CABRERA, «Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional N.º 652/2021 sobre las capitulaciones matrimoniales», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* 18 (2022): pp. 227 y ss. Esta situación pudo haber impulsado que en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6684 extraordinario, de 19-01-22), en el último aparte del artículo 35 se incluyera: «La facultad de la Sala Constitucional en su actividad de conocer y decidir los asuntos de su competencia, no abarca la modificación del contenido de las leyes. En todo caso, en resguardo de la seguridad jurídica, si la interpretación judicial da lugar a una modificación legislativa, la Sala deberá así referirlo para que la Asamblea Nacional, en uso de sus facultades constitucionales realice las modificaciones o reformas a que hubiere lugar», *cfr.* Edison Lucio VARELA CÁCERES, «Un año de actividad legislativa en materia Civil (2021-2022)», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* 19 (2022): pp. 260 y 261.

³ Así lo ha explicado la doctrina, cuando señala «... la voluntad del Estado se forma por la acción o combinación de los partidos, los cuales dominan y penetran no solo las instituciones políticas, sino las instituciones y grupos de intereses de la comunidad. De acuerdo a este régimen, sin duda, en Venezuela puede decirse que los partidos gobiernan, estos tienen el monopolio del poder...», Allan R. BREWER-CARÍAS, *Fundamentos de la Administración Pública* (Caracas: 2.ª, Editorial Jurídica Venezolana, 1984), t. I, p. 104.

basamento legal encausado dentro del marco constitucional, al ser esta la norma suprema del Estado (artículo 7 de la Constitución).

En este sentido, el estudio y control del Derecho Administrativo abarca no solo a las relaciones jurídicas en donde interviene el Estado en su condición de tal (persona de poder que genera relaciones de subordinación), sino también a la actividad de los administrados y particulares que desarrollan actividades que inciden en el campo del Derecho público, aun en aquellos casos de competencias que antes se entendían que eran exclusivas de la Administración Pública, y así lo ha reconocido la Sala Constitucional, entre otras, en la decisión N.º 355/2017, cuando indicó que, independientemente de que la Administración asuma la prestación de los servicios encomendados, el orden sistemático de los artículos 62, 70 y 184 de la Constitución establecen la factibilidad de que «... los grupos sociales, debidamente organizados, asuman, cuando se encuentren en niveles óptimos de su capacidad, la prestación de servicios públicos y la ejecución de determinadas materias asumibles con base en el sentido y naturaleza de las mismas»⁴.

Esa decisión también resaltó que el Estado, mediante la actuación de los distintos niveles político-territoriales, está en el deber de elaborar los sistemas normativos y las políticas de ejecución que permitan la aproximación de las competencias y los servicios a los entes político-territoriales inferiores y de estos hacia la población organizada, siempre que esta pueda asumirlos para optimizar la eficiencia en la prestación de tales actividades, pues lo que se busca es la mayor eficacia en la satisfacción de las necesidades humanas y no un simple discurso político.

Evidentemente, aceptar que los particulares pueden realizar actividades administrativas típicas de la autoridad pública, genera un cúmulo de

⁴ TSJ/SC, sent. N.º 355, de 16-05-17.

consecuencias jurídicas, principalmente sobre las formas de controlar la actividad y los medios defensivos (garantías) por parte de la ciudadanía. En Colombia se ha explicado así:

El asunto se hace particularmente complejo, si se acepta como premisa, que el solo hecho de que un particular se ocupe de asuntos públicos, no le hace variar su condición de particular, pero sí varía el régimen jurídico que le es aplicable y el sistema de controles que se ejerce sobre él, pero con la advertencia clara, de que tanto la variación del régimen jurídico, como la aplicación del sistema de controles de Derecho público tienen como límite la «función pública», que realiza el particular que se involucra en los asuntos estatales, pues en lo demás, sin duda, conserva su naturaleza privada⁵.

Ahora bien, nuestro constituyente plasmó en la Constitución de 1999 un Estado democrático y social de Derecho y de justicia, mencionando, además, en su artículo 6 que el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela «y de las demás entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables».

Es decir, existe por expreso mandato de la Constitución la instrucción de descentralizar el poder para acercarlo a los ciudadanos, dentro del marco de la denominada «democracia participativa y protagónica», donde los ciudadanos se involucran de manera directa en la gestión de las actuaciones públicas, todo ello sobre la base de los artículos 62 y 70 constitucionales.

Por ello, consideramos que el Derecho Administrativo y la actividad administrativa se ha repensado, superándose el carácter orgánico y excesivamente formal que lo modela, para dar cobertura a todas las formas en

⁵ *Vid.* <https://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/2018/Descentralizaci%C3%B3n%20por%20Colaboraci%C3%B3n%20VF.pdf>.

que la actividad administrativa se expresa, en lo público y en lo privado, más todavía cuando la ley expresamente prevé mecanismos de transferencia de competencias del Poder Público hacia las organizaciones de base, como ocurre con los consejos comunales, toda vez que el instrumento legal que los regula prevé la posibilidad de que estos asuman actividades administrativas de forma directa, como veremos más adelante.

En nuestra opinión, a ello se refiere la Administración Pública por colaboración, resultando esta la actividad de gestión del interés general que realizan los particulares, producto de un proceso de transferencia de competencias, sin perder su condición de personas de Derecho privado. Asimismo, esta podría darse en el caso de que los particulares, de forma organizada, asuman la prestación de un servicio público ante la ausencia de su prestación efectiva por los agentes públicos, como hemos visto que ocurre en Venezuela, con el suministro de agua potable a través de la perforación de pozos.

Esta actividad administrativa por colaboración podría encuadrarse en lo que la doctrina denomina «gestión indirecta de los servicios públicos»⁶, entendiéndose por esta la prestación del servicio por los particulares, asumiendo la Administración Pública un rol de control y supervisión para garantizar que la prestación sea efectiva, siendo por excelencia la figura representativa de lo aquí planteado la concesión de servicio público, solo que en los ejemplos expuestos con anterioridad, no se precisa siempre del acto de concesión.

Actividad administrativa por colaboración que, en nuestra opinión, no debe confundirse con la «descentralización por colaboración», por cuanto entre la idea o mandato y la técnica o el procedimiento, puede existir una distancia considerable. Esto lo planteamos porque, aunque nuestra forma

⁶ José PEÑA SOLÍS, *Manual de Derecho Administrativo* (Caracas: CIDEP, 2023), vol. III, p. 287.

de Estado sea descentralizado, también lo es de Derecho, por lo que los mecanismos de descentralización deben realizarse atendiendo a las formas que permite la propia Constitución y su desarrollo legislativo. Sea esta la razón por la cual, entre nosotros, la doctrina ha apuntado:

Si bien el «Poder Popular» plantea una transferencia de competencias desde un ente público —específicamente los estados y los municipios, aun cuando también podría ocurrir respecto a la República—, a un sujeto que se dice más cerca de los individuos, quien recibe tales competencias, en realidad, no es una persona jurídica enmarcada dentro de la estructura organizativa general del Estado (requisito *sine qua non* de la descentralización junto a la autonomía financiera, normativa y de elección de autoridades)⁷.

Partiendo del anterior planteamiento, que compartimos, reiteramos que la descentralización por colaboración y la administración por colaboración son figuras distintas e importantes de apreciar, por cuanto de ellas se derivan el régimen jurídico aplicable y los mecanismos de control de los particulares frente al eventual ejercicio de prerrogativas propias de la Administración Pública, en cuanto a la gestión del interés general.

Establecidas así las cosas, pasemos ahora a la revisión de otra figura estudiada dentro del Derecho Administrativo que, en nuestra opinión, está relacionada con el producto que se deriva de esa actividad administrativa por colaboración comentada; ella es el acto de autoridad.

2. La tesis de los actos de autoridad

Ahora bien, al lado de la actividad administrativa por colaboración que desarrollan los particulares, se encuentran los denominados «actos de autoridad», que son decisiones que dictan los particulares, en ejercicio de la

⁷ Gabriel SIRA SANTANA, *Poder popular, descentralización y participación ciudadana* (Caracas: CIDEP, 2018), p. 157.

función administrativa o por la prestación de actividades calificadas como servicio público, y que, por lo tanto, gozan de las notas esenciales de los actos administrativos, es decir, son decisiones ejecutivas y ejecutoriales, las cuales, en razón del principio de universalidad del control de la actividad administrativa⁸ y la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, deben encontrar un adecuado control por parte de tribunales especializados. ARAUJO-JUÁREZ nos plantea la cuestión tratada, de la siguiente forma:

... esta teoría significa el reconocimiento de la existencia de sujetos constituidos bajo la forma de Derecho Privado, calificados como entes de autoridad, ya que los mismos ejercen funciones públicas a través de actos públicos, en ejercicio de potestades públicas o un servicio público, o de la concurrencia de ambos, conforme a las delegaciones que les hace la Ley, y que a los efectos del control se denominan actos de autoridad, y por lo tanto, sometidos a la justicia administrativa (...) Es así como algunos de los actos jurídicos emanados de personas privadas pueden llegar a ser calificados como actos administrativos, por aplicación de la denominada teoría de los actos de autoridad, a los efectos de su régimen jurídico y de su eventual control jurisdiccional⁹.

En abundamiento del planteamiento doctrinario, la jurisprudencia¹⁰ ha señalado que para que se dicte un acto de autoridad son necesarias tres condiciones:

⁸ Que se aprecia de lo previsto en los artículos constitucionales 139: responsabilidad por el ejercicio del Poder Público y 141: la Administración Pública al servicio de los ciudadanos con pleno sometimiento a la ley y al Derecho; y positivizado diáfananamente en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 451, de 22-06-10).

⁹ ARAUJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo general. Acto y contrato administrativo*, pp. 41 y 42.

¹⁰ Al respecto puede verse: TSJ/SPA, sent. N.º 2727, de 29-09-10.

- i. Que quien dicte el proveimiento sea un particular o un «ente de Derecho privado».
- ii. Que la decisión provenga del ejercicio de una función pública o la prestación de un servicio público por expresa atribución de la Ley.
- iii. Como consecuencia de lo anterior, el fin de la actividad desplegada debe ser la satisfacción de un interés general o colectivo.

En sintonía con lo antes expuesto, nos parece fundamental en el caso de los actos de autoridad, la posibilidad que detenta el autor de la decisión de ejecutarla aun contra la resistencia del destinatario, lo que refleja el carácter ejecutivo de la decisión y la ejecutoriedad con la que cuenta el emisor del acto¹¹, para incidir en la esfera jurídica subjetiva de los particulares, aun cuando se trate de un acto de naturaleza sancionatoria o disciplinaria.

La doctrina ha indicado sobre el anterior aserto que debe existir un efectivo vínculo entre el acto dictado y la prestación de un servicio público en atención de un interés general o colectivo, lo que justifica a modo de necesidad el empleo de prerrogativas exorbitantes del Derecho común, siendo que la ausencia de esa prerrogativa (poder de ejecutar el acto

¹¹ Aquí coincidimos con el planteamiento de un sector de la doctrina, en señalar que la ejecutividad corresponde al acto, es decir, es una característica o cualidad intrínseca de la manifestación de voluntad expresa de la Administración, mientras que la ejecutoriedad es un poder que corresponde a ella, en su razón de ser, toda vez que «la autotutela ejecutiva o también denominada ejecutoriedad administrativa consiste en la extensión de la facultad (...) para, por sí misma, materializar o hacer efectivas sus pretensiones. En consecuencia, es el poder irresistible de hacer cumplir lo ordenado en la dispositiva del acto administrativo, como fuerza exógena del instrumento dictado, que se impone sobre el destinatario del mandato, inclusive por la implementación de mecanismos coactivos...», Carlos Luis CARRILLO ARTILES, «La imbricación de la noción y contenido de la potestad de autotutela de la Administración Pública en Venezuela», en *Derecho Administrativo Iberoamericano*. (Caracas: Editorial Paredes, 2007), t. II, *passim*, <http://saber.ucv.ve/handle/10872/7054>.

frente a la resistencia del destinatario), es suficiente para negarle a este la característica de acto de autoridad, asimilable al acto administrativo, excluyéndolo también de un régimen jurídico de Derecho Administrativo y del control de los tribunales especializados, es decir, del Contencioso-Administrativo¹².

Ya para finalizar estas breves líneas sobre los actos de autoridad, nos parece adecuado señalar algunos ejemplos de las personas privadas que pueden emitir estos proveimientos, siguiendo el criterio de CHAVERO GAZDIK¹³, quien menciona a las universidades privadas, los partidos políticos y las bolsas de valores, a lo que cabría agregar a los clubes deportivos¹⁴ y las corporaciones, como son los colegios profesionales¹⁵.

3. Los consejos comunales

Es natural que en cualquier organización social se piensen y se creen estructuras de base que permitan a los ciudadanos la satisfacción de sus necesidades de grupo, por ellos mismos, empleando su capacidad productiva y contando con el apoyo o la asistencia de las organizaciones políticas más complejas que administran el patrimonio público.

¹² ARAUJO-JUÁREZ, *Derecho Administrativo general. Acto y contrato administrativo*, pp. 49 y 50.

¹³ Rafael CHAVERO GAZDIK, «Los actos de autoridad», *Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB* 50 (1996): pp. 89 y ss., http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/50/UCAB_1996_50_89-11.pdf.

¹⁴ *Vid.* TSJ/SC, sent. N.º 886, de 09-05-02.

¹⁵ Véase, Corte Segunda de lo Contencioso-Administrativo (hoy Juzgado Nacional Segundo), sent. N.º 1478, de 26-11-08. Y con respecto al debate sobre si las corporaciones son o no personas jurídicas de Derecho privado, preferimos seguir el esquema del artículo 19 de nuestro Código Civil pero «sin esforzarnos en sostener una clasificación caprichosa del legislador», como señala Edison Lucio VARELA CÁCERES, *Lecciones de Derecho Civil I Personas* (Caracas: Editorial RVLJ, 2019), p. 204, pues es punto de debate entre la doctrina.

No obstante, la administración de recursos se encontrará presente en cualquier reunión de seres humanos con carácter sedentario, cuenten o no con la asistencia de estructuras mayores y más complejas. Organización y administración van de la mano y son precisamente las que han dado lugar al establecimiento de otras formas de organizar y administrar lo que corresponde al grupo, allí se van perfilando entonces la política y el Derecho, bajo la égida de la autoridad.

Ahora bien, respecto al enfoque más local, más de base, la sociedad Venezuela conoció de las denominadas «asociaciones de vecinos», cuyo fin era la satisfacción de determinados fines comunitarios, pero sin contar expresamente con atribución de competencias administrativas o de servicio público, que correspondían en su totalidad a las autoridades del Gobierno municipal, estatal o nacional. En la mayoría de los casos, eran asociaciones de hecho a las que en momentos puntuales les asignaron recursos para satisfacer necesidades como la vivienda, el deporte y la recreación.

Sobre ese estado de las cosas, y en virtud de los cambios políticos ocurridos en Venezuela en los últimos veinte años, aunado a la intención desde el poder central de sustituir las viejas formas de organización de la sociedad, para dar paso a nuevas estructuras de base con una marcada orientación política, surgen los llamados «consejos comunales», que podemos definir, a grandes rasgos, como agrupaciones vecinales, que buscan satisfacer sus necesidades primarias, mediante el esfuerzo común y el desarrollo de sus capacidades productivas. Cuando señalamos «necesidades primarias», podemos acudir a la famosa pirámide de MASLOW, y entenderíamos por ellas las ubicadas en la base y escaño superior de dicha figura geométrica, ellas son: alimentación, vivienda, salud, y seguridad¹⁶.

¹⁶ Abraham MASLOW, famoso psicólogo estadounidense, planteó la aludida pirámide de las necesidades humanas en su obra *A Theory of Human Motivation* (Una teoría sobre la motivación humana).

En la práctica, muy poco de eso ha ocurrido, y los consejos comunales consisten, básicamente, en estructuras vecinales más o menos organizadas, que se encargan de coordinar con los personeros del Gobierno, el suministro directo de alimentos, gas doméstico y otras ayudas sociales como son los denominados «bonos patria», por lo que más que acercar el poder, permiten es su concentración con fines partidistas.

La anterior advertencia es relevante, toda vez que, si se delega a un consejo comunal la prestación de determinado servicio público, como por ejemplo, el de distribución de gas doméstico, podrían verse afectados los principios fundamentales que rigen a estos, es decir, la obligatoriedad, la continuidad y la igualdad¹⁷.

No obstante ello, conviene mencionar que la Sala Constitucional indicó que estos consejos comunales son desarrollo de los medios de participación y protagonismo popular, reconocidos en la Constitución de 1999, y que el «Gobierno comunitario» se dirige «hacia la construcción del nuevo modelo de sociedad inspirada en valores de igualdad, equidad y justicia social»¹⁸; aunque nuestro texto constitucional no menciona, ni siquiera una vez, a estos entes que gozan de personalidad jurídica como indica su Ley Orgánica.

A mayor abundamiento, el artículo 184 constitucional, que prevé la posibilidad para que mediante ley se transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que estos gestionen, previa demostración de su capacidad para prestarlos, tampoco se refiere a tales consejos.

3.1. *Naturaleza jurídica*

Acerca de la naturaleza jurídica de los consejos comunales, es un poco complicado determinar con exactitud en cuál categoría jurídica debe

¹⁷ Eloy LARES MARTÍNEZ, *Manual de Derecho Administrativo* (Caracas: 23.ª, UCV, 2010), p. 224.

¹⁸ TSJ/SC, sent. N.º 1676, de 03-12-09.

ubicárseles. Preliminarmente, se puede afirmar que son entidades dotadas de personalidad jurídica y, en consecuencia, con capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones o, lo que es igual, de figurar como sujetos activos o pasivos en una relación jurídica concreta. Así, un consejo comunal puede constituir otras personas jurídicas, abrir cuentas bancarias, contratar con el Estado o los particulares, etc.

El artículo 17 de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales¹⁹ señala que cuando estos son constituidos y organizados conforme a esa Ley, adquieren su personalidad jurídica mediante el registro de su acta constitutiva ante el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de participación ciudadana²⁰. Asimismo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con relación a ellos, ha señalado lo siguiente:

... cabe señalar que esta Sala ha concebido los consejos comunales como una instancia de participación para el ejercicio directo de la soberanía popular, así como la articulación de la relación de dichas instancias comunitarias con los órganos y entes del Poder Público para la formulación, ejecución, control y evaluación de las políticas públicas, así como de los planes y proyectos vinculados al desarrollo comunitario (...) La preeminencia que la ley atribuye a este tipo de organización colectiva para involucrarse e intervenir en la actividad realizada por la Administración, tiene su fundamento en el derecho a la participación popular en la formación, ejecución y control de la gestión pública, derecho que se encuentra establecido en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como el medio necesario para lograr el protagonismo del pueblo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo, a través del ejercicio del Poder Popular²¹.

¹⁹ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 335, de 28-12-09.

²⁰ Que actualmente es el Ministerio del Poder Popular para las Comunas y los Movimientos Sociales.

²¹ Vid. TSJ/SC, sent. N.º 1721, de 18-12-15.

Ahora bien, dada la multiplicidad de funciones y tareas asignadas a estos entes, es difícil determinar *a priori* si se trata de personas jurídicas de Derecho público o de Derecho privado, que, a manera de orientación, realiza el Código Civil en su artículo 19, donde menciona como del primer grupo –de Derecho público– a la Nación y a las entidades políticas que la componen –los estados y los municipios–, las iglesias de cualquier credo, las universidades y, en general, todos los cuerpos morales de carácter público –como los institutos autónomos–, y como del segundo grupo –personas jurídicas de Derecho privado–, a las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado.

Visto lo anterior, observemos que los consejos comunales son instancias de integración y participación de los ciudadanos (generalmente unidos por un vínculo de convivencia vecinal), que se organizan para ejecutar «planes y proyectos comunitarios», por lo que podríamos ubicarlos en la categoría de asociaciones civiles sin fines de lucro; no obstante, debe anotarse que estas personas jurídicas están autorizadas por el artículo 4 numeral 11 de la Ley que los regula, para realizar actividad de «economía comunal», que genera ganancia, lucro.

El anterior aserto puede ser reforzado si acudimos a lo que la Ley Orgánica de los Consejos Comunales en su artículo 4, numeral 12 entiende como redes socioproductivas, a las cuales define como la articulación e integración de los procesos productivos de las organizaciones comunitarias «para el intercambio de saberes, bienes y servicios (...) sus actividades se desarrollan mediante nuevas relaciones de producción, comercio, distribución, cambio y consumo, sustentables y sostenibles, que contribuyen al fortalecimiento del Poder Popular», por lo que, en nuestra opinión, comparten rasgos característicos con otras personas jurídicas como las sociedades o las cooperativas y cabría preguntarse ¿los consejos comunales podrían realizar actos de comercio? Creemos que sí, en los términos del Código de Comercio y de la Ley Orgánica del

Sistema Económico Comunal²², que inclusive menciona a la «empresa de propiedad comunal».

Igualmente, cuando se revisan las competencias de los consejos comunales, se observan algunas que son típica actividad administrativa, aunque efectivamente la Ley Orgánica de la Administración Pública no las regula expresamente, como sí hizo con las empresas, fundaciones, y asociaciones civiles del Estado.

Pero, por otra parte, y sin que quede lugar a dudas, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su artículo 7, indica dentro de los sujetos regulados por esa competencia jurisdiccional a «los consejos comunales y otras entidades o manifestaciones populares de planificación, control, ejecución, de políticas y servicios públicos, cuando actúen en función administrativa».

Desde esta perspectiva, cuando resulta espinoso determinar el carácter de un cuerpo moral, conviene siempre tener presente la advertencia de BREWER-CARÍAS, quien desde ese entonces aclaraba que la distinción entre personas públicas y personas privadas resulta insuficiente, dado el proceso de publicización de lo privado y de privatización de lo público en razón, además, de la diversidad de entes que funcionan en la Administración Pública, siendo que lo que ocurre, según explica, es una:

... interaplicación evidente de normas de Derecho público y normas de Derecho privado a todos los sujetos de derecho. Lo único válido, en este campo, es la constatación de que, generalmente, por la integración de los entes a la organización del Estado o por los fines de interés social que desarrollan los sujetos estatales o particulares, o al contrario, por el carácter exclusivamente particular y privado de

²² Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6011 extraordinario, de 21-12-10.

los sujetos, habrá una preponderancia en el régimen jurídico de los mismos, de normas de Derecho público o de normas de Derecho privado. Solo el análisis del Derecho positivo en cada caso concreto permitirá establecer el ámbito y significado de dicha preponderancia; pero ello no arrojará ninguna luz sobre la naturaleza estatal o no estatal del sujeto o sobre la forma jurídica que se haya adoptado para que actúe en la vida jurídica (...) Esta preponderancia, en todo caso, resultará de la integración o no del ente a la estructura organizativa del Estado y de la forma jurídica adoptada para su personificación, y en todo caso, será una consecuencia proveniente del Derecho positivo, y no la causa de una pretendida distinción²³.

De manera que, a nuestro juicio, los consejos comunales son personas jurídicas de Derecho privado de carácter asociativo (toda vez que no se insertan en la organización del Estado), que eventualmente pueden realizar actividades con fines de lucro, y cuya finalidad es la promover la participación, articulación e integración entre ciudadanos que se encuentran vinculados por razones de vecindad y necesidades comunes. Estos entes pueden desarrollar actividad administrativa por colaboración, que será controlable por los tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa e, igualmente, estarán sujetos al control por parte de la Contraloría General de la República, cuando reciban fondos públicos para la gestión de sus intereses, a través de la denominada «contraloría social»²⁴.

Visto así, el régimen jurídico aplicable resultará del tipo de actividad que realicen en donde encontraremos preponderancia de normas de Derecho

²³ BREWER-CARÍAS, *Fundamentos de la Administración Pública*, pp. 225 y 226.

²⁴ La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6013 extraordinario, de 23-11-10), en su artículo 76 dispone: «El Poder Popular, a través de los consejos comunales o las comunas, podrá postular candidatos o candidatas para los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley».

público o de Derecho privado, dependiendo de lo que se pretendan controlar o juzgar. Por ejemplo, si se trata de actividades comerciales o esencialmente civiles, las normas serán de Derecho privado; mientras que, si se trata de la eventual actividad administrativa por colaboración que puedan desarrollar, la preponderancia será de normas de Derecho Administrativo, adecuadas para controlar no solo los actos, sino también las omisiones y las vías de hecho en que se pudiera incurrir, cuando se ejecutan funciones o prerrogativas públicas. De lo anterior podemos colegir lo siguiente:

- i. Los consejos comunales son personas jurídicas, y por tanto, capaces para ser titulares de derechos y obligaciones, tienen capacidad jurídica plena, por lo que son responsable hasta por los hechos ilícitos en que incurran.
- ii. No forman parte de la Administración Pública ni de la organización general del Estado, por lo que no quedan dudas acerca de su naturaleza privada.
- iii. Por su constitución y fin último (que debería ser el atender a las necesidades vecinales o comunales y dar seguimiento a los planes y políticas públicas, según expresa su Ley regulatoria), se asemejan a las asociaciones civiles, aunque también comparten rasgos con las cooperativas²⁵, pudiendo, además, realizar actos de comercio pero sin dedicarse exclusivamente a la actividad comercial.
- iv. Realizan una multiplicidad de tareas o funciones de naturaleza privada y pública, lo cual determinará no solo el régimen jurídico aplicable, sino también la condición con la cual se presenten en una relación jurídica concreta y los órganos de control de su actividad (administrativos y judiciales).

²⁵ El artículo 3 de la Ley de Cooperativas establece que son valores de estas la ayuda mutua, esfuerzo propio, responsabilidad, democracia, igualdad, equidad y solidaridad. Asimismo, debe tomarse en cuenta que, en este tipo de entes, los asociados son los principales prestadores de los bienes o servicios o los consumidores de estos.

3.2. Los actos dictados por los consejos comunales en ejercicio de la actividad administrativa por colaboración

Si observamos con detenimiento las competencias que la Ley Orgánica de los Consejos Comunales atribuye a los consejos comunales, que se disgregan en cada una de las unidades que lo conforman, encontramos varias de ellas relacionadas con la prestación indirecta de servicios públicos, como son la salud, el deporte, la seguridad y la emisión de constancias de residencias.

Así, por ejemplo, dentro de las funciones de la asamblea de ciudadanos, máxima instancia de deliberación y decisión del consejo comunal, corresponde aprobar proyectos comunitarios relacionados con la salud, cultura, educación y deporte, así como «la solicitud de transferencia de servicios» (artículos 20 y 23 de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales).

En el caso del colectivo de coordinación comunitaria y la unidad ejecutiva, sorprende como los artículos 25 y 29 indican dentro de sus funciones, coordinar con la Milicia Bolivariana lo referente a la defensa integral de la Nación, actividad que corresponde exclusivamente al Ejecutivo nacional, a través del ministerio pertinente. En el caso de esta última –la unidad ejecutiva– también se dispone que conozcan y emitan las constancias de residencia de los habitantes de la comunidad, sin menoscabo del ordenamiento jurídico vigente, es decir, sin perjuicio de que la constancia sea tramitada ante la Administración Pública.

Todo lo anterior puede conllevar que los consejos comunales desarrollen entonces actividad administrativa por colaboración o de forma indirecta, dictando decisiones o materializando hechos que, en razón del fin perseguido y la naturaleza de la acción, sean catalogados como actos de autoridad o posibles vías de hechos, controlables ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este orden de ideas, conviene reseñar que la Sala Político-Administrativa en años recientes, ha tenido ocasión de pronunciarse con relación a la naturaleza jurídica de las constancias de residencia emitidas por los consejos comunales, indicando que son declaraciones de conocimiento que acreditan la dirección habitual y permanente de los habitantes en los límites del ámbito geográfico de cada comunidad «y como tales deben reputarse como actos administrativos»²⁶. Tenemos reparos con relación a la calificación de tales documentos como actos administrativos, partiendo no solo del criterio orgánico que define al acto administrativo, sino, además, por cuanto dichos proveimientos no necesariamente guardarían las formas previstas por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 18. En nuestra opinión, constituyen actos de autoridad.

Actos de autoridad que también podrían dimanar de la actividad que desarrollen los consejos comunales, en el caso que les sean transferidos servicios públicos, cuestión que informalmente ha ocurrido en algunos sectores en donde el suministro del gas doméstico ha sido asumido por estos entes.

Por otra parte, debe tomarse en consideración la actividad electoral que realizan los consejos comunales y los actos que de esta dimanen, los cuales la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia denomina «actos de naturaleza electoral», o «actos sustancialmente electorales», en los cuales se encuentra involucrado de manera directa el ejercicio de la soberanía popular (artículos 1, 5, 70 y 126 constitucionales). Con relación a tales actos, la Sala Electoral del Máximo Juzgado del país sostuvo lo siguiente:

... para entrar a conocer de esta o cualquier otra causa a través de dicho dispositivo jurisprudencial, resulta necesario determinar la concurrencia de dos hechos, a saber, la naturaleza electoral del

²⁶ *Vid.* TSJ/SPA, sent. N.º 3, de 11-02-21.

acto impugnado y que el ente que los produzca sea un sindicato, organización gremial o colegio profesional, una organización con fines políticos, universidad nacional, o cualquier otra organización de la sociedad civil. Ahora bien, por «acto de naturaleza electoral» o «acto sustancialmente electoral» (...) puede entenderse el acto jurídico individual o colectivo en el que a través de una manifestación de soberanía en lo político, social o económico, se realiza una selección de preferencia (...) y bastará entonces que emane de alguno de los referidos órganos para que su conocimiento corresponda a esta Sala (...) Así pues, el acto sustancialmente electoral, que necesariamente tiene que consistir en una manifestación de soberanía, se entiende por tal razón como un acto de voluntad que no admite: 1. Una voluntad igual o superior; 2. un tiempo de validez; 3. limitaciones de objeto, poder o autoridad; y adicionalmente, necesita de un procedimiento legal o medio regular para su emisión²⁷.

De manera que, con base en el precedente jurisprudencial antes citado, los actos dictados por los consejos comunales en el ejercicio de la función electoral, también constituyen una suerte de acto de autoridad sustancialmente electoral, toda vez que son ejecutivos y ejecutorios, pero su control judicial no corresponde al contencioso-administrativo, sino a la única instancia jurisdiccional con competencia electoral en Venezuela, es decir, a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Por otra parte, la Ley Orgánica de los Consejos Comunales en su capítulo IV «De la revocatoria en el consejo comunal», artículos 34 al 43, regula todo el procedimiento sancionatorio destinado a la «revocatoria» del ejercicio de las funciones de los voceros o voceras, con una fase de inicio, investigación, defensa del involucrado y la decisión correspondiente, acto

²⁷ TSJ/SC, sent. N.º 3, de 28-03-01.

de autoridad que pone fin al procedimiento y cuyo control corresponderá igualmente a la prenombrada Sala Electoral²⁸.

Como idea conclusiva de este apartado, podemos señalar que los consejos comunales dictan actos de autoridad, en razón de la función administrativa por colaboración que pueden eventualmente realizar, por expresa atribución de competencias de naturaleza pública que les asigna la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, por lo tanto, tales decisiones se rigen por el Derecho Administrativo. Asimismo, conviene advertir que no toda la actividad que realizan estos entes es administrativa, pues, a través de la asamblea de ciudadanos y ciudadanas, ejercen función electoral al elegir a los voceros y voceras y demás integrantes de la organización.

Por otra parte, también tienen asignadas tareas de simple integración y cooperación comunitaria, así como el ejercicio de la denominada «economía comunal», inspirada en la forma de propiedad social, lo cual en modo alguno interesa al Derecho Administrativo; por lo tanto, para determinar si un acto dictado por los consejos comunales es acto de

²⁸ *Vid.* TSJ/SE, sent. N.º 93, de 02-06-09, en la que se indicó: «... debe observarse que de los alegatos de los solicitantes se deduce la supuesta violación del derecho contenido en el artículo 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual deriva, en criterio de la parte accionante, de la manera en que los supuestos agraviantes han pretendido realizar un referendo revocatorio de los directivos del Consejo Comunal (...) Siendo así, es evidente que la controversia se plantea con ocasión del ejercicio de derechos políticos en el marco de un proceso electoral, de lo cual necesariamente cabe concluir que la actuación alegada como violatoria de derechos constitucionales, es un acto sustantivamente electoral, en el sentido que se expuso en las sentencias antes señaladas. Así pues, estando planteada la presente acción de amparo constitucional en el ámbito de desenvolvimiento de un proceso electoral; siendo los derechos constitucionales invocados como lesionados afines con la materia que conoce esta Sala Electoral; y por cuanto el acto objeto de la presente acción de amparo emana de un órgano distinto a los previstos en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (...) se acepta la declaratoria de competencia formulada, y en consecuencia, esta Sala se declara competente para conocer de la presente causa».

autoridad, regido, debe atenderse a la función realizada, al interés que se procura satisfacer y a la posibilidad de que dicha decisión sea ejecutada por estos, aun frente a la resistencia de los destinatarios y sin el auxilio de la autoridad judicial.

4. Control de la actividad administrativa por colaboración de los consejos comunales

Tal como hemos señalado previamente, en razón del principio de la universalidad del control de los actos dictados por la Administración Pública o por el ejercicio de esa función, corresponderá a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Y para que no queden dudas al respecto el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es expreso al contener dentro de su ámbito de aplicación a los consejos comunales y otras entidades o manifestaciones populares de planificación, control, ejecución de políticas y servicios públicos, cuando actúen en función administrativa.

Partiendo de ello, la competencia para el conocimiento de esos actos y vías de hecho la detentaría los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en razón de la denominada competencia residual que a estos asigna el numeral 5 del artículo 24 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, si la demanda, más que impugnar un acto administrativo dictado por el consejo comunal, se orienta es a una reclamación por la omisión, demora, o deficiente prestación de un servicio público que a estos les haya sido transferido, la competencia corresponderá a los Juzgados de Municipio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según el artículo 26, numeral 1 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En el caso de pretensiones de contenido patrimonial a incoarse contra los consejos comunales por el ejercicio de la función administrativa desplegada, su conocimiento corresponde igualmente a prenombrada Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero para la determinación del tribunal competente debe atenderse a la cuantía de la demanda.

Finalmente, si se trata de actos de autoridad sustancialmente electorales, su conocimiento, reiteramos, corresponde a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, con fundamento en lo establecido en el numeral 2 del artículo 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Conclusiones

De los anteriores planteamientos podemos indicar a manera de conclusión lo siguiente:

La actividad administrativa por colaboración es una forma de prestación indirecta por los particulares de servicios públicos o funciones que competen a la Administración Pública (incardinada en la estructura del Estado), sin que ello conlleve, necesariamente, un proceso de descentralización.

De lo anterior se desprende que, si un particular realiza ese tipo de actividad, no varía su naturaleza jurídica o su carácter de privado, pero sí se le aplicarán normas de Derecho público, en cuanto a la forma y control de esa actividad (procedimiento, acto y control posterior), fuera de ello, su régimen jurídico será preponderantemente de Derecho privado: Civil, Mercantil, etc.

Los consejos comunales son personas jurídicas creadas por el ordenamiento jurídico, que vienen a abundar en las figuras o categorías de «personas jurídicas de Derecho privado» ya conocidas, a través de nuestro Código Civil, es decir, las asociaciones, sociedades, corporaciones y fundaciones. Ello por cuanto no integran o forman parte de los entes y órganos

que conforman la estructura y organización de la Administración Pública en general y, además, porque su fin principal no es el de prestar servicios públicos y gestionar el interés general.

No obstante lo anterior, en razón de la Ley que los crea, tienen asignadas funciones que corresponden con servicios públicos (que les podrían ser transferidos desde los tres niveles político-territoriales), o que en definitiva desarrollan por expresa disposición legal, como ocurre con el caso de la emisión de documentos capaces de incidir en la esfera jurídica subjetiva del destinatario, por lo que su irregular realización u omisión, partiendo de esa actividad administrativa por colaboración, corresponde al Derecho Administrativo, a través de la teoría de los denominados «actos de autoridad» y el fuero especial de juzgamiento al que serán atraídos, es decir, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, salvo que se trate de actos sustancialmente electorales, caso en el cual, con atención a la Ley y a la jurisprudencia, deberán ser conocidos o controlados por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Perspectivas críticas del régimen jurídico-constitucional de los tratados internacionales en Venezuela

Critical perspectives of the legal-constitutional regimen of international treaties in Venezuela

Roxana ORIHUELA GONZATTI

Resumen: El trabajo que presentamos analiza el régimen jurídico-constitucional de los tratados internacionales en Venezuela, tomando en cuenta la conceptualización de los mismos, a partir de las críticas a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, así como también, su regulación en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, para evidenciar lo que consideramos algunos desafíos por alcanzar en esta trascendental materia de interés nacional e internacional. **Palabras clave:** Tratados internacionales, Constitución, soberanía, procedimiento, controles. Recibido: 30-03-24. Aprobado: 26-04-24.

Abstract: *The work we present, analyzes the legal-constitutional regimen of international treaties in Venezuela, taking into account their conceptualization, based of criticism of the Vienna Convention of the Law of the Treaties of May 23, 1969, as well as its regulation in the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela of 1999, to demonstrate what we consider some challenges to be achieved in this transcendental matter of national an international interest.* **Keywords:** *International treaties, Constitution, sovereignty, procedure, control.*

Perspectivas críticas del régimen jurídico-constitucional de los tratados internacionales en Venezuela

Roxana ORIHUELA GONZATTI*

Revista FCJP, ISSN 0798-4456, ISSN-e 3007-4436,

N.º 140, 2024, pp. 173-189.

SUMARIO: Introducción 1. El concepto de tratado internacional establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 2. La definición de tratado internacional acorde con la Constitución y con el Derecho Internacional Público 3. Los tratados internacionales como fuente del Derecho Internacional Público 4. Reseña del régimen de conclusión de los tratados internacionales en Venezuela y análisis crítico de la regulación de los tratados internacionales en la Constitución. Conclusiones

Introducción

En la mayoría de los casos, la enseñanza del régimen jurídico de los tratados internacionales en las Escuelas de Derecho en Venezuela se asienta sobre la base de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lo cual, si bien no resulta desacertado, no toma en cuenta suficientemente la rica regulación de este aspecto, que se encuentra en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

* **Universidad Central de Venezuela** (Caracas-Venezuela), Abogada *Summa Cum Laude*; Especialista en Derecho Administrativo; Profesora de Derecho Internacional Público; Ex Investigadora del Instituto de Derecho Público. Ex Fiscal del Ministerio Público ante el Tribunal Supremo de Justicia.

Por ello, el propósito de este análisis es contribuir a evidenciar esa regulación jurídico-constitucional interna, desde una perspectiva crítica constructiva, que contribuya a mejorar su regulación futura, y a su vez, que sirva de ejemplo y utilidad para consagrar marcos normativos en el Derecho comparado, para todo lo cual se realizó una investigación con fuentes documentales, pero fundamentalmente que emanan de un análisis propio sobre un tema de suma incidencia interna e internacional.

1. El concepto de tratado internacional establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 ha constituido y constituye un marco referencial pedagógico para la enseñanza del régimen jurídico de los tratados internacionales en Venezuela, por cuanto, aunque este instrumento internacional no ha sido ratificado por la República Bolivariana de Venezuela, no obstante, puede asumirse como costumbre internacional, aplicando conjuntamente el principio de divisibilidad de los tratados que la propia Convención prescribe, con la finalidad de no hacer nugatorios los motivos que llevaron a Venezuela a no formar parte de ella.

En tal sentido, realizar una revisión del concepto de tratado internacional que la referida Convención establece es un punto de partida necesario, previo al abordaje de su regulación jurídico-constitucional, y por esto cabe señalar que el literal a, de su artículo 2, dispone lo siguiente:

- ... 1. Para los efectos de la presente Convención:
 - a. Se entiende por «tratado» un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular...

Ahora bien, el precitado concepto va a tener el restringido ámbito de aplicación de la señalada Convención, pues fuera del mismo, resulta insuficiente, por las razones siguientes:

- i. Porque ya para la época en la cual entró en vigencia la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no solo los Estados tenían el derecho de celebrar tratados internacionales, pues si bien ellos eran los sujetos del Derecho Internacional Público por excelencia, ya existían otras subjetividades jurídico-internacionales, como por ejemplo, las organizaciones internacionales, que celebraban tratados.
- ii. Porque esa definición no incluye los tratados verbales, que igualmente existían cuando entró en vigencia la señalada Convención de Viena.

Resulta igualmente importante señalar que no se trata de que esa Convención reste valor jurídico a los tratados celebrados entre otros sujetos del Derecho Internacional Público que no sean Estados, ni tampoco a los tratados verbales; ni menos de que tal Convención niegue la posibilidad de su aplicación a tales tratados, pues, por el contrario, ese valor jurídico y aplicación se dispone expresamente en el artículo 3 de la misma, es decir, se trata solamente de que cada vez que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 alude al término «tratado», lo hace en el limitado, estrecho y específico sentido que establece expresamente el literal a, de su artículo 2.

2. La definición de tratado internacional acorde con la Constitución y con el Derecho Internacional Público

La Constitución de 1999 consagra como principios fundamentales del Estado venezolano, derechos irrenunciables, y valores superiores de su actuación, que impregnan todo el articulado constitucional, y se evidencian en los artículos 1 y 2 de manera expresa: la soberanía (la cual debe ser entendida tanto desde su perspectiva interna como internacional), la igualdad, y la justicia.

En tal sentido, nuestra Carta Magna no hace sino reproducir los que constituyen, en suma, principios que rigen formalmente –aunque no siempre materialmente–, el Derecho Internacional Público, como lo son, el de la justicia, y el de la igualdad soberana de los Estados, la cual debe respetarse, entendida como igualdad formal.

A su vez, los principios de igualdad soberana de los Estados, y de justicia, integran el orden público internacional, el bloque de normas imperativas o *ius cogens*, pues su respeto resulta esencial para garantizar otros principios, derechos y valores, como lo son: la convivencia pacífica, la independencia, la libertad y la democracia, entre otros.

Por tanto, para nosotros, más allá de las subjetividades jurídico-internacionales que deben incluirse en la definición de tratado internacional, y más allá de las tipologías que puedan existir en cuanto a los mismos, toda definición de tratado internacional debe establecer la inexorable necesidad de que en la conclusión de los mismos se involucre el respeto de la igualdad soberana de los Estados, y de la justicia, como reafirmaciones necesarias, ante la proliferación histórica de «tratados» leoninos celebrados por Venezuela, desde los inicios de nuestro nacimiento como Estado, y que supeditaron su reconocimiento como sujeto de Derecho Internacional Público, hasta el presente, en los cuales los Estados considerados potencias o más poderosos desde la perspectiva armamentística y económica, se encargan de desdibujar el concepto de tratado como acuerdo de voluntades, convirtiéndolo en un simple contrato de adhesión, al que por distintas razones –incluidas las de necesidad, corrupción, etcétera–, se pliegan obedientemente los Estados considerados más débiles.

Es decir, para poder calificar como tratado a un instrumento internacional, no basta con mirar su calificativo como tal, o su «etiqueta» de tratado, pues el mismo deberá superar el «test de adecuación al orden público internacional», o lo que es lo mismo, a las normas de *ius cogens*

internacional, conformadas, a su vez, por principios y valores que rigen –o, por lo menos, deberían regir– el Derecho Internacional Público, como lo son: la justicia, la equidad, la soberanía, la igualdad soberana de los Estados, el respeto al principio de autodeterminación de los pueblos, la democracia, la inmunidad de jurisdicción, indudablemente con los matices y colores que dependerán del caso concreto, los cuales nunca se traducirán en negación de los mismos. Por esto, al examinar ese instrumento que tenemos frente a nosotros –como el médico tiene a su paciente–, que se presenta bajo el nombre de «tratado», si bien lo primero que se impone es observar si el mismo tiene o no como partes a uno o más sujetos de Derecho Internacional Público, jamás debemos pasar por alto su análisis de adecuación o no al precitado *test*, y el mismo nos debe llevar a la revisión minuciosa de cada una de sus cláusulas, y más aún, incluso de sus actos preparatorios, que nos muestren o no, desequilibrio, dominio, voracidad (de donde proviene el término de cláusulas «del león», leoninas).

Resulta obligatorio citar entre esos impropriamente denominados «tratados» internacionales, el celebrado por los insurgentes de 1810 de la llamada «Primera República de Venezuela», con las autoridades británicas, mediante el cual las Provincias Confederadas se abrieron al comercio británico, en una posición de privilegio prácticamente monopólico.

En igual sentido, existe la necesidad de que un tratado internacional se realice en respeto de la justicia, al menos como marco referencial, pues sabemos que, si bien su concepto jurídico es indeterminado, se impone que ello se concientice pedagógicamente, y se minimicen así los abusos que históricamente se han consagrado en muchos «tratados» internacionales celebrados por nuestro país.

Estamos conscientes de que lo anterior no garantiza el respeto de tales derechos, principios y valores, pero consideramos que el incluirlos en la

definición de tratado internacional, y en su enseñanza, nos permitirá empoderarnos y empeñarnos cada vez más en su aplicación y, como corolario, en la defensa de nuestra tan mermada soberanía a lo largo de los tiempos.

3. Los tratados internacionales como fuente del Derecho Internacional Público

Los tratados internacionales, es decir, los acuerdos suscritos en el marco del Derecho Internacional Público, en respeto del principio de la igualdad soberana de los Estados y de la justicia, pues los que no se acoplen a ello, mal pueden considerarse tratados, independientemente de la denominación que se les otorgue para pretender darles fuerza jurídica –como ya se acotó en el epígrafe precedente–, constituyen una fuente primaria y principal de normas de Derecho Internacional Público, y tan es así, que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Organización de las Naciones Unidas¹ establece en el literal a, de su artículo 38, la obligación de ese órgano jurisdiccional de resolver las controversias que le sean sometidas a su conocimiento, aplicando –entre otras fuentes–, las convenciones internacionales, es decir, los tratados internacionales, generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes, con una regulación que, para nosotros, debe trascender la categoría de los clasificados como tratados normativos, excluyendo a los catalogados de tratados contratos, pues debe comprender a ambos, y más aún, a todas las clasificaciones de los acuerdos internacionales, de las cuales surgen verdaderas reglas, normas internacionales, vinculantes para las partes.

Ahora bien, no debemos sobreestimar al tratado internacional como fuente no solo porque él cohabita con otras, aunque sin duda es protagónico por la seguridad jurídica que implica, sobre todo si asumimos que, por lo general, su materialización se produce de forma escrita, sino

¹ La Corte Internacional de Justicia es el principal órgano de las Naciones Unidas, y fue establecida en 1945, en La Haya-Países Bajos.

porque sobreestimarlos, podría conducirnos al error de pensar que ante su ausencia de vigencia, por no haber sido firmado, o ratificado, etcétera, no vincula a los sujetos del Derecho Internacional Público que se encuentren en determinados supuestos, por cuanto dicho acuerdo contiene normas que conforman el orden público internacional o *ius cogens*, las mismas siempre resultan obligatorias, independientemente de que no se haya producido la firma, ni la ratificación, del tratado que las contenga, como es el caso, por ejemplo, del Estatuto de la Corte Penal Internacional², obligatorio –al menos en principio–, por razón de la materia que involucra, tanto para los Estados partes en sentido estricto –dentro de los cuales se encuentra Venezuela, que lo firmó el 14 de octubre de 1998 y lo aprobó el 7 de junio de 2000– como para el resto de los Estados de la sociedad internacional, como partes en sentido amplio, aunque no lo hayan ratificado, como es el caso de Cuba, Estados Unidos, Chile, China y Rusia, entre otros.

Respecto a la jerarquía de los tratados internacionales como fuente del Derecho Internacional Público, cabe señalar lo siguiente:

- i. Los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público, por disposición expresa del artículo 23 de nuestra Carta Magna, son aquellos relativos a derechos humanos, que han sido suscritos y ratificados por Venezuela, pero solo en la medida en que contengan normas sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos, que sean más favorables a las establecidas en la Constitución y en las leyes de la República, lo cual será determinado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.
- ii. Las normas que se adopten en el marco de los tratados internacionales de integración tienen rango de ley y son de aplicación preferente respecto al

² Aprobado el 17-07-98 en la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y entró en vigor el 01-07-02.

resto de la legislación interna, por mandato del artículo 153 de la Constitución. En tal sentido, esa misma disposición establece:

Artículo 153.- La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina...

iii. Respecto al resto de los tratados internacionales que no tienen una regulación constitucional expresa, doctrinariamente se considera que tienen rango de leyes, y en algunos casos, se ha establecido concretamente que tienen la jerarquía de leyes orgánicas.

4. Reseña del régimen de conclusión de los tratados internacionales en Venezuela y análisis crítico de la regulación de los tratados internacionales en la Constitución

Para mostrar una reseña del régimen de conclusión de los tratados internacionales, consideraremos fundamentalmente dos aristas: la primera, es la pedagógica, es decir, la haremos tratando de ser lo más gráficos posibles, a sabiendas de que nuestra panorámica es general, y por lo tanto, sin las particularidades de un abordaje específico; y la segunda, es la constitucional venezolana, con su regulación propia.

En tal sentido, para nosotros, en primer lugar, un tratado internacional —o si queremos más bien, un «proyecto» de tratado internacional, o un tratado «embrionario», como lo denominan algunos sectores doctrinarios— se inicia con unos actos preparatorios que las potenciales partes se encargarán de compilar (tales como material cartográfico, exposiciones de motivos de la legislación correspondiente, soportes de antecedentes históricos, etcétera), que les permitirán, en segundo lugar, «sentarse» a negociar las que van a constituir las cláusulas de ese tratado.

En Venezuela, es el presidente de la República el que, conforme al numeral 4 del artículo 236 de la Constitución, tiene como atribución y obligación: «... Dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales...», y el más alto mandatario puede otorgar la correspondiente plenipotencia o plenos poderes, para que el funcionario que él designe, lo represente a tales fines, dependiendo de la experticia y de los conocimientos específicos que se requieran, de acuerdo al tratado que se vaya a negociar.

En toda negociación de un tratado internacional, se debe considerar lo que consagra el artículo 152 de la Constitución, conforme al cual:

Las relaciones internacionales de la República responden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y los intereses del pueblo; ellas se rigen por los principios independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto a los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad. La República mantendrá la más firme y decidida defensa de estos principios y de la práctica democrática en todos los organismos e instituciones internacionales.

En tercer lugar, esa negociación efectuada se plasma en un texto escrito (de ser el caso), el cual, en cuarto lugar, podrá ser rubricado por las potenciales partes del tratado, es decir, avalado con la media firma de los negociadores, o directamente firmado por ellas, como prueba de que fue ese –y no otro– el texto que ellas negociaron.

Conforme al artículo 155 de la Constitución, en el texto de los tratados internacionales que celebre la República: «... 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 tal sentido, sostenemos que nunca debería considerarse improcedente la incorporación en un tratado internacional de una cláusula de solución pacífica de controversias, como medio primario y primigenio, pues ello constituye la materialización de los principios de la paz internacional y de la solución pacífica de controversias internacionales. Igualmente, no tiene cabida considerar que un procedimiento que deba seguirse para la celebración de un tratado internacional no permita la incorporación de tal cláusula, pues de ser así, se impone su desacato, por violatorio del orden público internacional, al estar en contravención con el bloque del *ius cogens*.

En quinto lugar, nuestra Constitución dispone en su artículo 154 que: «Los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el presidente o presidenta de la República...», consagrando de esta forma el control legislativo de los instrumentos internacionales, pero exceptuando del mismo, por expresa disposición constitucional de ese artículo 154, a aquellos tratados internacionales, comprendidos en uno de los siguientes supuestos:

i. «... aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República...», las cuales, por ejemplo, podrían haber estado previstas en un tratado anterior, que fue objeto de control legislativo.

ii. Los tratados internacionales mediante los cuales se apliquen «... principios expresamente reconocidos...» por la República; esos principios se encuentran, en primer lugar, en nuestra Carta Magna, y como lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, impregnan todo el articulado constitucional, pero concretamente, se encuentran en su título I, correspondiente a sus principios fundamentales, y son, entre otros: «... la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional» (artículo 1); «... la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos...» (artículo 2); la paz (artículo 3), etcétera.

iii. Los tratados internacionales mediante los cuales se trate de: «... ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales...», como por ejemplo, en el caso del Estado venezolano, un convenio internacional cuyo objeto sea la compra-venta de petróleo, con algún Estado con el cual tal actuación sea recurrente.

iv. Los tratados internacionales mediante los cuales se ejerzan «... facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo nacional...», que serán mayores o menores, dependiendo de la concentración del poder en manos del Ejecutivo, es decir, de la mayor centralización o descentralización que exista, y de los grados de participación popular que se establezcan, inexorablemente asociados a un mayor o menor perfeccionamiento de la democracia.

A nuestro juicio, esos cuatro supuestos antes mencionados, considerados por algunos sectores doctrinarios como acuerdos en forma simplificada, cuya necesaria sumariedad se hace prevalecer por sobre el control legislativo de la Asamblea Nacional, y los cuales estaban establecidos de manera exacta en la Constitución de la República de Venezuela de 1961³, constituyen un arma de doble filo, pues, como se evidencia de su regulación, algunos resultan ambiguos, muy amplios e indeterminados, y no obstante, respecto a esos tratados internacionales, no se ejerce el control legislativo mediante ley aprobatoria por parte del órgano del Estado que –al menos en teoría– debe ejercer la representación del pueblo, como es el caso de la Asamblea Nacional, como ocurrió con el Acuerdo de Ginebra para Resolver la Controversia entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre la Frontera entre Venezuela y Guayana Británica, el cual, a pesar de su importancia, entró en vigor solo con su firma, por disposición expresa de su cláusula VII⁴.

Igualmente, resulta importante señalar que las leyes que aprueben tratados internacionales no podrán ser sometidas a referendo aprobatorio, por expresa disposición constitucional del tercer aparte, del artículo 74.

En sexto lugar, previo a la ratificación del tratado internacional, el numeral 5, del artículo 336 de la Constitución, dispone lo siguiente:

Artículo 336.- Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: (...) 5. Verificar, a solicitud del presidente o presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la

³ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 662 extraordinario, de 23-01-61, y sus Enmiendas N.ºs 1 y 2, fueron publicadas en la *Gaceta Oficial* N.º 1585 extraordinario, de 11-05-73.

⁴ El Acuerdo de Ginebra fue publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 28 008, del 15-04-66, y registrado por Venezuela el 05-05-66, en la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas, bajo el N.º I-8192.

conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República, antes de su ratificación...

Con esa disposición, la cual constituye, a nuestro juicio, un logro fundamental novedoso de nuestra actual Constitución, se consagra el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, antes de su ratificación por el presidente de la República. No obstante:

i. Al menos desde una perspectiva estrictamente apegada al texto constitucional, quedarían exentos de este control previo de constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional los acuerdos en forma simplificada, que no requieren de la ratificación del presidente de la República, y que entran en vigor solo con su firma.

ii. La legitimación activa para el ejercicio de ese control previo de constitucionalidad, por disposición constitucional expresa, solo la tiene el presidente de la República o la Asamblea Nacional. Sin embargo, en nuestro criterio, y en armonía con las disposiciones de la Carta Magna, nada debería impedir que la Sala Constitucional ejerza tal control de oficio, como máxima garante de la Constitución y de las leyes, de acuerdo a los artículos 334 y 335 constitucionales, reafirmados y desarrollados por su jurisprudencia.

iii. A nuestro juicio, no resulta ajustado a Derecho que ese control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales sea simplemente una atribución —y no un deber—, que la Sala Constitucional pueda o no ejercer, a pesar de que le sea solicitado por el presidente de la República o por la Asamblea Nacional, pues ello debilita tal contraloría.

En séptimo lugar, los tratados internacionales están sometidos al control por parte del Poder Ejecutivo, mediante la ratificación del presidente de la República.

En octavo lugar, deberá producirse el intercambio de las ratificaciones, en el caso de tratados bilaterales, o el depósito de las mismas, en el supuesto de tratados multilaterales.

En noveno lugar, luego de su entrada en vigor, los tratados internacionales se transmitirán a la Secretaría de las Naciones Unidas, para su registro, archivo e inscripción, según el caso, y para su publicación en dicha Secretaría, lo cual se encuentra avalado por el artículo 80 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pero la ausencia del referido registro no produce como efecto jurídico que el tratado no sea válido, sino que no podrá ser invocado ante ningún órgano de las Naciones Unidas, por disposición expresa del artículo 102 de su Carta constitutiva⁵.

Finalmente, no podemos dejar de señalar el control popular respecto a los tratados internacionales, que contempla, de manera innovadora, el aparte único, del artículo 73, de la Constitución, conforme al cual:

Artículo 73.- (...) Los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, podrán ser sometidos a referendo por iniciativa del presidente o presidenta de la República en Consejo de Ministros; por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes de la Asamblea; o por el quince por ciento de los electores o electoras inscritos e inscritas en el Registro Civil y Electoral.

Algunas reflexiones respecto a este precepto son las que siguen:

i. Si existe la más mínima posibilidad de que un tratado pudiese comprometer la soberanía nacional, lo más lógico y ajustado a Derecho, es que

⁵ Firmada el 26-06-45, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional.

el Estado, y concretamente, el Ejecutivo nacional, que es el que dirige las relaciones internacionales de la República, realice todo lo necesario para evitar que ese acuerdo produzca efectos en nuestro país, y no que exista la potestad discrecional –evidenciada por el término «podrán» del artículo 73–, de que ese tratado sea sometido a referendo.

ii. Se impone el deber de educar mucho más a la población, para que en supuestos como los que establece el anterior precepto, cuente con los conocimientos necesarios tanto para empoderarse de la legitimación activa que dispone el artículo 73 como para ejercer con conciencia y sin manipulaciones, su rol de elector en un referendo de tanta trascendencia.

Conclusiones

El régimen jurídico-constitucional de los tratados internacionales, desde la perspectiva del Estado venezolano, reclama su enseñanza pedagógica primaria y principal, a partir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y de manera complementaria, con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pues solo de esa forma logremos tener el conocimiento primigenio de la forma como se celebran y se han celebrado tales instrumentos en nuestro país, lo cual constituye una herramienta esencial para su comprensión crítica, en nuestra Universidad Central de Venezuela, como casa que vence y debe seguir venciendo la sombra, en un contexto internacional complejo que nos exige ser ciudadanas y ciudadanos conscientes y empoderados de los controles ejecutivo, legislativo, judicial y popular, con los que contamos constitucionalmente, para no ser sorprendidos, ni manipulados, cuando nos soliciten fijar posición al respecto.

Marginalia sobre la gestión integral de los residuos y desechos sólidos en Venezuela

Marginalia on the comprehensive management of solid waste in Venezuela

Edison Lucio VARELA CÁCERES

Resumen: El autor realiza unos breves comentarios sobre la gestión integral de los residuos y desechos sólidos en el ordenamiento jurídico venezolano. En concreto, alude a las distintas fases de gestión integral de los residuos y desechos sólidos, de seguida comenta algunos aspectos aparentemente controversiales sobre competencias de los entes estatales y municipales, la participación privada, las tasas y tarifas, la armonización tributaria y una reciente sentencia. **Palabras clave:** residuo, desecho sólido, gestión integral, competencia, tasa, tarifa, armonización tributaria. Recibido: 30-03-24. Aprobado: 28-04-24.

Abstract: *The author makes some brief comments on the comprehensive management of solid waste in the Venezuelan legal system. Specifically, he alludes to the different phases of comprehensive management of solid waste, then comments on some apparently controversial aspects regarding the powers of state and municipal entities, private participation, rates and tariffs, tax harmonization and a recent judgment. **Keywords:** solid waste, comprehensive management, competition, rate, tariff, tax harmonization.*

Marginalia sobre la gestión integral de los residuos y desechos sólidos en Venezuela

Edison Lucio VARELA CÁCERES*
Revista FCJP, ISSN 0798-4456, ISSN-e 3007-4436,
N.º 140, 2024, pp. 191-213.

«Al adquirir libros he procurado siempre que tuvieran amplios márgenes, no tanto por amor a los bellos volúmenes como por la facilidad que ofrecen para anotar allí los pensamientos que sugieren, coincidencias o desacuerdos de opinión o breves comentarios críticos en general»

Edgar Allan POE «*Marginalia*»¹

SUMARIO: Introducción 1. Las fases de la gestión integral de los residuos y desechos sólidos 2. Aspectos aparentemente controversiales 2.1. La competencia en materia de disposición final 2.2. La competencia de los municipios en materia de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos y desechos sólidos es concurrente o exclusiva 2.3. La participación del sector privado en la gestión integral de residuos y desechos sólidos 2.4. Las tasas y tarifas por gestión integral de los residuos y desechos sólidos 2.5. La armonización de las potestades tributarias en materia de gestión integral de residuos

* **Universidad de Los Andes** (Mérida-Venezuela), Abogado *Cum Laude*. **Universidad Central de Venezuela** (Caracas-Venezuela), Especialista en Derecho de la Niñez y de la Adolescencia; Profesor Asistente de Derecho Civil I Personas. **Universitat de Barcelona** (Barcelona-España), Máster en Derecho de Familia e Infancia. **Universidad Metropolitana** (Caracas-Venezuela), Profesor de Derecho Civil. **Universidad Católica Andrés Bello** (Caracas-Venezuela), Doctor en Derecho.

¹ *Vid. Ensayos y críticas* (Caracas: El Perro y La Rana, 2008), p. 131.

*y desechos sólidos 2.6. La sentencia N.º 209/2024 de la Sala
Político-Administrativa* **Conclusiones**

Introducción

Se denomina *marginalia* a aquellos comentarios que el lector escribe en los bordes de un libro que posa sobre sus ojos. Son famosas las que nos obsequió POE. En este caso, tal noción nos ha sugestionado para ofrecer unas puntuales ideas que se han formado en el ejercicio profesional en el cual se han evacuado algunas consultas y que aquí se ofrecen con fines de coadyuvar a la comprensión de esta temática.

En efecto, cuando se pone el foco en el tema de los servicios de aseo, lo primero que salta a la vista es la intervención de un conjunto de entes públicos y privados que al mismo tiempo varían entre un municipio a otro. Tal situación que, si se quiere ser gráfico, podría calificarse de caótica, responde a una distribución competencial que efectúa la Ley de Gestión Integral de la Basura², pero en la cual ha operado cierta improvisación al momento de diseñar el instrumento legal y otro tanto al hecho de que todavía pervive una transitoriedad aunque ya ha transcurrido más de una década de la entrada en vigencia del referido instrumento legal.

Lo cierto es que el tema de la «basura» es un aspecto sensible para los ciudadanos, en el sentido de que padecen sus estragos en caso de deficiente prestación de servicio, pero la mayoría de las personas –y lamentablemente muchos operadores jurídicos– desconocen a quién deben dirigir sus reclamos o a quiénes les compete responder a los mismos.

En tal sentido, este opúsculo aspira examinar las disposiciones jurídicas que regulan el asunto a los fines de desbrozar el sendero y se comprenda

² Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6017 extraordinario, de 30-12-10.

con precisión cómo está estructurada la gestión integral de los residuos y desechos sólidos, aunque en líneas generales.

En concreto, se indican las fases que conforman la gestión integral de los residuos y desechos sólidos, así como a quién competen y algunas distorsiones que han surgido de la errónea interpretación de las normas jurídicas que rigen el asunto.

1. Las fases de la gestión integral de los residuos y desechos sólidos

Lo primero a dilucidar en el tema de la basura, normalmente identificado como «aseo urbano y domiciliario», es que no se limita a una sola actividad, sino que la integran un conjunto de fases desarrolladas por diversos sujetos que en conjunto persiguen su gestión integral.

Así, la Ley de Gestión Integral de la Basura alude a diversas «fases de manejo» que inician con la generación de los residuos y debería concluir con la disposición final de los desechos sólidos (artículo 5). Ahora bien, de un paso a otro hay varias fases de manejo perfectamente individualizadas que pueden no estar atribuidas a los mismos sujetos; de allí el interés de individualizarlas, a saber:

i. Generación: sobre la cual se fijan deberes a las personas naturales y jurídicas que producen los residuos y desechos sólidos con el propósito de minimizarlos y, en contraste, maximizar el aprovechamiento (artículo 34 de la Ley de Gestión Integral de la Basura). Así como las medidas paliativas que deben tomar los fabricantes, distribuidores e importadores de mercancías para disminuir la generación de residuos por el consumidor final a través de lo que se ha denominado «responsabilidad extendida» (artículos 35, 36 y 38 *eiusdem*).

ii. Limpieza de los espacios públicos: es la actividad de barrido y lavado de áreas públicas, que se relaciona con el ornato y la prestación de servicios de turismo local, patrimonio histórico, el disfrute de parques, plazas y sitios de recreación, que para su uso por la colectividad requieren que se encuentren aseados y libre de residuos y desechos sólidos³. Compete a los municipios por disposición constitucional (artículo 178.4, en concordancia con el artículo 56.2.d de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y el artículo 9.3 de la Ley de Gestión Integral de la Basura).

iii. Almacenamiento: alude a las actividades de acopio de los residuos y desechos sólidos en sitios apropiados desde el punto de vista ambiental y sanitario (artículo 45 de la Ley de Gestión Integral de la Basura). En concreto, el empleo de contenedores adecuados, determinación de los sitios de ubicación e identificación de recipientes destinados a la recuperación o reciclaje. Es una actividad compartida entre los generadores que deben cumplir con las disposiciones técnicas sobre el acopio y los entes encargados de la recolección.

iv. Recolección y transporte: son dos actividades imbricadas y unas de las fases más sensibles, pues es sobre las cuales la colectividad efectúa

³ Al respecto comenta Freddy Alberto MORA BASTIDAS, «La recolección de desechos sólidos. Los errores en la gestión pública municipal y la distorsión en la noción de “buena administración”. Caso: municipio Libertador del estado bolivariano de Mérida», *Revista Derecho y Reforma Agraria, Ambiente y Sociedad* 43 (2017): p. 36, que la idea es crear «una gestión descentralizada, para cumplir de manera eficaz y eficiente con la prestación del servicio de la limpieza y de recolección de desechos para minimizar el impacto ambiental, contrarrestar tanto los problemas de salud como de la contaminación, pues, ante la omisión o la deficiente prestación de este servicio, puede ello incrementar el riesgo ambiental, que afectaría no solo a la población más vulnerable, sino a todos los miembros de la localidad». *Cfr.* Evelyne RIVAS SUÁREZ, «La tributación ambiental para el manejo de desechos sólidos en el Municipio Libertador, Estado Mérida, Venezuela», *Provincia* 32 (2014): p. 111, «los problemas ambientales vienen siendo asumidos por los gobiernos locales, porque estos permiten de manera fácil acceso y rápida solución».

mayores reclamos. Consiste en el retiro continuo de los residuos y desechos sólidos de los lugares de acopio en vehículos adecuados para la manipulación de los mismos y el respectivo transporte hasta su destino, que puede ser un sitio de tratamiento, transferencia o disposición final. Está asignada al municipio (artículo 178.4 de la Constitución, en concordancia con los artículos 56.2.d y 68 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y el artículo 9.3 de la Ley de Gestión Integral de la Basura)⁴.

v. Transferencia: corresponde a una actividad intermedia mediante la cual se reciben los residuos y desechos sólidos en instalaciones adecuadas para la compactación y el trasbordo para así optimizar su tratamiento o traslado hasta el sitio de disposición final. La actividad es atribución de los Estados (artículo 8.1 de la Ley de Gestión Integral de la Basura).

vi. Tratamiento: son actividades mediante las cuales se disponen de instalaciones adecuadas para la transformación de las características físicas, químicas o biológicas de los residuos sólidos, mediante procesos diseñados

⁴ No obstante, con motivos políticos –caso de «las guarimbas»–, a través de un fallo la Sala Constitucional se arrebató cautelarmente las competencias del municipio para concedérsela a la gobernación en una acción de amparo por derechos e intereses colectivos o difusos: «... en aras de garantizar los derechos constitucionales a la salud, a la vida y a la integridad física, así como preservar la prestación permanente, oportuna y eficaz de los referidos servicios públicos acuerda, como medida cautelar, hasta tanto se decida el fondo del presente asunto, que la Gobernación (...) ejercerá la prestación en forma directa de los servicios de aseo urbano y domiciliario (...) en el Municipio Maracaibo de ese Estado, comprendiendo ello la recaudación de las tasas correspondientes a la prestación de los mismos, pudiendo valerse para tales fines de los convenios que considere necesarios y viables con otras instituciones públicas o privadas, así como establecer las coordinaciones que considere pertinentes con el Ministerio del Poder Popular para Ecosocialismo y Aguas, como ente rector en materia ambiental. Para el cumplimiento de tales fines, la Gobernación del Estado Zulia asumirá la dirección del Instituto Municipal de Aseo Urbano (...) del Municipio Maracaibo (...) así como el manejo y administración del personal, materiales y equipos afectos a la prestación de los aludidos servicios» (TSJ/SC, sent. N.º 538, de 12-07-17).

para eliminar el carácter nocivo de los mismos, a los fines de facilitar su aprovechamiento o reciclaje (artículo 53 de la Ley de Gestión Integral de la Basura)⁵. Esta actividad está asignada al municipio (artículo 178.4 de la Constitución, en concordancia con el artículo 56.2.d de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal). En todo caso, los Estados pueden «Participar en el aprovechamiento de residuos, mediante la creación de empresas de propiedad colectiva, conjuntamente con las comunidades organizadas» (artículo 8.2 de la Ley de Gestión Integral de la Basura).

vii. Disposición final: actividad en la cual se dispone de un sitio e instalaciones adecuadas para depositar desechos sólidos de forma definitiva, eliminándolos o confinándolos, disminuyendo el impacto ambiental. Competencia atribuida a los Estados (artículo 8.1 de la Ley de Gestión Integral de la Basura).

2. Aspectos aparentemente controversiales

En el desarrollo práctico de las diversas etapas de la gestión integral de los residuos y desechos sólidos se han observado algunos temas que podría ser conflictivos, aunque solo aparentemente. Veamos:

2.1. La competencia en materia de disposición final

Lo primero a dilucidar es a quién compete el tema de la disposición final como etapa de la gestión integral de los residuos y desechos sólidos.

Al respecto, nada dice expresamente la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues el texto supremo se limita a indicar que al

⁵ En todo caso, vale aclarar que seguimos una acepción restringida del término técnico «tratamiento» para limitarlo a los aspectos asociados a la aplicación de técnicas industriales para el aprovechamiento de los «residuos» sólidos con fines de su reuso o reciclaje. Una acepción más amplia incluiría las actividades que se ejecutan en los rellenos sanitarios, donde los «desechos» sólidos son tratados para su disposición final de forma segura.

municipio le compete exclusivamente el tema del aseo urbano y domiciliario, comprendidos los servicios de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos (artículo 178.4).

Ahora bien, indica la Constitución que los Estados, entre otras atribuciones, tienen competencias exclusivas para la administración de sus bienes, creación de servicios públicos estatales y una competencia residual sobre todos aquellos asuntos que no estén asignados expresamente al Poder Público Nacional o Municipal (artículo 164, numerales 3, 8 y 11).

Por tanto, es fácil concluir que lo referente a la transferencia y disposición final como fases especializadas y técnicas de la gestión integral de los residuos y desechos sólidos corresponde a una competencia residual. Y por ello, la Ley de Gestión Integral de la Basura indica que es competencia de los Estados prestar los servicios de transferencia y disposición final (artículo 8.1).

Ahora bien, antes de la sanción de la Ley de Gestión Integral de la Basura (2010), la Ley sobre Residuos y Desechos Sólidos⁶ establecía que la competencia sobre todas las fases de manejo correspondía a los municipios (artículo 14.1), en concreto señalaba:

Artículo 68.- Es responsabilidad del municipio la disposición final de los residuos y desechos sólidos generados en su jurisdicción, así como su administración y control.

Como se aprecia, la Ley de Gestión Integral de la Basura modificó la competencia que pasó de los municipios a los Estados, ello en parte motivado a que no todos los municipios demandaban poseer un sitio de disposición final dentro de su jurisdicción, pues, según su distribución

⁶ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 38 068, de 18-11-04.

territorial y población, podían varios municipios emplear un mismo relleno sanitario. Así, por ejemplo, el estado Mérida posee 23 municipios, pero en su territorio funcionan solo tres sitios de disposición final⁷.

Ahora bien, para materializar la modificación competencial que efectuó la Ley de Gestión Integral de la Basura se estableció una disposición transitoria –la cuarta– según la cual los municipios directamente o a través de terceros debían «continuar con la operación de los sitios de transferencia y disposición final (...) hasta tanto los órganos o entes estatales puedan asumir su ejecución».

Lo anterior es la razón de por qué todavía existen alcaldías que se encuentran administrando rellenos sanitarios⁸, pues, al ser este un servicio de carácter público e interrumpido, no puede detenerse su prestación de servicios en espera de que la Gobernación lo asuma como lo ordena la Ley. El problema reside en lo que expresa con claridad LÓPEZ ROA:

... existe una desinformación por parte del Estado, pues el usuario piensa equivocadamente que al pagar a la municipalidad el servicio de recolección está cubriendo el pago del servicio de disposición final, cuando lo cierto es que son servicios distintos, con costos distintos, que implican un pago individual⁹.

⁷ Según comentan FRANCISCO ALFARO PAREJA *et al.*, «Propuestas para el manejo integrado de los residuos sólidos en el Área Metropolitana de Caracas (AMC)», *Revista Politeia* 38, 55 (2015): p. 12, en Área Metropolitana de Caracas, compuesta por 5 municipios, solo hay un relleno sanitario.

⁸ *Cfr.* Juan Carlos LÓPEZ ROA, «La disposición final de residuos y desechos sólidos en Venezuela y su régimen económico», *Provincia* 38 (2017): p. 47, «los gobiernos regionales no han asumido la competencia, bien sea porque aún la siguen prestando las mancomunidades o municipios amparados en la Disposición Transitoria Cuarta».

⁹ *Ibíd.*, p. 48.

Como corolario, la disposición final de desechos sólidos es una competencia estatal, así como la transferencia, no obstante en los supuestos donde la entidad Estatal no haya asumido la competencia que le asigna la Ley de Gestión Integral de la Basura, los municipios –individualmente u organizados en mancomunidades– serán los encargados transitoriamente de prestar el servicio de disposición final de los desechos sólidos que generen las personas naturales y jurídicas dentro de su jurisdicción, todo, se subraya, con carácter transitorio.

2.2. La competencia de los municipios en materia de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos y desechos sólidos es concurrente o exclusiva

Como es por todos conocido, la República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal y descentralizado (artículo 4 de la Constitución) que distribuye las competencias entre los diversos poderes públicos y que promueve la descentralización¹⁰.

Entre las formas de descentralización incorpora como novedad las denominadas «leyes de bases» nacionales y «leyes de desarrollo» estatales (artículo 165). Pero los textos normativos de desarrollo dictados por los Consejos Legislativos no se requieren para todo tipo de competencia que posea el Estado, sino únicamente para el supuesto de «competencias concurrentes», es decir, donde exista una intervención compartida entre el Poder Nacional y el Estatal, pues las leyes de bases fijarán el límite nacional y las transferencias si fuera el caso del ámbito competencial a nivel nacional y, de acuerdo con dicho marco normativo, cada Estado dictará la ley mediante el cual desarrollará su propia competencia.

¹⁰ Vid. Edison Lucio VARELA CÁCERES, «El concepto de federalismo cooperativo y su influencia en la forma del Estado venezolano», *Revista de Derecho Público* 163-164 (2021): pp. 171-187.

La doctrina nacional ha sostenido que el origen de las leyes de bases y leyes de desarrollo se ubica en la Constitución española, que sirvió de fuente de inspiración a nuestro precepto constitucional, siendo que «su finalidad exclusiva es tornar operativa la modalidad de la descentralización territorial derivada de las competencias concurrentes que la Constitución atribuye al Poder Nacional y a los estados»¹¹.

Así, *exempli gratia*, al analizar los antecedentes históricos de la figura comentada, ella no opera en materia de servicios de «disposición final de los residuos y desechos sólidos», pues esta actividad por su naturaleza no es una competencia «concurrente», sino «exclusiva» de los Estados, por tanto, no demanda su regulación por ley de desarrollo. Aunque lo anterior no impide que el Consejo Legislativo legisle sobre esta materia, pues la atribución legislativa la posee sobre cualquier competencia estatal (artículo 162.1 de la Constitución), lo que sí es verdad es que no se requiere una «ley de desarrollo».

Ahora bien, el planteamiento de este epígrafe surge en razón de que HERRERA ORELLANA sostiene que de acuerdo con los artículos 156.23 y 178.4, de la Constitución:

... el Poder Nacional tiene competencias en materia ambiental, al igual que los Municipios cuentan con tales competencias en el ámbito de su jurisdicción o territorio, lo que nos coloca en el ámbito de las llamadas competencias concurrentes (...) esta materia

¹¹ José PEÑA SOLÍS, «Aproximación al proceso de descentralización delineado en la Constitución de 1999», en *Estudios de Derecho público. Libro homenaje a Humberto J. La Roche*, F. PARRA ARANGUREN, editor (Caracas: TSJ, 2001), vol. II, p. 263. *Vid.* Luis Alfonso HERRERA ORELLANA, «Autonomía y competencias concurrentes en la federación descentralizada venezolana (con especial referencia a las leyes de base y a las leyes de desarrollo)», *Revista de Derecho* 18 (2005): p. 30.

de competencia concurrente según la Constitución, como lo es la de residuos y desechos sólidos no peligrosos...¹².

Lo anterior obligaría –en su opinión– a que la Ley de Gestión Integral de la Basura «indudablemente, regula una materia de competencia concurrente entre la República y los municipios»¹³ que, por tanto, debió efectuarse a través de una ley base.

Sin embargo, no se está de acuerdo con la anterior posición, pues, a nuestro juicio, consideramos que las competencias que detentan los municipios en materia de limpieza, de recolección y tratamiento de residuos sólidos es «exclusiva» y, en consecuencia, no puede ser ejercida por otro ente estatal o nacional, pues simplemente estaría usurpando atribuciones constitucionales. Al no existir concurrencia, tampoco sería necesaria una ley base que regule la distribución de las atribuciones compartidas y, tampoco, una «ordenanza de desarrollo», como lo sugiere el autor citado.

2.3. La participación del sector privado en la gestión integral de residuos y desechos sólidos

Siendo la República Bolivariana de Venezuela un Estado federal, es lógico que se incorporaran diferentes vías para promocionar la descentralización entre los niveles del Poder Público, pues la idea medular es acercar «el poder a la población (...) para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales» (artículo 158 de la Constitución), creándose «mecanismos abiertos y flexibles» para que los estados y municipios transfieran la gestión de los servicios a las comunidades y entes organizados (artículo 184 de la Constitución).

¹² Luis Alfonso HERRERA ORELLANA, «Competencias concurrentes y autonomía municipal en la Ley de Gestión Integral de la Basura», *Erga Omnes Revista Jurídica* 7 (2011): pp. 267 y 272.

¹³ *Ibíd.*, p. 266.

Los sujetos que pueden participar –según la Constitución– son diversos, a saber: comunidades, grupos vecinales, asociaciones vecinales, organizaciones no gubernamentales, cooperativas, cajas de ahorro, mutuales, fórmulas de cogestión, cooperativas, empresas comunales y otras formas asociativas (artículo 184). Siendo el elemento clave la demostración de la capacidad operativa y financiera para poder prestar el servicio adecuadamente.

Entre los mecanismos concretos de participación en la prestación de un servicio público descentralizado se ubican: la contratación pública, la concesión, la creación de empresas mixtas o conjuntas, conformación de conglomerados de empresas, alianzas estratégicas, entre otras.

En dicho orden de ideas, el sector privado puede ofrecer fortalezas que, a la larga, faciliten el financiamiento de proyectos estratégicos, la transferencia de tecnología y la mejora de la infraestructura regional o local.

Debido a la complejidad tecnológica y a los recursos económicos que la gestión integral de residuos y desechos sólidos demanda para su adecuado desarrollo¹⁴, el legislador al momento de regular esta materia, a través de la Ley de Gestión Integral de la Basura (artículos 8.1, 17 y 18), dejó claro la intervención de la empresa pública y privada en la prestación de los servicios, lo cual dependerá en definitiva de las particularidades y necesidades de cada región.

¹⁴ Vid. ALFARO PAREJA *et al.*, «Propuestas para el manejo integrado de los residuos sólidos en el Área Metropolitana de Caracas (AMC)», p. 9, «Las inversiones para el mantenimiento de la operatividad de la flota son de tal magnitud, que resulta difícil sostener bajo los esquemas de autogestión promovidos en los últimos años». Por lo anterior, RIVAS SUÁREZ, «La tributación ambiental para el manejo de desechos sólidos en el Municipio Libertador, Estado Mérida, Venezuela», p. 111, comenta «se debe asumir el compromiso y romper con los viejos paradigmas y abocarse al nuevo institucionalismo interactuando a bien de la sociedad, lo público y lo privado. Esto implica el desarrollo de nuevas formas de intervención del Estado y sociedad (sociedad civil o sector privado) en circunstancias actuales, cuyas modalidades van a variar según el país, la ciudad y el servicio».

Así pues, se establece que los servicios públicos asociados a las diferentes fases de manejo, como podrían ser la transferencia y disposición final de desechos sólidos, sean ejecutados directamente por el Ejecutivo estatal —o la alcaldía si mantiene la competencia «transitoriamente»—, así como la limpieza, recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos por el municipio —por mandato constitucional—. Ello puede ser a través de uno de sus órganos desconcentrados o descentralizados funcionalmente —empresa pública estatal—¹⁵.

Ahora bien, también, pueden intervenir directamente las personas privadas, tales como: asociaciones cooperativas, empresas privadas, empresas comunitarias y otros entes, pues lo cierto es que se debe promover como principios la «desconcentración», «participación», «corresponsabilidad», «cooperación» y «flexibilidad para adaptarse a las particularidades y necesidades regionales» (artículo 10 de la Ley de Gestión Integral de la Basura). Además, es deber del Estado incentivar que el sector comunitario y privado participe en los servicios de manejo integral de residuos y desechos sólidos (artículos 12.3 y 104 *eiusdem*).

Corolario, los servicios públicos asociados con las distintas fases de manejos de residuos y desechos sólidos pueden ser prestados perfectamente, por ejemplo, por una empresa con capital privado según la modalidad de

¹⁵ MORA BASTIDAS, «La recolección de desechos sólidos», p. 41, «Para poder cumplir con el gobierno y la administración de sus competencias, el Municipio debe ejercer la potestad organizativa y utilizar la desviación de competencia (creación de un ente descentralizado con forma de Derecho público o descentralizado con forma de Derecho privado), cumpliendo con lo establecido en el artículo 72 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal; es decir para crear un instituto autónomo solo podrá realizarse dada la iniciativa reservada y debidamente motivada del alcalde o alcaldesa, mediante ordenanza. La creación de sociedades, fundaciones o asociaciones civiles municipales, por su parte, la dispondrá el alcalde, o la alcaldesa, mediante decreto con autorización del Concejo Municipal, constando el procedimiento, para ambos casos, con la opinión previa del síndico procurador y del contralor municipal».

asociación que se convenga con el ente estatal o municipal encargado de su administración, delegación que atenderá a las particularidades y necesidades de la localidad donde se presta el servicio, siempre que se busque como objetivo realizar la gestión integral de los residuos y desechos sólidos de «forma sanitaria y ambientalmente segura».

2.4. *Las tasas y tarifas por gestión integral de los residuos y desechos sólidos*

En todos los casos, ya sea que en el servicio de gestión integral de los residuos y desechos sólidos participe un ente estatal, municipal o un ente privado –comunitario o empresarial– es necesario la fijación del «costo» del servicio, pues todo generador está obligado a pagar por las prestaciones que recibe por manejo de sus residuos y desechos sólidos (artículo 81 de la Ley de Gestión Integral de la Basura)¹⁶.

Ahora bien, si el servicio –por ejemplo, de disposición final de desechos sólidos– lo suministra directamente un ente público, se debe regular la respectiva «tasa» como costo por el servicio debidamente prestado¹⁷.

¹⁶ Vid. LÓPEZ ROA, «La disposición final de residuos y desechos sólidos en Venezuela y su régimen económico», p. 47, «la prestación de dichos servicios tiene como contrapartida obligatoria, el pago de la tasa que corresponda, en función de los costos, características y cuantía de los residuos y desechos cuya operación involucre, atendiendo a los principios de equidad, equivalencia y capacidad económica del causante». Por su parte, ALFARO PAREJA *et al.*, «Propuestas para el manejo integrado de los residuos sólidos en el Área Metropolitana de Caracas (AMC)», p. 12, resaltan «es fundamental que las alcaldías desarrollen una estrategia comunicacional para informar a la población acerca de la situación del servicio, la relación con las empresas y la insostenibilidad de los costos subsidiados».

¹⁷ En el caso de España, René Javier SANTAMARÍA ARINAS, *El régimen jurídico de los vertederos de residuos. Estudio jurisprudencial* (Madrid: Civitas, 1998), pp. 39 y 40, apunta «es el productor quien responde de los residuos que genera», siendo que el servicio público de gestión de residuos «ha de sostenerse con recursos públicos para lo cual (...) la Ley habilitaba a los municipios para establecer específicas tasas –figura tributaria que, como es sabido, tiende al autofinanciamiento de los gastos ocasionados por el servicio en todos los conceptos– sin perjuicio de otros posibles ingresos

En el supuesto de que el servicio lo ejecute un ente privado, al ya no tener carácter tributario, corresponde fijar la respectiva «tarifa», que no es otra cosa que la contraprestación por el servicio prestado pero por un particular.

Muchos operadores jurídicos tienden a emplear los vocablos tasa y tarifa como sinónimos, pero hay claras diferencias. La principal es que la tasa la cobra únicamente el Estado y corresponde a un tipo de tributo que implica la contraprestación por un servicio público que recibe el contribuyente. Por su parte, la tarifa también es una contraprestación por servicio, pero que el ciudadano o beneficiario recibe de un ente privado y por ello escapa del ámbito tributario, rigiéndose por otras reglas.

Ahora bien, el importe que se recibe por la prestación de un servicio posee idénticas reglas de determinación –salvo lo referente al principio de legalidad que solo opera en materia tributaria–, pues, como ha señalado la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en jurisprudencia pacífica:

... las prestaciones que realizan los particulares en retribución de un servicio tienen siempre la naturaleza jurídica de un precio, ya sea que el servicio se preste por un particular o por el Estado en régimen de libre competencia. Lo que el Estado percibe como contraprestación del bien que suministra en su calidad de prestador de un servicio no puede tener jurídicamente otra naturaleza que la del precio, idéntica a la de los precios que el consumidor paga a un productor de servicios privado...

Luego, si el servicio público es prestado por un concesionario mediante cualquier forma de gestión indirecta, se está en presencia de una tarifa o «precio privado», el cual es el pago realizado por

provenientes de la asistencia obligada de las demás Administraciones Públicas por tratarse de un servicio municipal de carácter esencial y, en fin, de la adopción de fórmulas asociativas que pudieran reportar beneficiosas economías de escala».

el usuario del servicio público al concesionario por la utilización y prestación de dicho servicio...

... es claro para esta Sala Político Administrativa Accidental que la tasa difiere de la figura de la tarifa, por lo que mal podría señalarse que la tarifa y los precios tienen naturaleza jurídica tributaria¹⁸.

En síntesis, si el servicio lo presta directamente la alcaldía¹⁹ o la gobernación se estará ante una tasa; por otra parte, si el servicio lo suministra un tercero –ente de carácter privado no estatal– se estará ante una tarifa que deberá fijarse según ciertos criterios técnicos y una metodología²⁰, pero no exigirá que se aplique a este último concepto el principio de legalidad tributaria y sus controles.

2.5. La armonización de las potestades tributarias en materia de gestión integral de residuos y desechos sólidos

Recientemente, se dictó la Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios²¹ que

¹⁸ TSJ/SPA, N.º 1002, de 05-08-04, fallo reproducido por la misma Sala en sent. N.º 237, de 29-03-23.

¹⁹ De allí que la Ley de Gestión Integral de la Basura establezca, en su artículo 9, que los municipios deberán: «... 4. Regular, mediante ordenanzas, la gestión de los servicios de aseo público y domiciliario, incluyendo las tarifas, las tasas o cualquier otra contraprestación por los servicios, calculados sobre la base de sus costos reales y las previsiones establecidas en el respectivo Plan, conforme a los criterios establecidos por el Poder Público Nacional».

²⁰ ALFARO PAREJA *et al.*, «Propuestas para el manejo integrado de los residuos sólidos en el Área Metropolitana de Caracas (AMC)», p. 11, comentan: «De acuerdo con la información disponible, los sistemas tarifarios existentes se pueden calificar de obsoletos y complejos. No se concibe un sistema tarifario que no tome en cuenta las cantidades y naturaleza de los residuos generados en la unidad servida. En ninguno de los municipios participantes se cuenta con la mínima información requerida para establecer indicadores relacionados con este aspecto. Tampoco se dispone de la estructura de costos reales del servicio. Esta situación anula cualquier intento de sustentabilidad del servicio».

²¹ *Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6755 extraordinario, de 10-08-23.

aspira a fijar un orden en los esquemas tributarios que competen a los Estados y Municipios y como uno de los servicios que se incluyen dentro de la competencia estatal o municipal es todo lo referente a las diversas etapas de gestión de los residuos y desechos sólidos –entre los que se incluye recolección, transporte, transferencia y disposición final– un lector distraído pensaría que la referida Ley fija contornos concretos en cuanto a la regulación de la tasa por concepto de dichos servicios.

Empero, hay que aclarar de entrada que el instrumento legal únicamente establece líneas generales que serán precisadas en la «ley especial» (artículos 47.1 y 49.1), es decir, en la Ley de Gestión Integral de la Basura, que actualmente tampoco fija límites concretos²², por tanto, habrá que esperar que en materia tributaria se reforme la Ley y se incorporen los aspectos específicos para la determinación de las tasas y así lograr la armonización buscada²³.

Ahora bien, como se indicó en el epígrafe anterior, la tasa y la tarifa son figuras cercanas, pero disimiles, por lo tanto, la Ley Orgánica de

²² La referida Ley se limita a establecer un Consejo Nacional de Gestión Integral de los Residuos y Desechos –que a la fecha no se ha constituido–, que, según el artículo 16, le corresponde: «... 4. Emitir su opinión sobre uso de metodologías, fórmulas y modelos referenciales con criterios técnicos, para el cálculo y ajustes de las tarifas y tasas por los servicios de manejo de residuos y desechos sólidos». LÓPEZ ROA, «La disposición final de residuos y desechos sólidos en Venezuela y su régimen económico», p. 63, comenta: «ni la Ley Especial, ni el Ministerio de Ecosocialismo han establecido las pautas a seguir, respecto al método aplicable para fijar los criterios relativos al establecimiento de las tasas relacionadas con los servicios de transferencia y disposición final, a pesar de que es una competencia atribuida al Poder Nacional, a través del Consejo Nacional de Gestión Integral de los Residuos y Desechos».

²³ Lo anterior es ratificado en la Resolución mediante la cual se establecen las tablas de valores máximos aplicables a impuestos y tasas estatales y municipales (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6783 extraordinario, de 29-12-23), donde se omite aludir expresamente a cualquier tasa vinculada con gestión integral de residuos y desechos sólidos.

Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios no se aplica a los esquemas tarifarios por cuanto estos no son tributos, sino costos por servicios que prestan sujetos privados.

Recapitulando, la tarifa no tiene carácter impositivo y no está sujeta al principio de legalidad tributaria, tiene sus propias formas de precisión que tampoco es que sean arbitrarias por cuanto al representar el costo por la contraprestación del servicio –*exempli gratia* de disposición final– que recibe el generador, se deberían ponderar los criterios generales que establece el ordenamiento jurídico, a saber: «tipo, características y cantidad de los residuos y desechos», zonificación –inmuebles residenciales, industriales o comerciales–, así como los «costos reales», «cantidad de suscriptores», «garantizando la viabilidad financiera de las empresas prestadoras del servicio» (artículos 47.1 y 49.1 de la Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios, en concordancia con los artículos 77 y 78 de la Ley de Gestión Integral de la Basura).

Finalmente, en materia de tarifas, el ministerio competente en materia de ambiente podrá fijar parámetros y variables generales, por medio de normas técnicas, en el caso de las tasas es necesario que se establezcan tales criterios en una ley en atención al principio de legalidad (artículos 15.10 y 16.4 de la Ley de Gestión Integral de la Basura).

2.6. La sentencia N.º 209/2024 de la Sala Político-Administrativa

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa acaba de dictar un fallo²⁴ que se ha considerado controversial desde las redes sociales en razón de que el Máximo Tribunal consideró conforme a derecho el que las alcaldías puedan bloquear el acceso a las plataformas administrativas de gestión de los tributos municipales por incumplimiento

²⁴ TSJ/SPA, sent. N.º 209, de 02-05-24.

del contribuyente en el pago del servicio de aseo urbano. La decisión confirma varias premisas que se han sostenido anteriormente. A saber:

... toda la colectividad está en la obligación de colaborar con la higiene, la salud y la vida, a través del pago del servicio de aseo urbano...

... la tarifa a que se hace alusión está destinada a obtener los recursos necesarios para el sostenimiento del servicio público de aseo urbano en ese ente local, el cual es de vital importancia para la ciudadanía, cuyo pago deben realizar todos los usuarios del servicio...

... la naturaleza jurídica de dicha tarifa, el criterio jurisprudencial acogido de manera pacífica y reiterada²⁵ es que dicho importe se trata de un precio y no una tasa...

... la tarifa correspondiente al servicio de aseo urbano, no tiene carácter tributario cuando lo presta un concesionario...

En cuanto al aspecto controversial, la Sala señala:

... con el fin de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario, puede ejercer las acciones administrativas y judiciales para lograr que se cobre lo adeudado, se mantenga la regularidad y eficacia de tal servicio. De ahí que la actuación de la administración municipal se ciñó de manera estricta a la normativa vigente, con la finalidad de lograr el cumplimiento por parte de la actora de su obligación de pagar el servicio de aseo urbano...

Ahora bien, tal acción por parte de la Alcaldía podría considerarse, actualmente, contraria a la Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de

²⁵ Cita los siguientes precedentes: TSJ/SPA, sents. N.ºs 1002, de 05-08-04; 1129, de 27-06-07 y 237, de 29-03-23; TSJ/SC, sent. N.ºs 2166, de 14-09-04 y 1345, de 13-08-08.

las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios, que entre sus disposiciones persigue simplificar²⁶ los trámites tributarios, como por ejemplo:

Artículo 12.- Supresión de obstáculos al desarrollo económico. Los estados y municipios deberán, a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, identificar y disponer la supresión de requisitos y permisos que limiten, dificulten o tengan por efecto obstaculizar el ejercicio y normal desarrollo de la actividad económica y la iniciativa productiva.

En todo caso, lo que sí es cierto es que el cobro de los servicios asociados con las fases de manejo de residuos y desechos sólidos representan un verdadero reto por cuanto, a diferencia de otras prestaciones que proporcionan los municipios o Estados, los servicios de recolección o disposición final no pueden aislarse y dejarse de prestar a un contribuyente moroso, pues su individualización no llega a esos niveles, además del hecho de que se suman temas de salubridad y calidad de vida que no se pueden prescindir. De allí que ciertamente representa un verdadero reto el lograr el cobro del servicio y con ello mantener la viabilidad financiera del mismo.

Por lo anterior es que normalmente la gestión integral de residuos y desechos sólidos se ata a otro servicio a los fines de su recaudación o cobro, como, *verbi gratia* el servicio eléctrico o, en el caso de las alcaldías, que lo vincula a algún tributo municipal, que fue justamente lo que ocurrió en el caso dilucidado por la Sala Político-Administrativa.

Conclusiones

i. Los Estados poseen la competencia legal en materia de transferencia y disposición final de desechos sólidos, aunque la Ley de Gestión Integral

²⁶ *Vid.* Ley de Simplificación de los Trámites Administrativos, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 40 549, de 26-11-14.

de la Basura prevea que transitoriamente los municipios y mancomunidades puedan ejercer estas competencias si las gobernaciones no las han asumido oportunamente con su entrada en vigencia.

ii. Los Estados y los municipios pueden ejecutar directamente sus competencias en materia de gestión integral de residuos y desechos sólidos o delegarla a un tercero –principalmente una empresa privada– por medio de algún tipo de contratación.

iii. En el caso de que alguna de las fases de manejo de residuos y desechos sólidos lo preste un particular, el costo del servicio corresponde a una tarifa que se determinará según los parámetros y variables que la legislación establece como elementos de ponderación. En todo caso, no se consideran tasas ni tendrán carácter tributario.

iv. Es fundamental que se auxilien las Administraciones en los diversos mecanismos legales para optimizar el cobro de los servicios de recolección, transporte, transferencia o disposición final de residuos y desechos sólidos, pues solo así se podría garantizar la sustentabilidad del servicio y una prestación eficiente, partiendo de que es un deber de todo generador coadyuvar a minimizar el impacto ambiental que su actividad origina.

La «complicidad correspectiva»
en el ordenamiento penal venezolano:
ni complicidad ni correspectiva
«Correspective complicity» in the Venezuelan criminal
system: neither complicity nor correlative

Ángel ZERPA APONTE

Resumen: El instituto de la «complicidad correspectiva», artículo 424 del Código Penal venezolano es una figura paradójica del ordenamiento penal. Atiende más a un problema procesal, probatorio, que impide la real determinación de una verdad: quién, de los muchos que acudieron a matar o lesionar, fue el real causante de la muerte o de la lesión, de víctima singular o de plurales víctimas. Paradójico, porque la respuesta escogida por el legislador es la disminución de la responsabilidad penal a nivel sancionatorio, de todos los que intervinieron. Bajo una premisa lógica, racional, conduciría a la pregunta del porqué tal disminución de aspiración sancionatoria del Estado, si más bien la pluralidad de intervinientes en procura de la muerte de otro o de su lesión les generaría eficiencia comisiva y restaría defendibilidad a la víctima frente a la pluralidad de intervinientes.

Palabras clave: Coautoría penal, escasas probatoria. Recibido: 27-03-24. Aprobado: 24-04-24.

Abstract: «Co-respective complicity», 424, Venezuelan Penal Code is a paradoxical matter at the penal system. It is a procedural, evidentiary problem, which prevents the real determination of truth: who, of the many who came to kill and/or injure, was the real cause of the death or injury, whether singular victim or multiple victims. Law chooses the reduction of criminal responsibility at the sanctioning

level, of all those who intervened. Under a logical, rational premise, it would lead to the question of why such a decrease in the sanctioning aspiration, if the plurality of interveners seeking the death of another or their injury. It would generate commissive efficiency and would reduce the defensibility of the victim having plurality of participants. **Keywords:** Criminal prosecution and lack of evidence.

La «complicidad correspectiva» en el ordenamiento penal venezolano: ni complicidad ni correspectiva

Ángel ZERPA APONTE*

Revista FCJP, ISSN 0798-4456, ISSN-e 3007-4436,
N.º 140, 2024, pp. 215-245.

La unión constituye la fuerza, tanto en el bien como en el mal...
pero son muy pocos los que suelen recordar la segunda parte.
Por ejemplo, los legisladores parece que la han olvidado¹.

... existe en esta materia, una transacción probatoria,
en virtud de la cual, ante la posibilidad de individualizar al autor,
se aplica a todas las personas que han intervenido en la perpetración
del homicidio... una pena que quiere ser intermedia entre la del autor
y la del cómplice... no se evita la injusticia, sino solamente
los extremos de la injusticia...²

SUMARIO: Introducción 1. Presentación de la problemática: complicidad correspectiva y presunción de inocencia 2. Referencia normativa vs. referencia doctrinaria 3. Justificación teleológica del instituto 4. Paradojas sancionatorias de la complicidad correspectiva 5. «Teoría del

* **Universidad Central de Venezuela** (Caracas-Venezuela), Profesor de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal. **Universidad de Glasgow** (Reino Unido), Magister. Ex Juez Superior Penal Titular en Caracas.

¹ Escipió SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, trad. P. DORADO (Madrid: La España Moderna, 1908), p. 7.

² Hernando GRISANTI AVELEDO, *Manual de Derecho Penal. Parte especial* (Caracas: 3.ª, Mobil-Libros, 1988), pp. 98 y 99.

codominio funcional del hecho» y la complicidad corres- pectiva 6. ¿Hay complicidad en la complicidad correspec- tiva? 7. Algunos criterios jurisprudenciales. Conclusiones

Introducción

El instituto de la «complicidad correspectiva», artículo 424 del Código Penal venezolano³, es una figura paradójica del ordenamiento no solo nacional, sino internacionalmente. Ubicado en los códigos penales, atiende más a un problema procesal, probatorio, que impide la real determinación de una verdad: quién, de los muchos que acudieron a matar o lesionar, fue el real causante de la muerte o de la lesión, de víctima singular o de plurales víctimas. Paradójico, porque la respuesta escogida por el legislador es la disminución de la responsabilidad penal a nivel sancionatorio, de todos los que intervinieron. Bajo una premisa lógica, racional, conduciría a la pregunta del porqué tal disminución de aspiración sancionatoria del Estado, si más bien la pluralidad de intervinientes en procura de la muerte de otro o de su lesión les generaría eficiencia comisiva⁴ y restaría defendibilidad a la víctima frente a la pluralidad de intervinientes.

1. Presentación de la problemática: complicidad correspectiva y presunción de inocencia

Con la garantía constitucional de la presunción de inocencia, su desvirtuación –como derecho esencial de todos– solo se hará con pruebas.

³ Ley de reforma del Código Penal (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 5763 extraordinario, del 13-04-05).

⁴ SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, pp. 7 y 8, «Nadie duda de que si dos hombres reúnen sus energías para emprender un trabajo cualquiera, lo realizarán más fácilmente, más pronto y mejor que si aquel trabajo lo hubiera acometido uno solo de ellos (...) un fin que ha de realizarse, dada una acción que debe llevarse a cabo, puede, en tesis general, afirmarse que las probabilidades de que el primero se consiga y la segunda se ejecute crecen en proporción directa del número de las personas que concurren a aquel fin y a dicha acción».

En la complicidad correspectiva, precisamente, lo que falta es eso, pruebas, en contra de alguien por un hecho del que no estaba realmente –y demostrado con pruebas– apartado. Un hecho que, casi como un juego de palabras o una chanza, culpabilísticamente quiso hacer pero que «quizás» no hizo, porque la persona a la que se fue a matar o lesionar, ya estaba muerto o lesionado antes de haber actuado el que lo quería afectar... aunque fuese en milésimas de segundo. La eficiencia letal fue obtenida por otro que, en comunicabilidad de intereses *necandi*, todos propiciaban dicha muerte⁵.

Lo extraño y bizarro de la figura se ubica también en su necesaria comparación con la «coautoría perfecta» en homicidio o en lesiones personales, en hipótesis donde los plurales autores al unísono, ellos sí ejecutan la muerte de uno o de varios con eficiencia de complementación entre lo hecho por uno y el otro⁶. En esta última, la circunstancia los hace autores plurales de esa aflicción a las personas, sin rebaja de pena por indeterminación de pruebas, ya que la atribución del hecho lesivo es causalmente atribuible a la acción u omisión de los plurales agentes (por ejemplo, los que, al grito de 1, 2, 3, deciden lanzar a alguien desde la terraza de una vivienda, uno asiéndolo por las extremidades y el otro por el torso).

Por si lo extraño no terminare de acabar, surge también la necesaria comparación con respecto al llamado «homicidio concausal», en donde también, en principio, hay varios autores (a menos que la causa subsidiaria no fuere de origen humano), pero entre ellos no hay comunicabilidad alguna: el primero que intervino para matar, con toda la intención para

⁵ Ídem., «preciso es admitir que “la unión de los delincuentes constituye la fuerza en el delito”; o, lo que es igual, hay que admitir que “el delito en que intervienen varios delincuentes tiene más probabilidades (*caeteris paribus*) de ser ejecutado que el delito ideado y realizado por uno solo”. De donde resulta que el delito de varios delincuentes es más peligroso para la sociedad que el delito de un solo delincuente».

⁶ Ídem., «Dos asesinos que amenazan mi vida me ponen, evidentemente, en peores condiciones que si la amenaza proviniera de un solo asesino».

ello, su medio no era eficiente para agotar el delito, pero dejó su *iter criminis* en tal estadio, que fue de inmediato sustituido por otro, que sí ultimó a la víctima.

Por lo demás, la mencionada presunción de inocencia de origen constitucional debe tener su efecto en el *quantum* de la rebaja por la figura que nos ocupa, ya que su regulación asigna límites inferiores y superiores de pena. Entonces, si no hay determinación probatoria de la eficiencia lesiva, dicha garantía constitucional orienta a una rebaja extrema, dada la problemática constitucional que el instituto genera. Diserremos sobre ello.

2. Referencia normativa vs. referencia doctrinaria

Establece el Código Penal:

Artículo 424.- Cuando en la perpetración de la muerte o las lesiones han tomado parte varias personas y no pudiere descubrirse quién las causó, se castigará a todos con las penas respectivamente correspondientes al delito cometido, disminuidas de una tercera parte a la mitad.

No se aplicará esta rebaja de pena al cooperador inmediato del hecho⁷.

Lo primero a advertir es que el nombre con el que se conoce doctrinaria y jurisprudencialmente el instituto antes transcrito, «complicidad correspondiente», si se analiza la simple redacción de la norma, en realidad, no alude a lo que técnicamente, en el ordenamiento penal, es la «complicidad» —el

⁷ SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, p. 77, «¿se escriben acaso los Tratados de Derecho Penal para cretinos, hasta el punto de que haya necesidad de decir que, si un homicidio, que se castiga, supongamos, con treinta años de reclusión, es cometido por tres individuos, la pena no debe ser para cada uno de diez años, sino de treinta?».

llamado *contubernium* del viejo Derecho romano⁸—, como relación de participación en un delito, pero no de perpetración del mismo o, como se dice clásicamente, «realizar el verbo rector del tipo». El cómplice realiza una actuación subsidiaria, de colaboración, con el autor material que ejecuta la aflicción del bien jurídico protegido por el ilícito y ello al margen que en cuerpos de ilicitud penal colateral venezolanos, existan formas un tanto extrañas de la complicidad. La versión clásica de la misma surge del Código Penal:

Artículo 84.- Incurrir en la pena correspondiente al respectivo hecho punible, rebajada por mitad, los que en él hayan participado de cualquiera de los siguientes modos:

1. Excitando o reforzando la resolución de perpetrarlo o prometiendo asistencia y ayuda para después de cometido.
2. Dando instrucciones o suministrando medios para realizarlo.
3. Facilitando la perpetración del hecho o prestando asistencia o auxilio para que se realice, antes de su ejecución o durante ella...

Como se evidencia, si los cómplices penales actúan o «para después» de cometido el hecho, o facilitando, asistiendo o auxiliando para la realización del mismo, pero no «ejecutando» dicho hecho punible (siguiendo la redacción del artículo 83 del Código Penal que define, entre otros, al autor), lejos estarían de llamarse cómplices los que, a decir del citado artículo 424 del Código Penal arriba transcrito, «toman parte», «en la perpetración de la muerte o las lesiones».

Dicho sin rodeos, los responsables de matar o lesionar en «complicidad correspondiente» —como los llama la doctrina y la jurisprudencia—, en realidad, en la perspectiva dogmática, son autores materiales, uno perfecto,

⁸ Aun cuando en el Derecho romano no respondía de homicidio más que aquel a cuya acción debía atribuirse el evento.

y el o los otros, imperfectos⁹. Pero la inidoneidad de la acción de los imperfectos no es porque se vea frustrada dicha acción, interrumpida para evitar su perfeccionamiento por causa externa, entre ella la humana, asumida por otro para impedir su consumación; o que dicha acción se vio tentada por la inviabilidad esencial del medio afflictivo (tomando la distinción entre frustración y tentativa de nuestro ordenamiento, en artículos 80 y 82 del Código Penal). No, no es un problema de *iter criminis*. El asunto es la exigida incolumidad¹⁰ del bien jurídico que espera ser cambiado o afligido por el delito. La vitalidad o integridad corporal de la víctima afligida por ese hecho ya no existe como tal, es decir, ya no es incólume, ya está dañado, ya está lesionado. Y lo está causalmente por quien se avino con otro para, entre ambos, hacerlo al mismo tiempo, en unidad de hecho o de acción¹¹. Pero hay un pequeño detalle: el otro se anticipó en la aflicción, con el consiguiente problema de que la causalidad de uno como causante, o la casualidad que el otro no haya sido, en nada se puede demostrar en el proceso con pruebas. Es decir, salimos de

⁹ SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, p. 9, «... el delito de varios delinquentes es más peligroso que el delito de uno solo, claro está que la sociedad deberá oponer al delito de varios delinquentes una defensa más enérgica que la que opone al delito de un solo delincuente. ¿Han aplicado este principio los legisladores y los cultivadores de la ciencia penal? Hasta el presente solo lo han aplicado en (...) una mínima parte».

¹⁰ El llamado «derecho a la incolumidad corporal o personal» es el «Derecho a estar o permanecer sano, sin lesión ni menoscabo o sin lesiones o menoscabos de los que ya se sufran». Vid. *Diccionario panhispánico del español jurídico*, <https://dpej.rae.es/lema/derecho-a-la-incolumidad-corporal-o-personal#:~:text=Pen.,los%20que%20ya%20se%20sufran>.

¹¹ SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, p. 9, «El fenómeno de la unión o de la asociación de los delinquentes adquiere, como todos los fenómenos, diferentes grados de intensidad, recorriendo en sus varias manifestaciones una especie de trayectoria, a un extremo de la cual está su forma más sencilla, y al otro extremo la forma más compleja. Desde la simple connivencia de un autor con su cómplice, hasta la reunión de varios coautores o varios cómplices; desde la sociedad criminal formada para cometer un solo delito, hasta la asociación de malhechores formada con el fin de cometer, no un solo delito, sino toda una serie de ellos».

un tema de incolumidad del bien jurídico afligido por delito, tema formal-dogmático este, a un tema en la otra banda, probatorio, de práctica forense.

La justificación de la sanción por este hecho tan imposible de demostrar, siquiera es porque la culpabilidad fuera culposa, por un actuar negligente o imprudente, ya que hubo efectivamente intención y acción, querer y hacer. Por cierto, un querer o hacer no para hacer menor el daño, preterintencionalmente, sino para lograr el querido resultado último –matar así a ese, o lesionar así a ese–, en dolo directo.

Razón por la cual asumir que lo que justificare la sanción fue la ejecutada intención de «poner en peligro» el bien jurídico, se queda corto, puesto que no solo hubo tal puesta en peligro del bien, sino que se ejecutó una acción u omisión conducente al deseado resultado, por cierto, obtenido, pero no individualizado en origen. Este corolario, este resultado, ciertamente es demostrable con pruebas idóneas, necesarias, lícitas y pertinentes, no cuestionables; pero pruebas estas también impertinentes e inidóneas, *ergo*, no fiables, para demostrar la perfecta relación de causa-efecto-atribución de un agente solo. Las pruebas más bien demuestran plurales agentes y que todos pudieron ser eficientes, pero la causa físico-químico-biológica de la aflicción es, en el mundo de las realidades, solo una.

Por ejemplo, todos los proyectiles eyectados cuyas conchas se hallan en el piso provinieron de armas similares blandidas por todos, pero el solitario disparo en la aorta es la causa indudable de la muerte y es imposible demostrar¹² de cuál de las varias armas en manos de muchos fue el disparado. Ello afecta el entendimiento natural de las cosas, porque no se

¹² «En la actualidad, el supuesto de hecho de la complicidad correspectiva o correlativa es de difícil e infrecuente actualización, en virtud de los progresos de la Criminalística o Policía Científica», GRISANTI AVELEDO, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, p. 98.

puede matar a quien ya está muerto o lesionar al que, de esa lesión querida por todos, ya se efectuó.

Conforme al Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas¹³, el actual artículo 424 del Código Penal (2005) ingresó a nuestro ordenamiento en el ahora derogado artículo 385 del Código Penal de 1897, por vía del artículo 378 del italiano *Codice ZANARDELLI* de 1889:

*Quando piú persone prendano parte alla esecuzione di alcuno dei delitti preveduti negli articoli (...) e non si conosca l'autore dell'omicidio o della lesione, ese soggiacciono tutte alle pene rispettivamente stabilite diminuite da un terzo alla metà (...) Questa diminuzione di pena non si applica al cooperatore immediato del fatto*¹⁴.

Frente a la figura, GRISANTI AVELEDO, en su insustituible *Manual* afirma: «... no es menester que haya concierto previo entre las personas que han tomado parte en la comisión del homicidio o de las lesiones; pero, en cambio, sí es preciso que, entre tales personas, haya acuerdo de voluntades»¹⁵.

Ante ello, como lo afirmaba allá en 1929, el uruguayo IRURETA GOYENA, «... la distinción entre concierto previo y acuerdo de voluntades es sutil. El concierto previo supone la premeditación; en cambio, el acuerdo de voluntades puede ser instantáneo, inmediatamente anterior a la consumación del

¹³ *Código Penal venezolano comentado* (Caracas: UCV, 1983), t. IV, *passim*.

¹⁴ SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, p. 35, «Los principios (...) como el Derecho romano regula el instituto de la complicidad son: en primer lugar, que debe atenderse, no a la participación material que cada individuo haya tenido en un delito, sino a su intención; y segundo, que los varios participantes en un delito, además de la propia responsabilidad personal, tienen una, responsabilidad colectiva, procedente del solo hecho de haberse reunido para cometer un determinado delito».

¹⁵ GRISANTI AVELEDO, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, p. 98.

homicidio o de las lesiones»¹⁶. Esta última distinción es esencial para diferenciar a la complicidad corresponsiva del artículo 424 del Código Penal con respecto al homicidio concausal, del artículo 408 del Código, en el cual no hay ningún avenimiento previo, artículo este que parcialmente se transcribe:

... cuando la muerte no se hubiere efectuado sin el concurso de circunstancias preexistentes desconocidas del culpado, o de causas imprevistas que no han dependido de su hecho, la pena será de...

Por otra parte, interesante es la acotación que hace el maestro GRISANTI AVELEDO frente al problema de la indeterminación probatoria en la complicidad corresponsiva, «Si solo se desconoce el nombre (...) del autor, pero éste puede ser identificado (...) por sus características fisonómicas, no se aplica la norma»¹⁷. Ya advertía a comienzos del siglo XX, el tantas veces citado en ese ensayo, el positivista jurista italiano SIGHELE, que la también llamada complicidad correlativa, es una «... extraña forma de complicidad, que un ingenioso amigo mío definía acertadamente como “el juego de la lotería aplicado a la justicia penal”»¹⁸.

3. Justificación teleológica del instituto

Ahora bien, ya sabiendo que el origen de la complicidad corresponsiva —*corrispettiva*, en italiano— proviene de su incorporación en el Código Penal por vía de su copia del italiano, decimonónico y ministerial Código ZANARDELLI, en la «exposición de motivos» de este, denominada «Relación ministerial, II, 318», se justificaba su sanción en lo siguiente:

Cuando varias personas participan en un homicidio o en una lesión personal con anterior y manifiesto acuerdo y se conoce quién

¹⁶ JOSÉ IRURETA GOYENA, *Conferencias orales: El delito del hurto. El delito de homicidio. Delitos de falsificación documentaria y estafa* (Montevideo: La Ley, 2012), p. 454.

¹⁷ GRISANTI AVELEDO, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, p. 98.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 199.

de entre los varios agresores ha ocasionado la herida por virtud de la cual el agredido muere o resulta lesionado en su cuerpo, debe responder principalmente el autor del golpe, y los otros responderán como co-reos o como cómplices, según el grado de su participación criminosa. Pero (...) a veces puede ocurrir, y precisamente en los casos surgidos de improviso, que no resulte de un acuerdo preestablecido ni se conozca al verdadero autor de la muerte o de la lesión, para estos casos es necesario determinar cuál sea la responsabilidad de los que han tornado parte en el hecho. Para esto sirve precisamente la teoría de la complicidad correlativa (...) y limitarse a establecer la imputación de cómplices en aquellos que son reconocidos al menos como tales. No puede ponerse en duda que todos los que toman parte en el hecho criminoso son culpables, pero se ignora quién sea verdaderamente el ejecutor inmediato de la muerte o de la lesión; por lo que sería injusto y exorbitante equipararlos en la responsabilidad máxima de los co-reos. Hay, pues, que renunciar a lo desconocido por lo conocido y aceptar la impunidad relativa de los reos principales, para conseguir la punición segura de los mismos como reos secundarios, aplicando a todos los que toman parte en el hecho una pena casi correspondiente a la de los cómplices. Lo cual no podría lograrse con las normas y los principios generales acerca de la participación, por ignorarse quién sea el autor principal y cuál la obra particular de cada uno; por eso es necesaria una disposición expresa para el caso¹⁹.

En la propia argumentación zanardelliana del porqué se incorpora la complicidad correspectiva en el ámbito penal, se explicaría buena parte del asunto, *su ratio legis*²⁰:

¹⁹ Trascrito en SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, pp. 200-201.

²⁰ En realidad no afirma que la norma copiada del XIX italiano al XXI que nos cobija no deriva injusticias desfavorables a los culpables y que, por lo demás, paradójicamente, la única injusticia que se comete les favorece, ya que no pudiéndose

La primera respuesta sancionatoria frente a una muerte o lesión con intención, realizada por plurales agentes, es responsabilizarlos a todos como coautores, con la pena individualizada que en su relación con la víctima o con el tipo de comisión efectuada, se derive normativamente, no habiendo ninguna duda alguna sobre dicha comisión y su participación²¹, con pruebas. El que ayudó a agenciar el homicidio o la lesión, pero sin perpetrarlo, es cómplice, simple y llano (artículo 84 del Código Penal) y dependiendo de su ayuda será considerado necesario o no, a los efectos de imponerle la misma pena del autor a los primeros, o rebajar a los segundos. Dicho en otras palabras, no engolosinarse a asumir que toda pluralidad homicida o lesionante es a título de complicidad correlativa.

Que la verdadera hipótesis de la complicidad correspectiva es el franco desconocimiento del «verdadero autor de la muerte o de la lesión», y sin tener ninguna duda, «que todos los que toman parte en el hecho criminoso son culpables», sin saberse «el ejecutor inmediato de la muerte o de la lesión», «... por lo que sería injusto y exorbitante equipararlos en la responsabilidad máxima de los co-reos». Es decir, es un tema de *aequitas*, como decían los romanos, de equidad, siguiendo la exigencia de tutela judicial equitativa plasmada en el artículo 26 constitucional²².

descubrir el autor, ni, por lo tanto, castigarlo ;se le castiga solamente con la pena de cómplice! Y no se diga, como lo hace ZANARDELLI en su «Relación», que «en ciertos casos se trata únicamente de renunciar a lo desconocido por lo conocido», pues precisamente lo que provee el artículo es a lo desconocido, siendo que cualquiera diría que en perjuicio de los culpables se cometen injusticias.

²¹ SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, p. 73, «Dos hombres pueden haber dado a otro hombre dos puñaladas idénticas con intención idéntica (de matarlo o de herirlo), pero si yo no aprecio el por qué (sic) cada uno de ellos ha dado la puñalada, no puedo ni debo sentenciar que ambos son igualmente responsables. Puede uno haber acometido por odio, el otro por venganza, y un tercero por un sentimiento menos reprochable».

²² Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 5908 extraordinario, del 19-02-09.

Asumir la existencia de una especie de reglamento unívoco para encontrar todas las fórmulas de participación plural en homicidio o lesión, aun o por la necesidad de respetar el principio de legalidad, la tipicidad, es una tarea imposible, por la díscola condición humana, pero fundamentalmente por la problemática probatoria, de demostración del hecho. Pero nótese que, en el caso de la complicidad correspectiva, la duda probatoria ya no es en el ámbito de lo aparentemente más difícil de demostrar, la culpabilidad, el yo interno del agente, «el nexó psíquico que se establece entre el autor y el hecho», sino que, antes bien, la dificultad es la probanza de lo objetivo, de la causación, la atribuibilidad directa de la aflicción a una actuación. Ya lo decía SIGHELE, en 1909:

... es inútil que la ciencia o la ley se figuren que pueden imaginarse tantas hipótesis de participación en el delito cuantas se dan en la realidad, y que se hagan la ilusión de que a cada una de ellas pueden hacer corresponder la pena proporcionada. Ya pueden hacer todas las hipótesis que quieran, que ni una sola de ellas se adaptará bien al caso especial; lo mismo que un sastre (...) puede fabricar los miles de trajes que tenga por conveniente, en la seguridad de que no encontrará un hombre a quien le siente bien ninguno de ellos. La verdad es que, para medir el grado de punibilidad de un delincuente, no hay necesidad de atender únicamente a la participación que haya tenido en el delito, sino más bien a la índole que con sus actos ha mostrado tener el delincuente...²³.

Empero lo anterior, es innegable que la respuesta sancionatoria que se deriva del artículo 424 del Código Penal, la complicidad correspectiva, puede conducir a críticas en las que se afirme el golpe a los criterios de justicia y de proporcionalidad de la pena por el delito, que se deriva de tal fórmula legislativa. Por ejemplo, se afirma que al delincuente se le castiga

²³ SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, p. 97.

con arreglo al «tanto de mal que haya hecho» y que «la pena debe ser una reacción justa y proporcionada al delito cometido», frases comunes que se leen en la dogmática penal.

Por otra parte, es obvio que en el juicio penal resulta vital la demostración adecuada de la forma de intervención del inculpado en el delito atribuido, como presupuesto para acreditar su responsabilidad penal. Con la complicidad correspectiva, ¿se está castigando de un modo justo y exacto? O ello no importa, castíguese igual, ya que el legislador tiene necesidad de una víctima expiatoria reconociendo la eventual inhabilidad del Estado, en ciertos casos, para demostrar individualización de responsabilidades en homicidio o en lesiones. El artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal²⁴ supera la concepción constitucional de la presunción de inocencia establecida en el artículo 49.2 de la Constitución, siendo la norma del Código más instrumental: «Presunción de inocencia. Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme».

Ante ello, la Ley adjetiva instruye que en el proceso penal no solo se debe demostrar el aspecto objetivo del delito, la causación, sino fundamentalmente su aspecto subjetivo, la culpabilidad. Precisamente, de esto último es lo que abunda en la figura de la complicidad correspectiva: No hay duda que la intención, la culpabilidad, de todos los que intervinieron, era la de matar o lesionar, y así actuaron, pero lo que escasea, nada menos, es la prueba de la eficiencia personal de su hacer, y la aflicción demostrada del bien, vida o integridad corporal, muestra que tal daño solo se causó con un actuar individual, y muchos actuaron.

²⁴ Ley Orgánica de reforma del Código Orgánico Procesal Penal (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6644 extraordinario, del 17-09-21).

4. Paradojas sancionatorias de la complicidad correspectiva

La pena de los cómplices correlativos no es pura y simplemente la de la complicidad no necesaria. En efecto, según el artículo 424 del Código Penal, la pena de los cómplices correlativos es la que se establece para los autores, disminuida de un tercio a la mitad; mientras que en el artículo 84 del Código Penal, la pena de los cómplices no necesarios es la establecida para los autores, disminuida en la mitad. Se trata, pues, de una especie de «pena extraordinaria»²⁵. Se percibe a las claras que con la complicidad correlativa se hace una transacción sancionatoria²⁶: como sería muy injusto o inequitativo sancionar a quien, queriendo matar, procura esa muerte, pero naturalmente ya no podría hacerlo porque su víctima ya está muerta, también sería inequitativo dejar de sancionarlo si existe la duda insuperable de que dicho resultado no le es atribuible, pero también hay prueba de que perpetró.

Lo malo de la fórmula es el descalabro que se hace no solo en la llamada función de prevención general de la pena para que la sociedad se abstenga de realizar conductas tan disvaliosas porque le espera sanción al que así actúe, sino también en la percepción frente al ente público que le corresponda la investigación y demostración de los hechos punibles, tendiendo a relajar la labor criminalística, ya que al final del camino, con solamente probar presencia de los plurales agentes, no solo es que serán castigados copiosamente (aunque con *quantum* menor que por el delito agotado), pero no solo a uno, sino a muchos.

Una suerte de control social aleatorio o eventual, por cierto, nada virtual sino bien inclemente. Es decir, si hay una dificultad insuperable para

²⁵ TSJ/SCP, sent. N.º 26, de 20-06-11, www.tsj.gob.ve, la Sala de Casación Penal, afirmaba «... constituye una fórmula adecuada y pertinente para aquellos casos en los cuales no se ha podido individualizar quién o quiénes son los sujetos que han ejecutado la acción, cuando en el hecho concurren una pluralidad de personas».

²⁶ GRISANTI AVELEDO, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, p. 98, refiriendo a ALIMENA y MANZINI.

determinar quién sea el autor del hecho, con mayor razón será insuperable la dificultad para comprobar el verdadero grado de participación de varios cómplices. Se legisló —como lo afirmó ZANARDELLI, copiado al calco en el Código Penal venezolano— sobre lo desconocido, estableciendo una pena que el legislador mismo reconoce *a priori*, injusta. Castigarlos a todos, que la justicia (si la hay) elegirá a los suyos.

Por otra parte, hagamos un ejercicio de ficción legal. Imaginémonos un Código Penal sin su artículo 424, ¿podrían castigarse como partícipes a los llamados cómplices correlativos cuando se ignore quién es el autor principal?; ¿acaso no puede aplicarse el artículo 84 del Código Penal, sino cuando es conocido el autor principal del delito? No hay disposición legal que así lo diga, de donde resulta que los llamados cómplices correlativos encontrarían siempre su punición, aun no existiendo el artículo 424.

Ahora bien, para demostrar qué partícipes han tomado parte en la ejecución de un delito, hay que demostrar que ha existido un acto de complicidad, cualquiera de las prolíficas hipótesis del transcrito artículo 84, con lo cual será inevitable la punición de los culpables con arreglo a este artículo, sin ninguna necesidad del artículo 424. El perpetrador principal será castigado también como cómplice, pero esto será una necesidad, por cuanto con respecto a él no se ha conseguido más prueba que la de la cooperación secundaria. Y los cómplices, en vez de ser castigados con una pena extraordinaria, lo serán con la pena ordinaria sancionada por el legislador para las varias hipótesis del concurso de personas en el delito. Con ello se ganaría una dogmática lógica y a la imposibilidad de conseguir prueba no se le aúna la impericia del juez, y las pocas felices disposiciones de ley.

En otro sentido, el hecho demarcado en la complicidad correspectiva no ilustra si el mismo es repentino o premeditado, error común este a todas las disposiciones del Código relativas a los delitos cometidos por varias

personas. La diferencia entre la complicidad premeditada y la improvisada es a veces grandísima y siempre digna de ser notada. La diferencia más sutil sería que en los hechos imprevistos, repentinos, realizados por varias personas, no siempre puede hablarse de complicidad. No porque algunos individuos tomen parte en un delito ha de decirse que sean necesariamente cómplices. Serán siempre responsables todos, si todos han tomado parte en el hecho, pero no serán siempre todos cómplices. Lo que verdaderamente constituye la complicidad es el acuerdo entre las voluntades particulares de varios individuos, la fusión de sus intenciones.

Ahora bien, este acuerdo no es necesario que sea siempre anterior al delito. Puede nacer aún en los delitos de ímpetu. Para establecer la complicidad, basta con una palabra, y a veces, con un simple acto. Si Fulano tira un golpe de imprevisto a Zutano, que lo ha provocado, y Perencejo, que está con él, lo ayuda también para el homicidio, teniendo a la víctima o hiriéndola también él, es evidente que el solo acto de Perencejo lo crea y lo afirma cómplice de Fulano. Las dos voluntades, como las dos acciones, se han fundido en un instante, y el delito es el resultado de su asociación improvisada.

Pero puede también ocurrir que varias personas tomen parte en un hecho, sin que entre ellas haya intervenido ningún acuerdo, premeditado ni repentino. Supóngase el ejemplo más común, el de unas lesiones o un homicidio ocurrido en una manifestación pública. Varios individuos tiran piedras contra una casa, una persona queda herida o muerta, no se sabe quién la ha herido o matado, pero se sabe que las piedras las tiraron tres, cuatro, diez personas. Según el Código, esta sería la hipótesis de la complicidad correlativa.

Pero ¿dónde está la complicidad, es decir, el acuerdo, si estas personas vinieron por distintas calles, sin conocerse, y tiraron las piedras acaso movidas todas ellas por un fin análogo (acaso también, y con más

probabilidad, por un fin distinto), pero sin comunicárselo, sin saber la una de la otra, sin apercibirse de ser solidarias y de realizar una acción idéntica? En tales casos, no debería hablarse de complicidad, sino de responsabilidad correlativa: los que tiraron las piedras no puede decirse que hayan, ni «excitado o reforzado la resolución de cometer el delito, ni prometido asistencia o ayuda para después, ni dado instrucciones o suministrado medios, ni facilitado la ejecución prestando asistencia o auxilio antes o durante el hecho».

5. «Teoría del codominio funcional del hecho» y la complicidad corresponsiva

Las consecuencias jurídicas de la complicidad corresponsiva ya se han desarrollado en demasía aquí: se ha de aplicar a todas las personas que han participado en la perpetración del homicidio o de las lesiones, la misma pena, siendo tal pena la correspondiente al delito cometido, disminuido de una tercera parte a la mitad. Sin embargo, la complejidad del tema de la autoría y participación –sin duda uno de los más complicados de la dogmática penal– ha propiciado que, en las resoluciones judiciales, tratándose del concurso de personas en el delito, se dificulte en algunos casos, la correcta precisión de la forma de intervención del inculpado, particularmente cuando se sanciona o procesa a un individuo como coautor, cuando en realidad debió haber sido sancionado como cómplice.

Es lo que algunos denominan la «teoría del codominio funcional del hecho», predominante en la doctrina jurídico penal contemporánea, como criterio de distinción entre los distintos supuestos de coautoría y complicidad ejecutivas. Conforme al artículo 83 del Código Penal, son coautores de un delito los que lo realicen conjuntamente.

Ahora bien, desde finales del siglo xx, la dogmática abordó el problema de la coautoría, a partir de la aplicación de la teoría del «codominio funcional del hecho necesario y esencial para la realización del delito»

establecida con base en «la teoría de dominio del hecho», desarrollada de mera preponderante por WELZEL y ROXIN²⁷. Según dicha teoría, los partícipes son responsables en igualdad de condiciones cuando varias personas, en consenso, mediante un plan común acordado, antes o durante la perpetración del suceso y, en codominio funcional del hecho punible, se dividen las acciones para lograr su ejecución, al evidenciarse una aportación segmentada, adecuada y esencial al hecho, aunque formalmente no sea considerada como parte de la acción típica.

La coautoría exige que los intervinientes se vinculen recíprocamente mediante un acuerdo en común para realizar el hecho (decisión de acción conjuntamente resuelta por todos, codominio funcional del hecho), en el que cada uno de ellos tenga un cometido parcial necesario para la totalidad del plan, que les haga aparecer como titulares de la responsabilidad por la ejecución del hecho. El acuerdo, puede ser previo o concomitante y es precisamente esta decisión común lo que determina la cooperación consciente y querida que exige la coautoría para que la responsabilidad gravite sobre todos los intervinientes²⁸. Por tanto, la existencia del acuerdo previo, expreso o tácito, para producir el resultado típico, implica una participación consciente y voluntaria de los coautores, es decir, la existencia de una acción de índole dolosa que consiste en conocer y querer la realización del tipo objetivo de un delito, toda vez que tal

²⁷ Entre otras de WELZEL, citado en Claus ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (Madrid: Marcial Pons, 2000), pp. 311 y 312; y Claus ROXIN, «Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión», en *Estado de la autoría del delito* (Madrid: Cívitas, 2000), pp. 162 y 163.

²⁸ Bajo esa perspectiva, Hans WELZEL, *Derecho Penal alemán. Parte general* (Santiago: 11.ª, Editorial Jurídica de Chile, 1993), p. 129, establece que tratándose de coautoría se requiere una decisión común al hecho, es decir un acuerdo recíproco, expreso o tácito, junto a la perpetración común de este. A ese tenor, Günter JACOBBS, *Derecho Penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación* (Madrid: 2.ª, Marcial Pons, 1997), pp. 745 y 746, sostiene claramente al hablar de coautoría, que resulta indispensable la decisión común del hecho, entendida como el acuerdo expreso o concluyente sobre la distribución de las aportaciones singulares.

figura requiere necesariamente la demostración que el sujeto activo, tenga conocimiento de los elementos objetivos y normativos del tipo penal y quiere la realización del hecho descrito por la ley (dolo).

El aspecto decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen dos o más personas que, en virtud del reparto funcional de tareas (principio de división del trabajo), asumen por igual la responsabilidad de su realización, de tal manera que las distintas contribuciones deben considerarse, por consiguiente, como un todo, y el resultado total debe atribuirse a cada autor (principio de imputación recíproca de las contribuciones)²⁹.

Consecuentemente, en la coautoría ejecutiva es necesario, además del acuerdo previo de voluntades, que se contribuya de algún modo en la realización del delito, de tal modo que dicha contribución pueda estimarse, de acuerdo al plan común, como un eslabón indispensable de todo el acontecer delictivo. En ese contexto, es de suma importancia establecer que la teoría del codominio funcional del hecho parte de una contemplación de la contribución del interviniente, anterior a la comisión del delito, de tal suerte que, si con antelación a este la aportación aparece como esencial, el sujeto tendrá el dominio del hecho, aunque con posterioridad a su ejecución pueda apreciarse que dicha contribución no haya resultado indispensable³⁰. Así, los dos requisitos indispensables para la acreditación de la coautoría ejecutiva, de acuerdo a la teoría del «codominio funcional del hecho», están representados por:

²⁹ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general* (Buenos Aires: 7.ª, Editorial B de F, 2005), p. 390.

³⁰ José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español III/2. Parte general. Teoría jurídica del delito* (Madrid: Tecnos, 2001), p. 4. Allí habla de una contemplación, *ex ante* de la contribución del sujeto a la comisión del delito, así como *ex post* a su ejecución; expresiones frente a las cuales preferimos utilizar los vocablos «anterior a la comisión del delito» y «posterior a su ejecución».

- i. Una decisión común al hecho, que implique, con anterioridad al delito, la realización conjunta del evento delictivo a través de aportaciones de carácter esencial;
- ii. La realización común del hecho, a través de la concreción del tipo penal o de actos no ejecutivos de este.

Al tenor de las consideraciones precedentes, se puede concluir que para que se actualice la coautoría ejecutiva, de acuerdo a la teoría del codominio del hecho funcional, por ejemplo, en el delito de homicidio, deben actualizarse los siguientes supuestos:

- a. Un acuerdo previo, expreso o tácito, para cometer el delito, es decir, plena conciencia de la cooperación esencial del sujeto en la obra conjunta representada previamente y querida (codominio funcional del hecho);
- b. La actuación de varios sujetos en la realización de la conducta típica, a través de actos ejecutivos pertenecientes al tipo penal o al hecho delictivo;
- c. La intervención dolosa (consciente y voluntaria) de los coautores, porque el acuerdo de voluntades implica conocer y querer el resultado típico (*animus auctoris*);
- d. La existencia del resultado material (muerte del sujeto pasivo);
- e. La demostración de un nexo causal entre la conducta y el resultado mortal conjunto.

6. ¿Hay complicidad en la complicidad corresponsiva?

Ahora bien, con respecto a la complicidad, en términos generales, es partícipe de la comisión de un delito, quien contribuye al resultado típico sin ejecutar la acción descrita por la norma penal. Nos referimos a aquellas personas que, sin tener el codominio del hecho funcional, ayudan de manera indirecta a otras a cometer un delito, ya sea a través

de actos, preparatorios, ejecutivos o posteriores a la realización del evento delictivo. Dentro del rubro de partícipes encontramos a la complicidad. La figura del cómplice aparece en todos los ordenamientos jurídicos, aunque con distintos matices. En este sentido, gran parte de la doctrina establece que es posible efectuar la diferencia, de acuerdo a la importancia del aporte del cómplice a favor de la realización del hecho, entre cómplices primarios o necesarios y secundarios o no necesarios. Mientras los primeros coadyuvan intencionalmente de un modo principal y directo en la ejecución del hecho criminal, de tal manera que sin su aportación no habría podido perpetrarse el delito, los segundos únicamente cooperan de manera secundaria e indirecta en la ejecución de este³¹.

Todas estas consideraciones tienen su expresión desde hace no poco tiempo en la jurisprudencia patria. Por ejemplo, en sentencia de 1955, la entonces Corte Suprema de Justicia señaló que en la complicidad correspectiva hay «... incertidumbre en lo que atañe a la relación causal entre el hecho y la persona sujeto activo del mismo. Para que se pueda establecer la existencia de la figura jurídica, es menester que se ignore quien fue el autor del hecho punible, porque si se afirma (...) que los autores del hecho son personas determinadas e identificadas, la figura (...) desaparece y no puede ser aplicada»³², criterio este que desconcierta la figura, ya que ciertamente el tema no es de identificación civil del autor, sino de indeterminación probatoria si su actuación fue la eficiente para matar dentro de todas las conjuntas perpetraciones de varios hacia ese fin, en la misma acción.

Más precisa fue dicha Corte en fallo de 1957, definiendo perfectamente la hipótesis y problemática del instituto, cuando habla de factores de la correlatividad, en el sentido que:

³¹ Carlos FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal. Introducción y parte general* (Buenos Aires: 16.^a, Abeledo-Perrot, 1998), p. 430.

³² CSJ, sent. de 15-04-1955, *Gaceta Federal* 8, vol. III (2.^a etapa), p. 23.

... es menester la concurrencia de dos factores: prueba de que varias personas han tomado parte en la perpetración (...) y constancia de que no puede descubrirse quien la causó (...) el juez debe determinar en la parte motiva del fallo la comprobación no solo de que los enjuiciados estuvieron presentes durante el suceso sino que entre ellos hubo acuerdo de voluntades, así fuere momentáneamente en el momento de la perpetración, y de la colaboración efectiva, en cualquier forma, en la perpetración del hecho, por parte de ellos³³.

Por su parte, la extinta Corte Federal y de Casación, en fallo de 1944, fue del criterio que «... el artículo aplicado (...) supone no conocerse quiénes son los ejecutores o los cooperadores inmediatos del hecho delictuoso (...) sin poderse aseverar quien (...) dio la puñalada que causó la muerte»³⁴.

Lo anterior incorpora un tema interesante que trasciende al simple juego de palabras: perfectamente podría hablarse de complicidad en la complicidad correspectiva. Expliquemos: puede ser que a los muchos que perpetraron el homicidio o la lesión personal, de la que no se puede determinar quién de ellos efectivamente fue el que la causó, a su vez, ellos en su totalidad, o uno de forma individual, fue ayudado personalmente por alguien, un cómplice, para la realización de su plural hecho contra las personas. Este auxiliante no podría ser responsable de complicidad correlativa porque no perpetró el hecho del que, inclusive hay duda de autoría, pero sí fue eficiente en colaborar para que ese hecho se diera (por ejemplo, suministró información, resguardó previamente al perpetrador, como modalidades no necesarias de esa complicidad; o prestó el arma homicida, como modalidad necesaria de esa complicidad no correspectiva). A dicho cómplice no correlativo se le traslada la base sancionatoria

³³ CSJ, sent. de 02-08-1957, *Gaceta Federal* 17 (2.ª etapa), p. 140.

³⁴ Corte Federal y de Casación, sent. de 14-08-1944, *Gaceta Federal* t. II, p. 222.

imponible del cómplice correspectivo, rebajándose a tal sanción el *quantum* descrito en el artículo 84 del Código Penal, una mitad, si su complicidad no fue necesaria, o manteniéndosele la misma pena del cómplice correspectivo si su complicidad fue necesaria de aquella (por ejemplo, el que le alquiló o le prestó las armas, a todos los que dispararon).

Con ellos, se reafirma la postura de que la perpetración puede ser inacabada, por ejemplo, en el caso del delito imperfecto (tentativa o frustración), lo cual no es el caso que nos ocupa, porque ciertamente hubo un homicidio o una lesión; pero que la participación, la real complicidad de auxilio y no de perpetración, debe ser eficiente, agotada, no admitiéndosele modalidad imperfecta. De más está decir que la negativa a esta rebaja de pena, dizque por el *in fine* del artículo 424, «no se aplicará esta rebaja de pena al cooperador inmediato del hecho», no es la disposición que la impediría, toda vez que debe distinguirse entre «cooperador inmediato del hecho» y el cómplice del hecho. Aquel está en el hecho, físicamente en la acción, aunque sin perpetrarla, pero cooperándola de forma inmediata, por ejemplo, sujetando a la víctima, mientras que el cómplice no correspectivo no estaría en el hecho pero si lo ayuda, de forma necesaria o no.

7. Algunos criterios jurisprudenciales

Por cierto que la incertidumbre también con respecto a la cooperación del cooperador inmediato del homicidio o de la lesión de hechura plural, lo reseña también la mencionada Corte Suprema de Justicia, hoy extinta, en fallos tales como el N.º 939/1993, ya que a su decir: «... el artículo (...) presupone la indeterminación o desconocimiento del autor o cooperador inmediato del hecho, cuando a la perpetración han concurrido varias personas y no pudiere descubrirse al causante particular de la muerte»³⁵.

³⁵ CSJ, sent. N.º 939, de 02-12-93, reproducido en Freddy José DÍAZ CHACÓN, *5 años de Casación Penal. Máximas y extractos 1989-1993* (Caracas: Livrosca, 1993), p. 57.

Por su parte, en la nueva etapa del Máximo Tribunal, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia no pocas veces se ha referido al instituto en todas sus aristas. Particularmente debe significarse la delimitación del monto de la rebaja de pena por la adopción de la figura. El citado artículo 424 del Código Penal concede que «... se castigará a todos con las penas respectivamente correspondientes al delito cometido, disminuidas de una tercera parte a la mitad». Esta disposición necesariamente tiene que coligarse al artículo 49.2 de la Constitución, la presunción de inocencia que solo se desvirtúa con pruebas y aquí, como se ha dicho, no las hay para establecer la requerida autoría individual. Al evidenciarse este desencuentro se ilustra que, conforme al artículo 37 del Código Penal, en la llamada «dosimetría penal» se impone siempre la aplicación en orden público del término medio de la pena entre su límite inferior y el superior para el específico delito.

Pero, en el caso que nos ocupa, no hay eficiencia probatoria para demostrar la autoría precisa de entre los muchos que participaron, razón por la cual, en equidad sustentada en el artículo 26 de la Constitución, el límite sancionatorio que debería aplicarse siempre debería ser el menor, el límite inferior de la pena para el ilícito específico que se sindicó (bien sea homicidio intencional, calificado, agravado, o lesión personal gravísima, menos grave, etc.).

Pero es que, como arriba se transcribió, la rebaja por complicidad también se debate entre dos extremos: uno inferior, la mitad, como máxima rebaja y en el otro extremo, o superior, la rebaja de solo una tercera parte. La misma argumentación sustentada en la presunción de inocencia es la que debe sustentar la escogencia de la mayor de las rebajas, la mitad, del menor de los límites de pena para ese delito. Esa debe ser la respuesta sancionatoria precisa y así lo acogió, por ejemplo, la sentencia N.º 400/2004: «... se debe tomar en cuenta la rebaja de la pena

contenida en (...) la complicidad correspectiva (...) La Sala Penal decide que lo ajustado a Derecho es aplicar la mitad»³⁶.

Por su parte, en la sentencia N.º 202/2007, no se adoptó ese criterio y solo se rebajó «hasta una tercera parte»³⁷, pero también previamente, y a pesar de haberse cometido el homicidio calificado en complicidad correspectiva, también redujo la pena por la atenuante genérica del artículo 74.4 del Código Penal, la buena conducta pre-delictual; y en la sentencia N.º 420/2005, se rebajó un tercio pero del «... límite inferior de la pena establecida (...) por concurrir las atenuantes de los ordinales 1.º y 2.º del artículo 74 *eiusdem* y después la rebajó en un tercio».

También la Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia ha admitido la complicidad correspectiva en caso de dolo de consecuencias necesarias, como en la sentencia N.º 386/2009: al matarse «... persona diferente a la que él pretendía eliminar físicamente, causándole la muerte a (...) mediante disparos realizados tanto por (...) como por otra persona que lo acompañaba, y al no precisarse cuál disparo le causó la muerte, es por lo que existe la complicidad correspectiva...»³⁸.

Así como en la sentencia N.º 173/2015, dicho Tribunal admitió la complicidad correspectiva en homicidio calificado en la realización de un robo, rechazándose que esa figura fuera a título de concurso real de delito porque «... la figura del homicidio en la ejecución de un robo fue concebida como un delito complejo, es decir, un tipo que reúne dos o más conductas que conjuntamente consideradas son constitutivas de un delito (...) con la consecuencia jurídica del concurso ideal, en el que (...) de acuerdo con el principio de absorción se aplica la pena del delito más grave, pero teniendo en cuenta que el autor también ha cometido

³⁶ TSJ/SCP, sent. N.º 400, de 02-11-04.

³⁷ TSJ/SCP, sent. N.º 313, de 11-07-06.

³⁸ TSJ/SCP, sent. N.º 386, de 06-08-09.

otras violaciones de la ley penal...»³⁹. Por su parte, en la sentencia N.º 261/2011, se adentra en la explicación dogmática del instituto:

La distinción entre los autores y partícipes, en los supuestos de concurrencia de varias personas en la comisión de un mismo hecho punible, ciertamente requiere la necesaria distinción del actuar de cada interviniente en la comisión del delito, para lo cual es necesaria la valoración de aspectos subjetivos tales como, el acuerdo previo de voluntades, así como de aspectos objetivos referidos al grado de adecuación de la conducta al respectivo tipo penal. Este último aspecto sale del campo de la tipicidad y se traslada al campo de la atribuibilidad del o los hechos controvertidos, lo que permite formular una regulación genérica sobre a quién o a quienes deben atribuirse las conductas hipotéticamente previstas en la ley sustantiva (...) en realidad nadie es castigado por lo que efectivamente, ha hecho (...) los cinco participantes tenían dominio particular del hecho, por cuanto se acreditó el *animus necandi*; sin embargo, del acervo probatorio no surgieron elementos para establecer cuál de los mencionados *supra*, ejecutó el accionar⁴⁰.

En la sentencia N.º 495/2012, siquiera la existencia de una rebaja por traspaso de los límites impuestos por la ley (artículo 66 del Código Penal) impidió la otra específica rebaja por la complicidad correspondiente porque según el caso, «... la comisión militar se encontraba frente a una amenaza cierta a su vida, en medio de circunstancias adversas e inhóspitas en las que le tocó responder, pero excediéndose en ello, lo que denota una demasía en la defensa subsumible en el artículo 66 del Código Penal»⁴¹.

³⁹ TSJ/SCP, sent. N.º 173, de 14-04-15.

⁴⁰ TSJ/SCP, sent. N.º 261, 02-06-11.

⁴¹ TSJ/SCP, sent. N.º 495, de 11-12-12.

Por su parte, paradójico es lo acaecido con el criterio de la prescripción ordinaria frente a este tipo de conducta: conforme a Derecho, en la sentencia N.º 29/2000, se estableció que «... la acción penal para perseguir el delito de homicidio, en grado de complicidad correspectiva, prescribe ordinariamente a los diez años y que la prescripción extraordinaria o judicial es de quince años»⁴², ya que, ciertamente, el efecto de rebaja de sanción por la comisión de un hecho así efectuado demarcaba su nueva realidad «de modo, tiempo y lugar» para ubicar dicha sanción ya disminuida como delimitador del lapso de prescripción atribuible conforme a los distintos numerales del artículo 108 del Código Penal. Pero, extrañamente, 9 años después, en la sentencia N.º 241/2009, la misma Sala manifestó otro lapso para establecer dicha prescripción, ya que a su decir, «... la pena correspondiente al delito tipo –homicidio– (...) es de ésta de la cual se deberá computar el lapso para establecer la prescripción de la acción penal, a que se refiere el artículo 108 del Código Penal; y no (...) con base en la pena establecida para la complicidad correspectiva...»⁴³, con lo cual se operó la prescindibilidad del instituto de la complicidad correspectiva, afectando al principio de legalidad penal.

Por su parte, en la sentencia N.º 247, 26-5-09, no se descarta la incorporación del instituto dentro del sistema penal de responsabilidad de adolescente regulado por la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes⁴⁴ cuando «... los ciudadanos adolescentes (...) portaban armas de fuego y que efectivamente dispararon contra el adolescente (...) causándole la muerte de inmediato; y (...) no se logró determinar cuál de ellos al disparar contra la mencionada víctima fue el autor»...⁴⁵; negándose la figura en la sentencia N.º 292/2006, ya que «... una de las

⁴² TSJ/SCP, sent. N.º 29, de 26-01-00.

⁴³ TSJ/SCP, sent. N.º 241, de 22-05-09.

⁴⁴ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6185 extraordinario, del 08-06-15.

⁴⁵ TSJ/SCP, sent. N.º 247, de 26-05-09.

víctimas (...) testigos presenciales (...) en forma conteste y coincidente identifican al acusado como la persona que disparó en fuego cruzado en contra de (...) inmediatamente después de que éste accionara su arma al llegar al sitio, lo señalan como el más violento y amenazador e incluso, exculpan al hermano (...) que lo acompañaba, sobre quien afirman mantuvo una pasiva y contemplativa actitud dentro de la refriega»⁴⁶; reiterándose en la sentencia N.º 394/2008, que «... la complicidad corresponsiva, solo está establecida para los delitos de homicidio y lesiones, cuando no se pueda determinar cuál de las personas que participaron en la comisión de los mismos fue la que causó la muerte o las lesiones»⁴⁷. Lo que, a nuestro criterio, no excluiría el homicidio a título de dolo eventual, por representarse varios la ocurrencia del hecho aun cuando los plurales perpetradores no hubiesen tenido la intención, sin poderse demostrar la atribuibilidad del resultado a uno específicos actuantes cuya eventualidad representativa era asumida por todos en su actuar que superaba la negligencia. Bajo este criterio no debe excluirse, como lo manifestó fallo citado arriba, si el resultado mortal o lesionante fue producto del robo de vehículo automotor, cuya Ley especial concibe a tal defunción o lesión como una agravante del robo, pero que en realidad funciona es como un nuevo subtipo del homicidio o de las lesiones personales intencionales.

Conclusiones

La incertidumbre con respecto a la cooperación del cooperador inmediato del homicidio o de la lesión de hechura plural presupone la indeterminación o desconocimiento del autor o cooperador inmediato del hecho, cuando a la perpetración han concurrido varias personas y no pudiere descubrirse al causante particular de la muerte.

Conforme al artículo 424 del Código Penal se castigará a todos con las penas respectivamente correspondientes al delito cometido, disminuidas

⁴⁶ TSJ/SCP, sent. N.º c06-0014, de 28-06-06.

⁴⁷ TSJ/SCP, sent. N.º 394, de 29-07-08.

de una tercera parte a la mitad. Razón por la cual esta disposición necesariamente tiene que coligarse al artículo 49.2 de la Constitución, la presunción de inocencia que solo se desvirtúa con pruebas y aquí, como se ha dicho, no las hay para establecer la requerida autoría individual. Aunado a que, conforme al artículo 37 del Código Penal, la dosimetría penal se impone siempre la aplicación en orden público del término medio de la pena entre su límite inferior y el superior para el específico delito, pero, en el caso que nos ocupa, no hay eficiencia probatoria para demostrar la autoría precisa de entre los muchos que participaron, razón por la cual, en equidad sustentada en el artículo 26 de la Constitución, el límite sancionatorio que debería aplicarse siempre debería ser el menor, el límite inferior de la pena para el ilícito específico que se sindicó (bien sea homicidio intencional, calificado, agravado, o lesión personal gravísima, menos grave, etc.).

La rebaja por complicidad también se debate entre dos extremos: uno inferior, la mitad, como máxima rebaja y en el otro extremo o superior, la rebaja de solo una tercera parte. La misma argumentación sustentada en la presunción de inocencia es la que debe sustentar la escogencia de la mayor de las rebajas, la mitad, del menor de los límites de pena para ese delito. Esa debe ser la respuesta sancionatoria precisa, como lo acogió, por ejemplo, la sentencia N.º 400/2004 de la Sala de Casación Penal.

La inmunidad de jurisdicción en el Tribunal Supremo de Justicia (2021-2023)

Jurisdictional Immunity in the Supreme Court of Justice Case Law (2021-2023)

José Antonio BRICEÑO LABORÍ

Resumen: Este artículo tiene por objetivo realizar un análisis crítico de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia en materia de inmunidad de jurisdicción en el período 2021-2023. Específicamente se evaluará el tratamiento que las distintas salas del Tribunal Supremo de Justicia han dado a la inmunidad de jurisdicción de los Estados, los representantes diplomáticos y consulares y las organizaciones internacionales, destacándose los aciertos y desaciertos que se reflejan en sus distintas decisiones. De igual forma, se indicarán las posibles soluciones para corregir los distintos desaciertos de la jurisprudencia en el tratamiento de esta excepción al ejercicio de la jurisdicción venezolana. **Palabras clave:** Jurisdicción, excepciones al ejercicio de la jurisdicción, inmunidad de jurisdicción, estados, representantes diplomáticos y consulares, organizaciones internacionales. Recibido: 30-03-24. Aprobado: 21-04-24.

Abstract: *The purpose of this article is to critically analyze the judgments rendered by the Venezuelan Supreme Court of Justice on jurisdictional immunity in the period 2021-2023. Specific consideration will be given to the treatment that the various chambers of the Supreme Court of Justice have given to the immunity from jurisdiction of States, diplomatic and consular representatives, and international organizations, highlighting the successes and failures reflected in their various decisions. Likewise, the necessary proposals will be made to correct the various errors of jurisprudence in the*

*treatment of this exception to the exercise of Venezuelan jurisdiction. **Keywords:** Jurisdiction, Exceptions to the Exercise of Jurisdiction, Jurisdictional Immunity, States, Diplomatic and Consular Representatives, International Organizations.*

La inmunidad de jurisdicción en el Tribunal Supremo de Justicia (2021-2023)

José Antonio BRICEÑO LABORÍ*

Revista FCJP, ISSN 0798-4456, ISSN-e 3007-4436,

N.º 140, 2024, pp. 247-285.

SUMARIO: Introducción 1. Bases conceptuales de la inmunidad de jurisdicción 1.1. *Inmunidad de jurisdicción de los Estados soberanos* 1.2. *Inmunidad de los funcionarios diplomáticos y consulares* 1.3. *Inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales* **2. Análisis de las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en materia de inmunidad de jurisdicción (2021-2023)** 2.1. *Caso Lis-medey Elena Villanueva Ramírez vs. Consulado de Colombia en Puerto Ordaz* 2.2. *Caso Luis Miguel Mulet Molina vs. Embajada de los Estados Unidos de América* 2.3. *Caso Carla Papinutto Miglioranzi vs. Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela* 2.4. *Caso Carlos Marcelino Rubio vs. Consulado de la República del Ecuador* 2.5. *Caso María Augusta Torres Villavicencio vs. Embajada de la República de Ecuador en Venezuela* 2.6. *Caso Mohamad Ahmad Mansour y otros vs. Embajada del Reino de Arabia Saudita* 2.7. *Casos Arianna Sofía Guevara Palermo vs. Corporación Andina de Fomento y Guillermo León Landázuri Flores vs. Corporación Andina de Fomento*
Conclusiones

* **Universidad Central de Venezuela** (Caracas-Venezuela), Abogado; Tesista de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado; Profesor de Derecho Internacional Privado. **Universidad Católica Andrés Bello** (Caracas-Venezuela), Profesor de Derecho Internacional Privado.

Introducción

Dentro del estudio de la jurisdicción sobre asuntos de Derecho Internacional Privado se revisan una serie de excepciones que impiden el ejercicio de la jurisdicción previamente afirmada en favor de los tribunales venezolanos. En tal sentido, la doctrina¹ ha sistematizado estas excepciones en tres grupos: i. las derivadas de la cualidad de los sujetos (inmunidad de jurisdicción); ii. las derivadas del ejercicio de la autonomía de la voluntad (cláusulas de elección de foro a favor de un tribunal extranjero y acuerdos de arbitraje); y iii. las derivadas de razones procesales (litispendencia internacional, cosa juzgada internacional, conexidad internacional y *forum non conveniens*).

Dentro de este elenco de excepciones nos concentraremos en el presente artículo en la institución de la inmunidad de jurisdicción. Nuestro principal objetivo con este trabajo es revisar las decisiones que en materia de inmunidad de jurisdicción ha emitido el Tribunal Supremo de Justicia en el período 2021-2023, de forma tal de contar con una idea del estado actual del asunto y de qué aspectos se pueden mejorar en el tratamiento de la inmunidad de jurisdicción a nivel de los tribunales venezolanos². No obstante, nos es importante sentar unas mínimas bases conceptuales

¹ Yaritza PÉREZ PACHECO, *La jurisdicción en el Derecho Internacional Privado* (Caracas: UCV, 2008), p. 157.

² En tal sentido, este artículo se plantea como una continuación de aquel que se publicó en coautoría, donde se abordó el tratamiento de la inmunidad de jurisdicción en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo de Justicia entre 1990 y marzo de 2019. *Vid.* Andrea Carolina OLIVARES HERNÁNDEZ y José Antonio BRICEÑO LABORÍ, «La inmunidad de jurisdicción y su tratamiento por la jurisprudencia venezolana», *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado* 2 (2020): pp. 299-338, http://saber.ucv.ve/ojs/index.php/rev_adipc/article/view/19165/144814485549. Más adelante se hará reseña de una decisión del año 2019 que no fue incluida en el mencionado artículo porque fue emitida con posterioridad a su publicación. El salto al año 2021 obedece a que en el año 2020 no fue emitida alguna decisión del Tribunal Supremo de Justicia en materia de inmunidad de jurisdicción.

sobre la inmunidad de jurisdicción, especialmente aquella referida a los Estados soberanos, representantes diplomáticos y consulares y organizaciones internacionales³, para luego abordar críticamente las decisiones relevantes del Tribunal Supremo de Justicia en el mencionado período.

1. Bases conceptuales de la inmunidad de jurisdicción

1.1. Inmunidad de jurisdicción de los Estados soberanos

La inmunidad de jurisdicción de los Estados soberanos supone que los tribunales de un Estado no pueden ejercer jurisdicción respecto de juicios en los cuales sean parte otros Estados soberanos sin el consentimiento de estos. De tal manera que se constituye como una excepción al ejercicio de la jurisdicción que le reconoce su sistema de fuentes de Derecho Internacional Privado⁴. Respecto al fundamento de esta inmunidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia afirman, de manera general, que se encuentra en los principios de soberanía e igualdad de los Estados⁵. Es especialmente relevante este último principio, ya que, como consecuencia de la igualdad, ningún Estado puede ejercer jurisdicción sobre otro⁶. De allí

³ No trataremos acá lo relativo a la inmunidad de jurisdicción de los jefes de Estado y de Gobierno y ministros de Relaciones Exteriores. Al respecto, *vid.*, OLIVARES HERNÁNDEZ y BRICEÑO LABORÍ, «La inmunidad de jurisdicción y su tratamiento por la jurisprudencia venezolana», pp. 309-311.

⁴ En tal sentido, tal como será reiterado en el análisis de las decisiones, es importante considerar que la inmunidad de jurisdicción, como todas las demás excepciones listadas en la introducción de este trabajo, suponen que previamente los tribunales venezolanos hayan afirmado su jurisdicción para conocer un asunto con elementos de extranjería relevantes conforme a su sistema de fuentes. De allí la razón de que se denominen a estas instituciones como excepciones al ejercicio de la jurisdicción.

⁵ Fabiola ROMERO, «Inmunidad de jurisdicción», en *Derecho Procesal Civil Internacional* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales-UCV, 2010), p. 238.

⁶ Antonio LINARES, *Derecho Internacional Público* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1992), t. I, p. 148.

que se considere que el concepto de inmunidad descansa en la máxima *par in parem non habet jurisdictionem*⁷.

Para DE MAEKELT, la inmunidad de jurisdicción de los Estados tiene un fundamento pragmático y lógico, como lo es el hecho de que el Estado no puede estar expuesto de manera absoluta al extremo de la quiebra o de la realización forzada frente a la acción de terceros Estados o particulares en que el interés individual predomine por encima del bienestar general⁸.

Este principio se formuló originariamente en términos absolutos. No obstante, con motivo de la variación de las realidades históricas, políticas y económicas que han determinado que los Estados se hayan convertido en agentes del comercio internacional, participando cada vez más en las actividades económicas que suelen emprender los particulares, incluyendo las diversas parcelas del ámbito empresarial, se ha relativizado la regla, permitiéndose que en ciertos casos los Estados, sus divisiones, departamentos, oficinas o instrumentalidades puedan ser sometidos a la jurisdicción de tribunales extranjeros⁹.

Actualmente, puede afirmarse que se ha migrado de una concepción absoluta de inmunidad a una concepción restringida, limitada o restrictiva. Una muestra de ello ha sido la amplia adopción que ha recibido esta última concepción en distintos instrumentos a nivel internacional¹⁰,

⁷ Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN, «La relatividad de la regla *par in parem non habet jurisdictionem*», en *Libro-homenaje a Haroldo Valladão: Temas de Derecho Internacional Privado* (Caracas: UCV-Fundación Roberto Goldschmidt, 1997), p. 527.

⁸ Tatiana B. DE MAEKELT, «Inmunidad de jurisdicción de los Estados», en *Libro homenaje a José Mélich Orsini* (Caracas: UCV, 1982), t. I, p. 214.

⁹ HERNÁNDEZ-BRETÓN, «La relatividad de la regla *par in parem non habet jurisdictionem*», pp. 527-528. En igual sentido, DE MAEKELT, «Inmunidad de jurisdicción de los Estados», p. 213.

¹⁰ ROMERO, «Inmunidad de jurisdicción», p. 239, señala que la tesis restringida de la inmunidad de jurisdicción de los Estados es la aceptada hoy por la mayoría de los instrumentos que la regulan.

en donde se prevén criterios para diferenciar aquellos casos en los cuales opera la inmunidad de aquellos en los cuales no procede.

El criterio más extendido es aquel que distingue entre los actos de imperio (*acta iure imperii*) y los actos de gestión (*acta iure gestionis*). Según esta construcción teórica, los primeros actos designan los actos soberanos o actos en los cuales los Estados actúan como tales, mientras que los segundos definen los actos mercantiles o empresariales realizados por los Estados. Conforme a esta clasificación, la inmunidad de jurisdicción solo ampararía a los actos de imperio; por el contrario, si se trata de actos de gestión, los Estados soberanos estarían sometidos a la jurisdicción de los Estados en la medida que las normas nacionales sobre jurisdicción directa así lo prescriban¹¹.

En cuanto al criterio para diferenciar entre los actos de imperio y los actos de gestión, se ha debatido entre atender a la naturaleza del acto o a su finalidad. De conformidad con la primera postura, si la naturaleza del acto es pública o implica que el Estado actúa en la esfera del Derecho público ejercitando —o pudiendo ejercer prerrogativas— de Poder Público, el Estado gozará de inmunidad. Contrariamente, si la naturaleza del acto es privada o el Estado actúa en el marco de una relación de Derecho privado, podrá ser sometido a tribunales internos de otro Estado¹². Por su parte, conforme a la segunda postura, un acto se considerará de imperio si responde a un fin público del Estado¹³. Debido a las imprecisiones a las que podrían conducir ambos criterios, algunos sistemas y tratados se han decantado por la elaboración de listas que expresen taxativamente en cuáles supuestos estaría amparado un Estado de inmunidad¹⁴.

¹¹ HERNÁNDEZ-BRETÓN, «La relatividad de la regla *par in parem non habet jurisdictionem*», p. 528.

¹² ROMERO, «Inmunidad de jurisdicción», p. 240.

¹³ Ídem., y las críticas allí expuestas.

¹⁴ A esa fórmula han recurrido el Convenio Europeo sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados de 1972 y su Protocolo Adicional del mismo año, así como la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de

A nivel del sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado venezolano, vemos que tan solo el Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante)¹⁵ prevé disposiciones sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados soberanos. En los artículos 333 a 336 del Código Bustamante se establecen los parámetros de procedencia de la inmunidad de jurisdicción, de los cuales se evidencia que se asume la postura de la inmunidad de jurisdicción restringida o relativa¹⁶.

A nivel jurisprudencial, el criterio relativo de la inmunidad de jurisdicción de los Estados soberanos ha imperado desde la sentencia del caso Yrama Rodríguez de León vs. Sistema Económico Latinoamericano SELA¹⁷, indicándose reiteradamente que los Estados extranjeros no pueden ser demandados en tribunales venezolanos si el hecho que motivó la demanda fue producido dentro de las funciones soberanas. Por el contrario, si el Estado extranjero actúa como cualquier persona de Derecho privado, se entiende que estaría sometido a nuestra jurisdicción¹⁸. Como veremos, las sentencias recientes en materia de inmunidad de jurisdicción de los Estados soberanos han reiterado este criterio.

los Estados y de sus Bienes de 2004, las cuales han preferido mencionar, taxativamente, las materias en las que no procede la inmunidad de los Estados. *Ibíd.*, p. 241.

¹⁵ Cuya Ley aprobatoria fue publicada en la *Gaceta Oficial* el 09-04-32, siendo depositado el instrumento de ratificación el 03-12-32.

¹⁶ *Vid.*, Antonio SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, *Derecho Internacional Privado* (La Habana: 3.^a, Cultural, 1943), t. III, pp. 103-119 y ROMERO, «Inmunidad de jurisdicción», p. 245.

¹⁷ Aunque en este caso se trataba de una demanda contra una organización internacional, se realizaron precisiones relevantes sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados. CSJ/SPA, sent. N.º 305, de 05-05-94. Sobre este caso: Víctor BENTATA, «Estudio de la sentencia SELA», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* 98 (1996): pp. 223-256, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/articulo/texto/RDUCV/98/rucv_1996_98_223-256.pdf. El artículo incluye como anexo el texto íntegro de la decisión.

¹⁸ OLIVARES HERNÁNDEZ y BRICEÑO LABORÍ, «La inmunidad de jurisdicción y su tratamiento por la jurisprudencia venezolana», pp. 304-309.

1.2. Inmunidad de los funcionarios diplomáticos y consulares

La finalidad de la inmunidad de los representantes diplomáticos es garantizar que estos funcionarios puedan cumplir eficaz y libremente su labor, sin temor a interrupciones indebidas por parte de las autoridades del Estado receptor¹⁹. Este principio ha tenido un largo desarrollo en la práctica internacional. Hace más de 2000 años, ya comentaba CÉSAR que los embajadores eran para todos los pueblos, sagrados e inviolables²⁰. Por ello, el privilegio otorgado a estos agentes tuvo un importante desarrollo en la costumbre de las naciones antes de ser codificado.

En cuanto al fundamento de la inmunidad diplomática, se han planteado a través de los siglos numerosas tesis, de las cuales tres han sido las más relevantes²¹: i la de la extraterritorialidad; ii. la del carácter representativo; y iii. la de interés de la función. La tesis de la extraterritorialidad propugna que los diplomáticos deben reputarse como hallados fuera del territorio donde ejercen sus funciones²². La tesis del carácter representativo

¹⁹ ROMERO, «Inmunidad de jurisdicción», pp. 263 y 264.

²⁰ Este comentario fue realizado por Julio CÉSAR en su obra *Commentarii de bello Gallico*, libro III, capítulo 9, al narrar como los vénetos, uno de los pueblos a los que se enfrentó en la Guerra de las Galias, apresaron a unos embajadores, a pesar de su carácter y de la función que cumplían. La cita es como sigue: «Los Veneti, y los otros estados también, siendo informados de la llegada de César, cuando reflexionaron cuán gran crimen habían cometido, en eso, los embajadores (un personaje que en todas las naciones había sido sagrado e inviolable) habían sido detenidos por ellos, y arrojados a prisión, resolvieron prepararse para una guerra en proporción a la grandeza de su peligro, y especialmente para proporcionar aquellas cosas que pertenecen al servicio de una armada, con la mayor confianza, en la medida en que dependían en gran medida de la naturaleza de su situación» (trad. libre del autor). Caii Julii CAESARIS, *Commentarii de bello Gallico* (Sulzbach: I.E. v. Seidel'schen Buchandlung, 1832), p. 104, <https://books.google.co.ve>.

²¹ LINARES, *Derecho Internacional Público*, p. 211.

²² Esta misma tesis es la que fundamenta la idea de que la sede de la embajada se entiende como una prolongación del territorio del Estado acreditante. GROCIO, uno de los principales representantes de la tesis de la extraterritorialidad, indicaba que: «Por lo cual, definitivamente opino que agradó a las gentes, que la costumbre

indica que el privilegio de la inmunidad se fundamenta en el hecho de que el embajador es una representación del Estado acreditante²³. Finalmente, la tesis del interés en la función sostiene que los privilegios e inmunidades concedidos a los representantes diplomáticos y consulares, se confieren con el interés de que estos desempeñen su función libremente²⁴. Esta última tesis es la que prevalece en la actualidad y es la que está consagrada en la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas²⁵ y en la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares²⁶.

común que a cualquiera que existe en territorio ajeno lo somete al territorio de aquel lugar, tuviera excepción en los legados, para que los que por cierta ficción son considerados por las personas, de los mitentes (Había llevado consigo la representación del Senado, la autoridad de la República, dice del legado M. Tulio), así también por semejante ficción fuesen constituidos como fuera del territorio, y, por tanto, no son obligados por el Derecho Civil del pueblo con el que viven», Hugo GROCIO, *Del derecho de la guerra y de la paz* (Madrid: Reus, 1925), t. III, p. 29.

²³ Esta tesis tiene dentro de sus representantes a MONTESQUIEU, quien indicó lo siguiente: «Las leyes políticas exigen que todos estén sujetos a los tribunales criminales y civiles del país donde viven y a la animadversión del soberano. El Derecho de gentes ha establecido que los príncipes se envíen embajadores, y la razón, fundada en la naturaleza de la cosa, no ha permitido que estos representantes dependan del soberano del país a que se envían ni de sus tribunales. Son la palabra del príncipe que los nombra, y esta palabra debe ser libre. Es menester que no les impida obrar ningún obstáculo», *El espíritu de las leyes* (Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906), t. II, pp. 232 y 233.

²⁴ PÉREZ PACHECO, *La jurisdicción en el Derecho Internacional Privado*, p. 162.

²⁵ Ley aprobatoria publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 27 612, del 07-12-64. Venezuela ratificó el Tratado en fecha 16-03-65. En su preámbulo, la Convención expresa que los privilegios e inmunidades de los funcionarios diplomáticos se conceden «no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados».

²⁶ Ley aprobatoria publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 4974 extraordinario, del 22-09-65. Venezuela ratificó el Tratado en fecha 27-10-65. En el preámbulo de esta Convención, se indica que la finalidad de los privilegios e inmunidades de los funcionarios consulares «no es beneficiar a particulares, sino garantizar a las oficinas consulares el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos».

La inmunidad de jurisdicción de los representantes diplomáticos es regulada en la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas. En el artículo 31.1 de tal instrumento se prevé como principio que el agente diplomático gozará de inmunidad civil, penal y administrativa en el Estado receptor, estableciéndose tres excepciones en donde tal inmunidad no opera²⁷. De la conjunción de la regla general con las excepciones se evidencia que la inmunidad prevista en esta Convención es de gran alcance, lo cual se debe a que las excepciones son limitadas a casos en donde el agente diplomático actúa como un particular. No obstante, se entiende en todo caso que la inmunidad de jurisdicción en el Estado receptor no libra al agente diplomático de la jurisdicción del Estado acreditante, por lo que cualquier persona que tenga un reclamo contra estos agentes, que no se encuadre en las excepciones a la inmunidad de jurisdicción, conserva la posibilidad de demandar ante los tribunales del Estado acreditante.

En lo que respecta a la inmunidad de jurisdicción de los representantes consulares, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares establece en su artículo 43.1 que los funcionarios y los empleados consulares no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares. La forma en la que está planteada la inmunidad de los funcionarios y empleados consulares hace necesaria la prueba de que el agente en cuestión se encontraba en el ejercicio de sus funciones consulares, dado que no bastaría el simple alegato. En este

²⁷ Las cuales se refieren a casos en donde se trate: i. de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión; ii. de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como executor testamentario, administrador, heredero o legatario; o iii. de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.

supuesto, correspondería al agente probar que se encontraba realizando alguna de las funciones detalladas en el artículo 5 de la Convención, correspondiéndole al accionante la carga de probar lo contrario²⁸.

En cuanto a las excepciones de la inmunidad de jurisdicción, la Convención expresa que esta no operará i. cuando el procedimiento civil resulte de un contrato que el funcionario consular, o el empleado consular, no haya concertado, explícita o implícitamente, como agente del Estado que envía; o ii. cuando el procedimiento civil sea entablado como consecuencia de daños causados por un accidente de vehículo, buque o avión, ocurrido en el Estado receptor (artículo 43.2 literales a y b).

A nivel de las fuentes venezolanas relevantes en la materia, vemos que existen dos instrumentos que regulan el tema de la inmunidad de los funcionarios diplomáticos y consulares, a saber: el Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante)²⁹ y la Ley de Inmunidades

²⁸ En sentido similar: Sanderijn DUQUET, «Immunities of Diplomatic and Consular Personnel – An Overview», en *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Tom RUYS *et al.* editores (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), p. 418.

²⁹ Sobre el tema en cuestión el Código Bustamante indica que las disposiciones relativas a la inmunidad de los Estados soberanos y los jefes de Estado (artículos 333 al 336), serán aplicables a los funcionarios diplomáticos extranjeros (artículo 337). Esto implica que: i. los tribunales de cada Estado contratante serán incompetentes para conocer los asuntos civiles o mercantiles iniciados frente a los funcionarios diplomáticos extranjeros, salvo el caso de sumisión expresa o de demandas reconventionales; ii. los tribunales de cada Estado contratante serán incompetentes para conocer acciones reales contra los funcionarios diplomáticos extranjeros, cuando estos han actuado en el asunto como tales y en su carácter público; y iii. cuando los funcionarios diplomáticos extranjeros han actuado como personas privadas, los tribunales de cada Estado contratante podrán ser competentes para conocer acciones reales o mixtas, si esta competencia le es asignada por las normas correspondientes del Código. Respecto a los cónsules extranjeros, establece el artículo 338 del Código Bustamante que solo tendrán inmunidad respecto de sus actos oficiales.

y Prerrogativas de los Funcionarios Diplomáticos Extranjeros³⁰. A pesar de ser todavía Derecho vigente en Venezuela, la aplicación práctica de estas fuentes se ha reducido en vista de: i. la especialidad de las Convenciones de Viena de 1961 y 1963 frente al Código Bustamante; ii. que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas ha sido ratificada por 193 países³¹, mientras la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares ha sido ratificada por 182 países³²; y iii la prevalencia de las Convenciones de Viena 1961 y 1963 frente a la ley interna, en razón de la jerarquía de fuentes establecida en la Ley de Derecho Internacional Privado.

1.3. Inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales

Actualmente es reconocido que las organizaciones internacionales son sujetos del Derecho Internacional Público. Su principal función es fomentar y preservar la cooperación entre los Estados que la componen, así

³⁰ *Vid. Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 21 788, de 17-08-45. Sobre el tema en cuestión, esta Ley indica lo siguiente: i. los funcionarios diplomáticos extranjeros están exentos de toda jurisdicción civil o criminal de los tribunales de la República y por lo tanto no pueden ser procesados sino por los tribunales de su Estado, salvo el caso en que debidamente estén autorizados por su Gobierno renuncien a la inmunidad (artículo 5); ii. la inmunidad de jurisdicción sobrevive a los funcionarios diplomáticos en cuanto a las acciones que con ella se relacionen, mientras que los otros privilegios e inmunidades no podrán ser invocados sino mientras aquellos duren en sus funciones (artículo 6); iii. las personas que gocen de la inmunidad de jurisdicción pueden rehusar comparecer como testigos ante tribunales de la República (artículo 7); iv. los funcionarios diplomáticos comenzarán a gozar de la inmunidades desde el momento en que entren en territorio de la República, siempre que den a conocer su carácter (artículo 8); y v. en caso de fallecimiento del funcionario diplomático, su familia continuará el goce de las inmunidades por un plazo razonable que no será menor de un mes a juicio del Ministerio de Relaciones Exteriores, hasta que abandonen el territorio de la República (artículo 10).

³¹ *Vid.* https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-3&chapter=3&clang=en.

³² *Vid.* https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-6&chapter=3.

como satisfacer sus intereses comunes³³. Por ello, son sujetos que carecen de soberanía, en virtud de que son los Estados a través de su potestad soberana quienes les otorgan su personalidad jurídica y su mandato funcional³⁴. Además de ello, carecen de territorio, razón por la cual siempre necesitan de un acuerdo con uno o más Estados para establecer las sedes en donde desempeñarán su actividad.

La evolución de la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales ha seguido un camino distinto en comparación con el de la inmunidad de los Estados soberanos, dado que su origen reside precisamente en la voluntad de los Estados miembros de la organización de concederle los privilegios e inmunidades necesarios para su debido funcionamiento³⁵. De allí que se afirme que el fundamento de las inmunidades de las organizaciones internacionales reside en la teoría de la «necesidad funcional», debido a que estas «son indispensables para garantizar el ejercicio de las funciones que les fueron concedidas u otorgadas por los Estados partes a través de los respectivos tratados constitutivos»³⁶.

³³ ROMERO, «Inmunidad de jurisdicción», p. 267.

³⁴ Juan Carlos E. VARGAS A. y Eduardo RODRÍGUEZ-WEIL, «La inmunidad de jurisdicción y ejecución de las organizaciones internacionales: un tema antiguo con relevancia actual», *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* 21 (2013): p. 520, https://ihladi.net/wp-content/uploads/2017/07/17__VARGAS.pdf.

³⁵ *Vid.* «Guía práctica de aplicación de la inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales preparada por Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos», https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CJI_Inmunidades_de_organizaciones_internacionales_Informe_Guia_Practica_2018.pdf, especialmente, interesa el lineamiento 1 y la nota del Relator.

³⁶ *Vid.* VARGAS A. y RODRÍGUEZ-WEIL, «La inmunidad de jurisdicción y ejecución de las organizaciones internacionales: un tema antiguo con relevancia actual», pp. 520 y 521, incluyendo la doctrina citada en las notas 90 y 91. En el mismo sentido, el lineamiento 2 de la Guía práctica de aplicación de la inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales, indica lo siguiente: «La inmunidad jurisdiccional se otorga a las organizaciones internacionales para hacer posible la realización de su objeto y fin».

En cuanto al fundamento normativo de la inmunidad de jurisdicción, se evidencia que no existe una norma general que la consagre para todos los casos, sino que ella depende de que les sea reconocida explícitamente por los tratados que la constituyan o bien por los acuerdos sede³⁷. Sin embargo, hay instrumentos como la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas de 1946³⁸, la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Agencias Especializadas de las Naciones Unidas de 1947³⁹ y la Convención sobre la Representación de los Estados en sus relaciones con las Organizaciones Internacionales de 1975⁴⁰, que son referencia en esta materia⁴¹.

En lo que respecta al alcance de la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales, vemos que también dista de lo explicado en materia de inmunidad de jurisdicción de los Estados. Como indicamos antes, actualmente se establece que la inmunidad de jurisdicción de los Estados es restringida solo a los casos en donde la actuación del Estado esté revestida de imperio (actos *iure imperii*), no abarcando, por ende, aquellas actuaciones en donde el Estado se comporta como un particular (actos *iure gestionis*).

³⁷ ROMERO, «Inmunidad de jurisdicción», p. 267.

³⁸ Que cuenta actualmente con 162 Estados miembros. Vid. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-1&chapter=3&clang=_en. Entre estos países se incluye Venezuela, siendo que la Ley aprobatoria fue publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 5139 extraordinario, del 11-03-97, depositándose el instrumento de adhesión en fecha 21-12-98.

³⁹ Que cuenta actualmente con 131 Estados miembros. Vid. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-2&chapter=3&clang=_en.

⁴⁰ Que cuenta con 34 Estados miembros. Vid. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-11&chapter=3&clang=_en.

⁴¹ Vid. ROMERO, «Inmunidad de jurisdicción», pp. 268 y 269; VARGAS A. y RODRÍGUEZ-WEIL, «La inmunidad de jurisdicción y ejecución de las organizaciones internacionales: un tema antiguo con relevancia actual», pp. 523 y 524.

En el caso de las organizaciones internacionales se ha indicado que su inmunidad es funcional, actuando esta frente a todo procedimiento judicial respecto de actos realizados para la consecución de su objeto y fin⁴². No obstante, establecer los límites de la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones es una tarea compleja dado que no es excluir, sin más, los actos privados de la organización.

Como indica la *Guía práctica de aplicación de la inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales* preparada de la Organización de Estados Americanos, «no todo acto de *iure gestionis* puede ser excluido *per se*, sino solo aquéllos que no están relacionados con el objeto y fin»⁴³. Para ello, la mencionada guía indica que debe cumplirse «un umbral de necesidad»⁴⁴ para hacer valer la exclusión de la inmunidad jurisdiccional. En el caso de los actos comerciales se entiende que la inmunidad de jurisdicción es relativa. Esto en materia de actos comerciales implicaría que solo estarán cubiertos por la inmunidad aquellos actos que sean necesarios para la consecución de los fines de la organización, correspondiéndole determinar ello al juez.

No obstante, la distinción no es tan sencilla frente a las relaciones laborales asumidas por la organización internacional en el Estado receptor, dado que normalmente se ha reconocido que las organizaciones internacionales gozan de inmunidad de jurisdicción frente a las reclamaciones de naturaleza laboral de sus empleados⁴⁵. El Lineamiento 4 de la mencionada Guía práctica plantea una visión menos estricta, dado que indica que: «Las organizaciones internacionales carecen de inmunidad

⁴² Vid. Lineamiento 3 de la *Guía práctica de aplicación de la inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales*.

⁴³ Lineamiento 4, nota del relator.

⁴⁴ *Ídem*.

⁴⁵ VARGAS A. y RODRÍGUEZ-WEIL, «La inmunidad de jurisdicción y ejecución de las organizaciones internacionales: un tema antiguo con relevancia actual», p. 529.

jurisdiccional para actos donde participa como actor en el mercado, incluyendo disputas en materia laboral que no comprometen la autonomía de la organización...». Esto haría entender que podría distinguirse entre personal esencial y personal no esencial en la organización internacional para el cumplimiento de sus objetivos y fines. En el primer caso operaría la inmunidad de jurisdicción, en el segundo no.

Lo dicho hasta ahora deja algunas preguntas pendientes: ¿qué alternativa tiene aquella persona que se involucra en una actuación comercial con la organización internacional que se repunte esencial para el cumplimiento de sus objetivos y fines?, ¿de qué forma podrán buscar reparar sus derechos aquellos empleados que son esenciales para el cumplimiento de los objetivos y fines de la organización? Esta cuestión surge porque, a diferencia de lo que ocurre con los representantes diplomáticos y consulares, las organizaciones no tienen un Estado de origen o un Estado acreditante, al ser sujetos del Derecho Internacional Público que carecen de territorio soberano.

Es por ello que el estándar que se ha impuesto es evaluar si la organización internacional ha establecido un mecanismo de solución de disputas que garantice el acceso a la justicia de aquellas personas que sean parte de alguna controversia cubierta por la inmunidad, para poder hacer valer este privilegio ante los tribunales del Estado receptor⁴⁶. De hecho, se ha afirmado que para que proceda la inmunidad de jurisdicción respecto de una organización internacional, resulta indispensable que se haya previsto previamente un procedimiento para la resolución de los conflictos que puedan presentarse⁴⁷. Lo contrario significaría afectar el derecho de acceso a la justicia de las personas involucradas con la organización internacional.

⁴⁶ ROMERO, «Inmunidad de jurisdicción», p. 268 y VARGAS A. y RODRÍGUEZ-WEIL, «La inmunidad de jurisdicción y ejecución de las organizaciones internacionales: un tema antiguo con relevancia actual», pp. 526-529.

⁴⁷ ROMERO, «Inmunidad de jurisdicción», p. 268.

Lo anterior hace notar que, frente una demanda en donde la organización internacional alegue la inmunidad de jurisdicción y exista una base normativa (tratado constitutivo o acuerdo sede) que indique que efectivamente la organización demandada goza del privilegio de la inmunidad de jurisdicción, el juez debe proceder a evaluar lo siguiente: i. si el acto que fundamenta el reclamo ha sido realizado para la consecución de su fin o, en el caso de demandas laborales, si el accionante realiza una actividad que sea esencial para el cumplimiento de los objetivos y fines de la organización; y ii. en caso de verificarse alguno de los criterios nombrados, si existe un mecanismo alternativo para que el o los accionantes busquen la reparación de los derechos afectados.

Como veremos, lo indicado dista del tratamiento que da la jurisprudencia venezolana al tema de la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales, lo cual se ha reiterado en decisiones que entran dentro del período temporal objeto de nuestro análisis.

2. Análisis de las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en materia de inmunidad de jurisdicción (2021-2023)

*2.1. Caso Lismedy Elena Villanueva Ramírez vs. Consulado de Colombia en Puerto Ordaz*⁴⁸

Mediante la presente decisión la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia conoció una consulta obligatoria de jurisdicción en el contexto de una demanda por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales. Una vez admitida la demanda el tribunal de instancia ordenó la notificación de la parte demandada. Como esta fue infructuosa, la demandante solicitó que se le nombrara como correo especial a los fines de practicar la notificación en la sede central de la Cancillería de Colombia. Ante esta solicitud el tribunal de instancia declaró:

⁴⁸ TSJ/SPA, sent. N.º 23, de 03-03-21, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/311371-00023-3321-2021-2020-0052.html>.

i. improcedente la solicitud de la parte actora; y ii. la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocer el asunto. De ahí que los autos hayan subido al conocimiento de la Sala Político-Administrativa por vía de consulta obligatoria de jurisdicción⁴⁹.

Dentro de sus consideraciones para decidir la Sala comenzó señalando lo siguiente, tomando en cuenta que la parte demandada en este caso era una representación consular de un Estado extranjero:

Al respecto, esta Sala ha señalado que cuando se esté en presencia de una controversia de naturaleza laboral entre un ciudadano y la representación diplomática de un Estado extranjero, deben los tribunales ante los cuales se planteen tales reclamaciones entender que el demandado es la persona para quien efectivamente fue prestado el servicio, esto es, el Estado extranjero y no el funcionario que lo representa, ya que admitir lo contrario, vale decir, que es este último el sujeto pasivo de la acción, conduciría necesariamente a la aplicación del principio de inmunidad de jurisdicción, en desmedro de los derechos e intereses del accionante quien se vería obligado a intentar la demanda en una evidente situación de desigualdad frente a la otra parte, contradiciendo abiertamente la noción de justicia material contenida en el vigente texto constitucional.

Con ello, la Sala reiteró su criterio en caso de demandas laborales contra representaciones diplomáticas o consulares de un Estado extranjero, en el sentido de tomarla como una demanda contra el Estado soberano y no contra el representante diplomático o consular⁵⁰. Además, la Sala

⁴⁹ Prevista tanto en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 4209 extraordinario, de 18-09-90 y en el artículo 57 de la Ley de Derecho Internacional Privado, *Gaceta Oficial* N.º 36 511, de 06-08-98.

⁵⁰ Este criterio se ha sido desarrollado en las siguientes decisiones: i. TSJ/SPA, sent. N.º 1967, de 19-09-01 (caso: Militza Concepción López vs. Oficina Popular de la

reconoció una vez más que este razonamiento es planteado para no verse sujeta por el régimen de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en caso de demandas laborales incoadas contra los representantes diplomáticos⁵¹.

En virtud de lo anterior, la Sala procedió a estudiar el asunto bajo los criterios aplicables a los casos en que la parte demandada es un Estado extranjero, para lo cual rescató lo indicado por ella en la decisión del caso

Gran Al Yamahiria Árabe Libia Popular Socialista) <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01967-190901-01-0289.HTM>; ii. TSJ/SPA, sent. N.º 1972, de 19-09-01 (caso: Aurora María Chacón Chacón vs. República del Perú), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01972-190901-01-0524.HTM>; iii. TSJ/SPA, sent. N.º 2090, de 03-10-01 (caso: Jesús Lamelas Domínguez vs. Embajada de la República Federativa del Brasil), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Octubre/02090-031001-01-0563.htm>; iv. TSJ/SPA, sent. N.º 3063, de 20-12-01 (caso: Gloria María Rodríguez Fernández vs. Embajada de Austria), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/03063-201201-01-0893.HTM>; v. TSJ/SPA, sent. N.º 936, de 19-06-03 (caso: Nelly del Carmen Gutiérrez García vs. Embajada de la República del Ecuador), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/00936-190603-2003-0473.HTM>; vi. TSJ/SPA, sent. N.º 43, de 03-02-04 (caso: Luis Miguel Salas Romero vs. Embajada de los Estados Unidos de América), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00043-030204-2000-1112.HTM>; vii. TSJ/SPA, sent. N.º 1907, de 22-11-07 (caso: Manuel Vicente Aponte González vs. Embajada de Japón en Venezuela), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01907-221107-2007-2007-0991.HTMLM>; viii. TSJ/SPA, sent. N.º 2017, de 12-12-07 (caso: Richard Obbinna Anyanwu vs. Embajada de Nigeria en Venezuela), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/02017-121207-2007-2007-1090.HTML>; ix. TSJ/SPA, sent. N.º 70, de 27-01-16 (caso: Sahaila Estebana La Cruz Eraso vs. Embajada del Reino de los Países Bajos en Venezuela), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/enero/184557-00070-27116-2016-2015-0929.HTML>; y x. TSJ/SPA, sent. N.º 785, de 05-12-19 (caso: María Augusta Torres Villavicencio vs. Embajada de la República del Ecuador en Venezuela), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/308581-00785-51219-2019-2019-0266.html>.

⁵¹ OLIVARES HERNÁNDEZ y BRICEÑO LABORÍ, «La inmunidad de jurisdicción y su tratamiento por la jurisprudencia venezolana», pp. 317-322.

Lilia Ramírez vs. Estados Unidos de América⁵², la cual había sido ratificada por decisiones posteriores⁵³. En tal sentido, de la cita relevante de la mencionada decisión se deriva que: i. la inmunidad de jurisdicción (de Estados) indica que es el principio según el cual ningún Estado, a menos que consienta en ello voluntariamente, puede ser sometido a la jurisdicción de los tribunales de otro Estado, siendo este principio consecuencia de la igualdad entre Estados (*par in parem non habet jurisdictionem*) y constituye un principio universal de Derecho Internacional Público; y ii. si bien a sus inicios la inmunidad de jurisdicción de los Estados se aplicaba como regla absoluta, actualmente admite excepciones y su carácter es relativo, resultando procedente solo cuando se trata de actos soberanos del Estado (*acta iure imperii*), siendo improcedente cuando se esté en presencia de actos mercantiles o de Derecho privado realizados por el Estado (*acta iure gestionis*).

La Sala procedió entonces a indicar que tales consideraciones eran aplicables al caso en concreto. En tal virtud, la Sala destacó que la demanda incoada por la actora era por motivo de cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales, por lo que era forzoso concluir «que la actuación del Estado demandado se encuentra fuera del ámbito de sus funciones soberanas y nada tiene que ver con la esencia de su actividad gubernamental». Por tales razones la Sala afirmó la jurisdicción de los tribunales venezolanos y revocó la sentencia del tribunal de instancia.

Como vemos, en primer lugar, la Sala cometió un error metodológico que se reitera en muchas decisiones sobre jurisdicción en casos de Derecho Internacional Privado en donde se ve involucrada la institución de la inmunidad de jurisdicción. Este error consiste en obviar el necesario

⁵² CSJ/SPA, sent. N.º 505, de 30-07-98 (caso: Lilia Ramírez vs. Estados Unidos de América).

⁵³ La Sala cita concretamente las decisiones N.ºs 1972/2001, 2090/2001, 3063/2001 y 70/2016.

primer paso de determinar la jurisdicción de los tribunales venezolanos conforme al sistema de fuentes de Derecho Internacional Privado, antes de proceder. Se insiste, lo correcto es determinar la jurisdicción y, solo cuando se ha afirmado la misma en favor de los tribunales venezolanos, luego proceder al conocimiento de una excepción al ejercicio de la jurisdicción⁵⁴.

En lo que respecta al tema de la inmunidad de jurisdicción vemos que esta decisión sigue la marcada línea jurisprudencial de la Sala Político-Administrativa de tomar la demanda como incoada contra el Estado extranjero y no contra el representante diplomático o consular. Si bien en este caso no tenía mayor trascendencia, en virtud de que la demandante había prestado servicio como asesora jurídica en el Consulado de Colombia en Puerto Ordaz, la Sala no entró a ver el tema de si la demandante había efectivamente prestado servicio a la representación del Estado extranjero o para el representante diplomático o consular a título personal, lo cual puede hacer complicado, en este último caso, la aplicación del criterio reiterado en esta decisión⁵⁵.

⁵⁴ «Solo es posible entrar al conocimiento de una excepción al ejercicio de la jurisdicción cuando efectivamente se ha establecido que los tribunales venezolanos pueden conocer el asunto, sea por un criterio previsto en un tratado internacional o en la Ley interna. Dicho de otra manera, no es correcto entrar al conocimiento de una excepción antes de revisar si los tribunales venezolanos tienen o no jurisdicción para conocer el asunto. En todo caso, para que se verifique la declinatoria de la jurisdicción, deben verificarse los requisitos previstos para la excepción interpuesta, previstos en las fuentes aplicables», José Antonio BRICEÑO LABORÍ, «Metodología para la solución de los problemas de jurisdicción en el Derecho Internacional Privado», *Revista de la Facultad de Derecho* 73 (2019): p. 240, <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/view/4567/3807>.

⁵⁵ OLIVARES HERNÁNDEZ y BRICEÑO LABORÍ, «La inmunidad de jurisdicción y su tratamiento por la jurisprudencia venezolana», pp. 320 y 321.

2.2. *Caso Luis Miguel Mulet Molina vs. Embajada de los Estados Unidos de América*⁵⁶

Mediante la presente decisión la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia conoció una consulta obligatoria de jurisdicción en el contexto de una demanda por indemnización de daño moral interpuesta contra la Embajada de los Estados Unidos de América y que fue presentada ante los tribunales laborales de la ciudad de Caracas. En el procedimiento de primera instancia la parte demandada alegó la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos por estar amparada por la inmunidad de jurisdicción.

El tribunal de primera instancia laboral declaró la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos por cuanto consideró que los hechos que dieron lugar a la demanda derivaban del ejercicio de funciones soberanas (*acta iure imperii*), debido a que versaban sobre unas supuestas dolencias morales causadas por el tratamiento que le había dado al actor la Embajada de los Estados Unidos de América en la República Bolivariana de Venezuela, en virtud de una investigación adelantada en su contra por estar en el supuesto negocio de la venta de visas americanas. De ahí que los autos hayan subido a la Sala Político-Administrativa por la consulta obligatoria de jurisdicción.

En sus consideraciones para decidir, la Sala procedió a examinar el asunto a la luz de los criterios aplicables a los casos en que la parte demandada es un Estado extranjero. En tal sentido, la Sala procedió a citar un caso decidido por ella mediante la sentencia N.º 6296 del 23 de noviembre de 2005 (caso: Edwin García Figuera vs. Estados Unidos de América) en donde se decidió una demanda por daños y perjuicios y daño moral contra el mencionado Estado extranjero por la presunta

⁵⁶ TSJ/SPA, sent. N.º 61, de 15-04-21, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/311758-00061-15421-2021-2017-0856.html>.

omisión legal, encubrimiento y complicidad a favor de su dependiente, la fundación *Humanitarian Medical Relief*⁵⁷.

Esta cita llevó a la Sala a reiterar que doctrinal y jurisprudencialmente se admite que los Estados extranjeros no pueden ser demandados ante los tribunales venezolanos si el hecho que motivó la demanda fue producido dentro de las funciones soberanas del Estado (*acta iure imperii*) y que, por el contrario, si el Estado extranjero actuó como lo haría cualquier persona de Derecho privado (*acta iure gestionis*), sí estaría sometido a la jurisdicción de los tribunales venezolanos. La Sala destacó que este criterio ha sido reiterado en diversas decisiones⁵⁸.

La Sala entonces destacó que el criterio antes mencionado era aplicable al caso en concreto en virtud de los hechos alegados por el accionante en su demanda, los cuales aludían a funciones soberanas de los Estados Unidos de América. Por ello la Sala indicó que los tribunales venezolanos carecían de jurisdicción para conocer y decidir la demanda incoada en virtud de la inmunidad de jurisdicción que ostentaba el Estado extranjero demandado.

En la sentencia se evidencia que la Sala, al igual que en el caso *Lismedy Elena Villanueva Ramírez vs. Consulado de Colombia en Puerto Ordaz* antes analizado, decidió directamente el tema de la inmunidad de jurisdicción sin antes determinar la jurisdicción de los tribunales venezolanos conforme al sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado nacional. Insistimos, esto constituye un error metodológico en el análisis y decisión de este tipo de casos.

⁵⁷ Sobre esta decisión: OLIVARES HERNÁNDEZ y BRICEÑO LABORÍ, «La inmunidad de jurisdicción y su tratamiento por la jurisprudencia venezolana», pp. 307 y 308.

⁵⁸ Concretamente la Sala citó las decisiones N.ºs 1967/2001, 1972/2001, 2017/2007 y 70/2016. Adicionalmente, citó TSJ/SPA, sent. N.º 1663, de 30-09-04 (caso: *Estela González vs. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia-UNICEF*), <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/spa/septiembre/01663-300904-2004-1338.HTM>.

No obstante ello, consideramos que el razonamiento de la Sala fue correcto, dado que los hechos objeto de la demanda claramente hacían referencia a funciones soberanas de los Estados Unidos de América, lo cual permitía calificarlos como actos de imperio amparados por la inmunidad de jurisdicción de los Estados soberanos. Ahora bien, a pesar de que en este caso los hechos de la demanda le permitieron a la Sala una calificación de los hechos como actos de imperio en una forma relativamente fácil, debe tenerse en consideración que pueden presentarse situaciones más grises en donde sea necesario establecer un criterio claro para diferenciar los actos de imperio y los actos de gestión, lo cual no se motivó en el presente caso.

2.3. *Caso Carla Papinutto Miglioranzi vs. Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela*⁵⁹

Mediante la presente decisión la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia conoció una solicitud de exequátur de una sentencia dictada por el Tribunal Ordinario de Roma, Sección Laboral, República Italiana, en la cual se instó y condenó al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela a pagar una cantidad de dinero a la solicitante por concepto de pago de pensiones de jubilación adeudadas. La solicitante en exequátur y demandante del procedimiento italiano había prestado servicios por 29 años en el Consulado General de Venezuela en Génova.

Este caso en particular ha sido relevante para el sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en Venezuela, dado que a través de él se establecieron los límites de la competencia de la Sala Político-Administrativa en materia de exequátur, la cual se reincorporó en la

⁵⁹ TSJ/SPA, sent. N.º 70, de 15-04-21, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/311749-00070-15421-2021-2016-0727.html>.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010⁶⁰, luego de seis años en donde la Sala de Casación Civil mantuvo competencia exclusiva a nivel del Tribunal Supremo de Justicia en esta materia⁶¹. En tal sentido, se previó que la Sala Político-Administrativa debe conocer y decidir las solicitudes de exequátur de sentencias extranjeras dictadas contra la República, estados, municipios, entes públicos o empresas en las que alguna de las personas político-territoriales referidas ejerzan un control decisivo y permanente⁶².

Ahora bien, a través de la decisión que comentamos la Sala procedió a decidir el fondo de la solicitud de exequátur. Lo interesante en este caso es que la Procuraduría General de la República interpuso como defensa frente a la solicitud de exequátur que: i. era necesaria una reposición de la causa al estado de notificarse al Procurador General de la República en el procedimiento italiano; y ii. que en este caso era aplicable la doctrina de la inmunidad de jurisdicción.

En sus consideraciones para decidir, la Sala procedió a determinar la fuente aplicable para resolver la solicitud de exequátur conforme al

⁶⁰ *Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 522, de 01-10-10. Esta competencia se ha mantenido también en la Ley Orgánica publicada en la *Gaceta Oficial* N.º 6684 extraordinario, de 19-01-22.

⁶¹ En virtud de la Ley Orgánica publicada en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 37 942, de 20-05-04.

⁶² *Vid. i.* TSJ/SCC, sent. N.º 693, de 31-01-16, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/decisiones/scc/noviembre/191806-exe.000693-31116-2016-16-639.html>, a través de la cual la Sala de Casación Civil, ante la cual se planteó inicialmente la solicitud de exequátur, declinó su incompetencia; *ii.* TSJ/SPA, sent. N.º 78, de 16-02-17, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/196091-00078-16217-2017-2016-0727.html>, mediante la cual la Sala Político-Administrativa aceptó la competencia declarada por la Sala de Casación Civil. *Vid.* igualmente, José Antonio BRICEÑO LABORÍ y Andrea Carolina OLIVARES HERNÁNDEZ, «Régimen actual de la competencia para conceder el exequátur a sentencias extranjeras en Venezuela», en *Libro homenaje al Dr. Pedro Nikken*, Allan R. BREWER-CARÍAS y Carlos AYALA CORAO, coords. (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Editorial Jurídica Venezolana, 2021), t. II, pp. 970-973.

artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado. En tal sentido, al no haber un tratado vigente entre la República Italiana y la República Bolivariana de Venezuela en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, la Sala determinó como fuente aplicable la Ley de Derecho Internacional Privado. A continuación, la Sala procedió al análisis de los requisitos de eficacia establecidos en el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado y verificar si se cumplían o no en el presente caso.

En esta ocasión no analizaremos la totalidad del análisis realizado por la Sala en cuanto a los requisitos de eficacia, sino que solamente nos concentraremos en su estudio del requisito previsto en el numeral 1 del artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Ello se debe a que en la revisión de tal requisito la Sala respondió el argumento de la Procuraduría General de la República en cuanto a la inmunidad de jurisdicción.

El artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado en su numeral 1 prevé como requisito de eficacia de las sentencias extranjeras el que la sentencia foránea debe haber sido dictada en materia civil o mercantil o, en general, en materia de relaciones privadas. En tal sentido, la Sala indicó que era necesario definir lo que se consideraba por relaciones privadas y cómo el Estado venezolano actúa en casos en que se constituye como patrono o empleador.

Para ello la Sala partió de dos ideas: i. que las relaciones laborales se encuentran enmarcadas en el Derecho privado; y ii. que cuando el Estado venezolano funge como patrono, la normativa laboral vigente le es aplicable sin distinción alguna de un patrono privado, estando sujeto al cumplimiento del deber de protección y beneficios del trabajador, además de ser susceptible a convertirse en sujeto privado en demandas o requerimientos ante la jurisdicción competente, razón por la cual en el ámbito de relaciones laborales individuales el Estado actúa desprovisto de su investidura.

De seguidas la Sala contrastó lo comentado con la inmunidad de jurisdicción. Para ello citó la decisión del caso *Lilia Ramírez vs. Estados Unidos de América* y, de inmediato, indicó lo siguiente:

Dicha figura jurídica del Derecho Internacional Público, ha sido una de las bases alegada por la representación del Estado venezolano, para buscar revertir la demanda de exequátur acá analizada, sin embargo, esta Sala advierte, que en el caso objeto de análisis se hace presente la relatividad enunciada en la sentencia parcialmente transcrita, por cuanto aun cuando estamos en presencia de un sujeto pasivo de Derecho Internacional Público, como lo es el Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, la naturaleza jurídica de su actuación se encuentra enmarcada en una relación laboral individual con la demandante, vale decir, en una relación jurídica de carácter privado, encontrándose de ese modo desprovisto de su poder estatal.

Como vemos, la Sala se centró en reiterar que en Venezuela rige la tesis relativa de la inmunidad de jurisdicción de los Estados soberanos. Ello le permitió a la Sala indicar que la actuación de la parte demandada se encuadraba en una relación jurídica de carácter privado.

En nuestra opinión, el análisis realizado por la Sala fue adecuado, dado que la República en órgano del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores no podía escudarse en la inmunidad de jurisdicción para impedir el reconocimiento y ejecución de la decisión italiana en Venezuela. Ello se deriva, en primer lugar, como dijo la Sala, del hecho de que en este caso la actuación de la República a través del Ministerio de Relaciones Exteriores encuadra bajo los llamados actos de gestión, a pesar de que esto no fue expresamente indicado por la Sala y, en segundo lugar, que la inmunidad de jurisdicción que haya podido ser alegada en el procedimiento italiano no la liberaría de la ejecución de la decisión foránea en su territorio de origen.

Para finalizar, si bien esta no es la ocasión para realizar un análisis exhaustivo de este caso, del mismo se destaca: i. el comentado tema de la competencia de la Sala Político-Administrativa en materia de exequátur; y ii. el hecho de que se ha reconocido una decisión en donde se condenó judicialmente la República, hito que ciertamente no es común.

2.4. *Caso Carlos Marcelino Rubio vs. Consulado de la República del Ecuador*⁶³

Mediante la presente decisión, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia conoció un recurso de regulación de jurisdicción en el contexto de una demanda por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos productos de la relación laboral derivados de los servicios que prestó el actor por 46 años como personal administrativo en el Consulado de la República del Ecuador. El recurso fue intentado contra la decisión del Tribunal de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas que afirmó la jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocer y decidir la demanda incoada, desestimando el alegato de inmunidad de jurisdicción de la parte demandada.

Del análisis del fondo del asunto por la Sala se destaca que: i. nuevamente omitió en esta decisión determinar la jurisdicción de los tribunales en forma previa a analizar lo relativo a la excepción al ejercicio de la jurisdicción de la inmunidad de jurisdicción; ii. reiteró el criterio antes comentado de que cuando se está en presencia de una controversia de naturaleza laboral entre un ciudadano y la representación diplomática de un Estado extranjero, deben los tribunales entender que la demanda ha sido incoada contra el Estado extranjero y no contra el funcionario que lo representa como una forma de obviar el limitado campo de actuación que dan a la inmunidad de jurisdicción de los representantes diplomáticos

⁶³ TSJ/SPA, sent. N.º 329, de 11-11-21, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/314337-00329-111121-2021-2021-0117.html>.

y consulares⁶⁴; y iii. como la demanda incoada por el actor buscaba la condena de la parte demandada por pago de beneficios laborales no honrados se evidenciaba que se encontraba fuera del ámbito de funciones soberanas del Estado demandado, y que nada tenía que ver con la esencia de su actividad gubernamental, razón por la cual forzosamente se tenía que afirmar la jurisdicción de los tribunales venezolanos. Como vemos una decisión que no dista de los criterios antes analizados.

2.5. *Caso María Augusta Torres Villavicencio vs. Embajada de la República de Ecuador en Venezuela*⁶⁵

Mediante la presente decisión, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia conoció un recurso de casación en el contexto de una demanda por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales. En este caso, al haberse declarado con lugar el recurso de casación incoado contra la sentencia del Tribunal Superior por haber establecido erradamente la distribución de la carga probatoria, la Sala pasó a decidir el fondo de la controversia.

Dentro de sus consideraciones para decidir, la Sala comenzó destacando que previamente la Sala Político-Administrativa mediante sentencia N.º 785/2019⁶⁶ se había pronunciado sobre la regulación de jurisdicción solicitada por la parte demandada, destacándose en la cita que la Sala Político-Administrativa reiteró las consideraciones que previamente ha hecho en otras decisiones en casos de demandas laborales contra representaciones diplomáticas.

⁶⁴ En tal sentido la Sala citó los fallos N.ºs 70/2016 y 785/2019.

⁶⁵ TSJ/SCS, sent. N.º 63, de 10-03-23, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/323224-063-10323-2023-22-244.html>.

⁶⁶ *Vid. supra* nota 50. Esta decisión no fue reseñada en OLIVARES HERNÁNDEZ Y BRICEÑO LABORÍ, «La inmunidad de jurisdicción y su tratamiento por la jurisprudencia venezolana», debido a que fue dictada con posterioridad a la publicación de tal artículo.

Luego la Sala de Casación Social citó la decisión del caso Lismedy Elena Villanueva Ramírez vs. Consulado de Colombia en Puerto Ordaz para determinar que: i. los tribunales venezolanos están obligados a aplicar las normas venezolanas calificadas como disposiciones imperativas, figurando las atinentes a la legislación laboral venezolana; y ii. que ha sido reiterado criterio el que las relaciones laborales se encuentran fuera del ámbito de las funciones soberanas de los Estados extranjeros, por lo que en tales casos no aplica el principio de inmunidad de jurisdicción.

Si bien vemos que lo relativo a la inmunidad de jurisdicción en esta sentencia fue, cuando menos, tangencial, es destacable que haya reiterado el criterio en cuanto a las relaciones laborales con un Estado extranjero y que, a pesar de la referencia a la legislación laboral venezolana como norma imperativa, la Sala de Casación Social no reiteró la jurisdicción de los tribunales venezolanos con base en normas de derecho aplicable, ni entremezcló una norma sobre competencia procesal interna como lo es el artículo 30 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo⁶⁷, lo cual ha ocurrido previamente en algunas decisiones de la Sala Político-Administrativa⁶⁸.

2.6. *Caso Mohamad Ahmad Mansour y otros vs. Embajada del Reino de Arabia Saudita*⁶⁹

Mediante la presente decisión, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia conoció un recurso de regulación de jurisdicción

⁶⁷ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 37 504, de 13-08-02.

⁶⁸ Por ejemplo: i. TSJ/SPA, sent. N.º 21, de 09-02-23 (caso: Félix Manuel Scott Algara vs. Sanofi-Aventis Venezuela, S.A. y otras), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/322525-00021-9223-2023-2022-0380.html>; y ii. TSJ/SPA, sent. N.º 1117, de 14-12-23 (caso: Antonio Rafael Valero Urbanjea vs. J.P. Morgan Chase Bank National Association), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/dicembre/331490-01117-141223-2023-2022-0368.html>.

⁶⁹ TSJ/SPA, sent. N.º 496, de 01-06-23, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/325830-00496-1623-2023-2023-0160.html>.

en el contexto de una demanda por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales, así como de indemnización de daño moral. En este supuesto, el recurso había sido interpuesto contra la sentencia de un Tribunal de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas que afirmó la jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocer la demanda interpuesta.

En sus consideraciones para decidir, la Sala se concentró en dos aspectos⁷⁰: i. que existía un acuerdo de elección de foro en los contratos laborales celebrados entre las partes; y ii. en el tema de la inmunidad de jurisdicción. Sobre el primer aspecto, solo a modo de comentario, la Sala partió del artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado, para concluir que en este caso no se cumplían ninguno de los criterios de inderogabilidad de la jurisdicción y que en este caso hubo sumisión expresa a favor de la jurisdicción extranjera. De tal forma que la Sala declaró la falta de jurisdicción respecto de las pretensiones laborales por existir una cláusula de elección de foro a favor de un Estado extranjero.

Ahora bien, en lo que respecta a la pretensión de indemnización de daño moral y la inmunidad de jurisdicción, la Sala pasó a revisar el asunto conforme a los criterios aplicables a los casos en que la parte demandada es un Estado extranjero, citando para ello la decisión del caso *Edwin García Figuera vs. Estados Unidos de América*. Ello llevó a la Sala a indicar lo siguiente:

Por tanto, a juicio de esta Máxima Instancia y las consideraciones antes expuestas respecto al valor relativo de la inmunidad de jurisdicción, resultan aplicables al caso bajo examen, toda vez que

⁷⁰ Sin haber pasado previamente a revisar si los tribunales venezolanos tenían jurisdicción para conocer según los criterios previstos en las fuentes del Derecho Internacional Privado patrio.

los ciudadanos (...) pretenden la indemnización de la Embajada del Reino de Arabia Saudita en virtud del presunto «... daños de tipo psicológico al sentir temor por su seguridad personal, integridad física y la de sus familiares (...) previo a su despido injustificado, bajo coacción (...) estos fueron objeto de amenazas por parte del embajador y de otros miembros del cuerpo diplomático, haciendo énfasis en el hecho [de] que el ciudadano embajador los amenazó con agredirlos físicamente y quitarles la vida a ellos o sus familiares en caso de no renunciar, creando este suceso una paranoia constante en mis representados asumiendo que están siendo vigilados por miembros de la Embajada...». Asimismo, pretenden «... entre un 15 % del monto total de la presente demanda y un 30 % (...) del monto a recibir en euros por (...) concepto de daños psicológicos causados...», en tal sentido, en virtud de la inmunidad de jurisdicción que ostenta el mencionado país, los tribunales venezolanos carecen de jurisdicción para conocer y decidir la demanda incoada...

Como vemos, los hechos denunciados para solicitar la indemnización del daño moral tenían también relación con el ámbito laboral, dado que básicamente se alegaba la supuesta amenaza de agresión en caso de no renunciar. No obstante, la Sala concluyó que en este caso los tribunales venezolanos carecían de jurisdicción para conocer y decidir de esta pretensión. En otras palabras, la Sala tomó la actuación del Estado extranjero como acto de imperio o amparado por sus funciones soberanas.

No está del todo claro cómo la Sala determinó que tal cuestión constituía un acto de imperio y no un acto de gestión. Ella no explicó cuál fue el criterio usado para decidir que aquí sí operaba la inmunidad de jurisdicción, a pesar de que las denunciadas amenazas de agresión supuestamente se dieron en el contexto de una relación laboral y para tratar de generar una renuncia, con lo que era argumentable que no operaba la inmunidad de jurisdicción como lo ha establecido previamente la propia

Sala Político-Administrativa, indicando que en el ámbito de relaciones laborales el Estado extranjero actúa como cualquier particular. Aquí nuevamente se nota, rescatando una idea anterior, que es necesario que la Sala en todo caso explique, especialmente en supuestos grises como el presente, cuáles son los criterios que le permiten diferenciar entre actos de imperio y actos de gestión para determinar si procede o no una excepción de falta de jurisdicción por inmunidad jurisdiccional.

2.7. *Casos Arianna Sofía Guevara Palermo vs. Corporación Andina de Fomento*⁷¹ y *Guillermo León Landázuri Flores vs. Corporación Andina de Fomento*⁷²

En este supuesto unimos el análisis de dos decisiones en un mismo acápite, dado que en ambas sentencias se realizó un análisis básicamente idéntico. En estos supuestos, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia conoció recursos de regulación de jurisdicción respecto de sentencias de Tribunales de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas que afirmaron la jurisdicción de los tribunales venezolanos y desestimaron el argumento de falta de jurisdicción por inmunidad jurisdiccional de la parte demandada. La diferencia entre ambos casos residía básicamente en que el caso Arianna Sofía Guevara Palermo vs. Corporación Andina de Fomento versaba sobre el cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales no pagados, mientras que el caso Guillermo León Landázuri Flores vs. Corporación Andina de Fomento versaba sobre el cobro de diferencia de prestaciones sociales y otros conceptos laborales que sí habían sido pagados.

En las motivaciones para decidir de ambas sentencias se destaca que:

- i. la Sala se circunscribió a precisar si el conocimiento de las causas

⁷¹ TSJ/SPA, sent. N.º 1142, de 14-12-23, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/diciembre/331507-01142-141223-2023-2022-0145.html>.

⁷² TSJ/SPA, sent. N.º 1143, de 14-12-23.

correspondía o no a los tribunales venezolanos o si, por el contrario debía ser conocida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; ii. destacó que en ambos casos se trataba de demandas con elementos de extranjería relevantes y que citó el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, a pesar de que no determinó la fuente aplicable ni procedió a afirmar la jurisdicción de los tribunales venezolanos de forma previa a analizar la procedencia de excepciones al ejercicio de la jurisdicción; iii. la Sala se concentró en indicar que inicialmente la República Bolivariana de Venezuela suscribió los Convenios y Acuerdos de integración de la Comunidad Andina de Naciones, de la cual forma parte Corporación Andina de Fomento pero que luego denunció ante la Comisión de la Comunidad Andina, el Acuerdo Subregional Andino o Acuerdo de Cartagena cesando para la República los derechos y obligaciones derivados de la integración andina el 19 de noviembre de 2011, sin analizar propiamente si esa denuncia tenía efecto o no sobre el alegato de inmunidad de jurisdicción y sobre la existencia de un mecanismo autónomo para que los trabajadores de la Corporación Andina de Fomento intentaran sus reclamos; iv. citó los artículos 39 y 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado, 89, numeral 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 2 y 3 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y 30 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo para simplemente indicar que Corporación Andina de Fomento tiene su sede y ejerce sus funciones en la República Bolivariana de Venezuela y que no constaba la intención de la parte actora de fijar la jurisdicción de su demanda en otro Estado; y v. las demandas versaban sobre el reclamo de conceptos laborales, los cuales atañían al orden público y llevaban a priorizar los principios de justicia social, solidaridad y equidad contenidos en los artículos 11 y 326 de la Constitución y que, de no permitirse su acceso a la justicia venezolana, supondría el menoscabo de la soberanía y seguridad de la Nación, en los términos previstos en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa de la Nación⁷³,

⁷³ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6156 extraordinario, de 19-11-14.

lo cual constituye una motivación novedosa y ciertamente peligrosa, dado que puede llevar a los tribunales venezolanos a afirmar jurisdicción sobre demandas que no se encuadran en los criterios distributivos y atributivos de jurisdicción previstos en las fuentes del Derecho Internacional Privado venezolano. En virtud de todo esto, la Sala declaró sin lugar los recursos de regulación de jurisdicción y, adicionalmente, confirmó las decisiones de los tribunales de primera instancia.

Como vemos, la Sala omitió totalmente pronunciarse sobre el tema de la inmunidad de jurisdicción. Como se trataba acá de unas demandas incoadas contra una organización internacional, consideramos que la Sala debía analizar el alegato conforme al régimen aplicable a tal organización. Esto no ha sido analizado correctamente por la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa, dado que en sus decisiones tiende a confundir el régimen de la inmunidad de jurisdicción de los Estados soberanos con la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales, cuando los mismos parten de bases distintas y tienen criterios diferentes para su procedencia o improcedencia⁷⁴.

Tal como explicamos –*supra* 1.3–, la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales no parte de una norma o de un criterio reiterado a nivel internacional que lleve a entender que está consagrada en todos los casos, sino que requiere que le sea reconocida explícitamente por los tratados que la constituyan o bien por los acuerdos sede. Además de ello, debe tenerse en consideración que la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales es funcional, en el sentido de que actúa frente a todo procedimiento judicial respecto de actos realizados para la consecución de su objeto y fin.

⁷⁴ OLIVARES HERNÁNDEZ y BRICEÑO LABORÍ, «La inmunidad de jurisdicción y su tratamiento por la jurisprudencia venezolana», pp. 334 y 335.

Por tal razón, el análisis de los tribunales venezolanos, en estos casos y en todos aquellos en donde se involucre la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales, debe pasar por: i. determinar si realmente hay una base normativa para la inmunidad de jurisdicción de la organización internacional particularmente demandada; ii. determinar si la labor del demandante podía llevar a calificarlo como personal esencial o bien como personal no esencial para el cumplimiento de los objetivos y fines de la organización internacional; y iii. en caso de ser calificado el demandante como personal esencial, si existe un mecanismo alternativo de solución de disputas que garantice el acceso a la justicia de aquellos trabajadores esenciales para la consecución del objeto y fin de la organización internacional, pudiendo plantear ante ellos sus reclamos laborales.

Conclusiones

Haciendo un balance general de las ocho decisiones analizadas en este artículo, consideramos que:

1. El Tribunal Supremo de Justicia sigue obviando la metodología que debe seguirse para el análisis de los casos en donde se alega la inmunidad de jurisdicción, la cual pasa por: i. determinar los elementos de extranjería relevantes para activar el sistema de Derecho Internacional Privado; ii. verificar la fuente aplicable para determinar la jurisdicción a la luz del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado; iii. determinar si los tribunales venezolanos tienen o no jurisdicción para conocer la demanda en cuestión; y iv. solo en aquellos en donde el paso previo lleve a la afirmación de la jurisdicción de los tribunales venezolanos, pasar al análisis de la excepción al ejercicio de la jurisdicción por la existencia de una inmunidad jurisdiccional (o cualquiera otra excepción a la jurisdicción), bajo el entendido de que solo puede excepcionarse el ejercicio de una jurisdicción efectivamente afirmada en favor de nuestros tribunales.

2. El Tribunal Supremo de Justicia ha seguido reiterando el carácter relativo de la inmunidad de jurisdicción de los Estados. Sin embargo, le resta establecer un criterio claro y preciso para determinar los límites de lo que constituye un acto de imperio y un acto de gestión, especialmente para aquellos casos grises en donde se entremezclan ambos tipos de actos. No obstante, hay que mencionar que el Tribunal al menos ha reconocido, en aquellos casos en donde ha sido evidente, que los Estados extranjeros no pueden ser juzgados en Venezuela por el ejercicio de funciones claramente soberanas, como ocurrió en el caso Luis Miguel Mulet Molina vs. Embajada de los Estados Unidos de América.

3. El Tribunal Supremo de Justicia ha continuado limitando el ámbito de aplicación de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Lo cierto es que no toda demanda incoada contra una representación diplomática o consular debería tomarse como incoada frente al Estado extranjero acreditante, particularmente en el caso de los trabajadores personales del representante diplomático o consular. En todo caso debe haber un balance adecuado entre la obligación asumida por el Estado venezolano en los mencionados tratados y el acceso a la justicia de los demandantes.

4. El Tribunal Supremo de Justicia en los casos de organizaciones internacionales debe cambiar el rumbo y dirigir su análisis a los criterios planteados –véase *supra* 2.7–. Además de ello, consideramos que no es adecuado, como ocurrió en los casos Arianna Sofía Guevara Palermo vs. Corporación Andina de Fomento y Guillermo León Landázuri Flores vs. Corporación Andina de Fomento que se omita el análisis del alegato de falta de jurisdicción por existencia de una inmunidad jurisdiccional, a pesar de que la parte demandada lo haya alegado expresamente.

5. Se evidencia con casos como el de Carla Papinutto Miglioranzi vs. Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela que la inmunidad de jurisdicción puede analizarse más allá del preciso asunto de la determinación de la jurisdicción y que puede tener también influencia en asuntos de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras.

Discurso de Orden en el acto de imposición de medallas a los graduandos integrantes de la CXXIV Promoción de Abogados de la Universidad Central de Venezuela

Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN*

Revista FCJP, ISSN 0798-4456, ISSN-e 3007-4436,

N.º 140, 2024, pp. 287-291.

En este momento tan grato tengo el corazón lleno de una emoción indescriptible, tengo el corazón lleno de UCV. Me embarga el feliz momento, el recinto espectacular que nuevamente se viste de gala para la sagrada y festiva ocasión de celebración universitaria con motivo de la imposición de las medallas a los integrantes de esta CXXIV Promoción de Abogados.

I. Para comenzar una pregunta. ¿En qué creo yo como abogado y profesor de Derecho?

Creo en el Derecho.

Creo en la función civilizadora del Derecho.

Creo en el Derecho como guardián de una sociedad democrática.

Creo en el Derecho como único camino para lograr la vida en paz.

Creo en la fuerza moral del Derecho.

Creo en la universidad venezolana.

Creo en la enseñanza del Derecho.

Creo en el Derecho y creo en la enseñanza del Derecho aquí en la UCV, y no me cansaré de decirlo.

* **Universidad Central de Venezuela** (Caracas-Venezuela), profesor de Derecho Internacional Privado. **Universidad Monteávila** (Caracas-Venezuela), decano. Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

II. Esta declaración sincera es la profesión de fe que me ha acompañado en mi paso como docente por nuestras aulas por más de treinta años y que me acompaña cada día en mi alegría de venir a nuestra Ciudad Universitaria.

En este momento tan grato y tan solemne para ustedes, apreciados graduandos que me han honrado sin que yo tenga palabras bastantes para agradecerles esta distinción, y en este momento también tan grato y tan solemne para nuestra Facultad y para nuestra Universidad, vengo convencido de lo que he venido enseñando ya por varias décadas. Vengo convencido de la función civilizadora y moralizadora que puede desempeñar un profesor de Derecho y así serle útil a nuestra Patria, a la universidad y a los venezolanos. La esperanza de un país ordenado, respetuoso de las instituciones y respetuoso de las leyes irrumpe hoy más que nunca con la fuerza de ustedes, una juventud que lleva en su corazón un más marcado sentido de lo justo y de lo correcto.

Hoy más que nunca se hacen necesarios los abogados. Corrijo: los mejores abogados son los que son necesarios; los que sepan darle al Derecho su justo lugar, que ayuden a recomponer los daños causados por los desaciertos de las equivocadas decisiones y permitan una mejor y más segura convivencia entre las gentes llamadas naturalmente a ser diferentes, a ser lo que cada una de ellas quiera y pueda ser.

Por eso es que ahora más que nunca antes en Venezuela hacen falta los abogados capaces de decirle «no» a los poderosos, que le digan «no» a los que detentan el Poder Público y la fuerza pública, que le digan «no» al poder económico, cada vez que uno de esos poderosos atente contra el Estado de Derecho e irrespete las leyes de la convivencia social. En esta tarea todos los abogados tenemos una gigantesca responsabilidad para con el país porque somos los que estamos más cerca de las desventuras de la gente, de los problemas que enfrentamos aún antes de nacer y que dejamos al desaparecer de la Tierra. Juntos compartimos ahora las

responsabilidad del ejercicio de nuestra profesión apegados a la ley, a la ética y a los principios democráticos.

No más corrupción. Tolerar la corrupción es destruir lo que estudiamos y aprendimos aquí en la Universidad. La corrupción es el primer enemigo de nuestra profesión.

III. Mañana viernes, en nuestra Promoción CXXIV, más de la mitad de nuestros nuevos abogados serán mujeres. Nada de lo que hoy vemos era siquiera imaginable hace cien años. En 1923, hace cien años, egresaron de nuestra Universidad Central de Venezuela, veintitrés muchachos con el título de abogado, ninguna abogada.

Hasta la reforma del Código de Procedimiento Civil en 1916, las mujeres tenían expresamente prohibido ejercer cargos judiciales. Es decir, no podían ser jueces, ni secretarios de tribunales ni ocupar cargo alguno dentro del Poder Judicial. Solo en 1936 se graduó la primera mujer abogada aquí en la UCV. Y si bien todavía queda mucho por hacer, la presencia de la mujer venezolana en todos los ámbitos de la vida demuestra que el reclamo por un trato igualitario y el reclamo por un mundo sin discriminaciones han proporcionado no solo las satisfacciones del caso, sino el aliciente para continuar en lucha permanente, hasta completar la tarea y mantenernos vigilantes para así preservar los sitiales dignamente alcanzados.

Tengo un mensaje especial para los que dentro de poco van a partir buscando su futuro en el extranjero, la invitación es a hacer suya la civilización universal que encontrarán dondequiera que vayan, pero sin perder nuestro propio carácter y límites morales, o como lo expresó ese gran venezolano que fue Rafael María BARALT, la tarea de cada venezolano es «ser cosmopolita sin dejar de ser indígena y patriota».

Para los que se quedarán y ejercerán su profesión de abogados en el país, solo les deseo que tengan la curiosidad, paciencia y honestidad intelectual para seguir aprendiendo, que estudien mucho, mucho, mucho y que tengan mucho mucho trabajo, que suden al trabajar, porque es el trabajo honesto lo que hace digno al hombre y a la mujer que sudan. Esto vale también para los que ejercerán funciones públicas, en especial la función de jueces. Que sean felices con sus familias y que se sientan orgullosos de su Universidad, que la defiendan, para que dentro de veinte o cincuenta años recuerden con gran orgullo estos hermosos días de graduación de abogados.

iv. Hoy me incumbe el deber de recordar a quienes me precedieron en esta maravillosa tarea que ha sido ser un docente ucevista, y quienes para mí han sido el ejemplo a seguir, a quienes venero todos los días, profesores que me enseñaron que la labor del académico es la de servir a su mundo como una suerte de custodio de la esperanza de progreso humano y de bienestar de nuestras colectividades. Hoy recuerdo con amor filial a los profesores Tatiana DE MAEKELT y Gonzalo PARRA-ARANGUREN, dos gigantes de la docencia universitaria.

Creo que hoy simplemente continuó el camino que ellos siguieron, y ellos a su vez siguieron los pasos de quienes los precedieron, que fueron los profesores Joaquín SÁNCHEZ-COVISA y Lorenzo HERRERA MENDOZA, respectivamente. Ese ejemplo llega hasta el profesor Carlos F. GRISANTI, a quien en 1896 le correspondió ser el primer profesor en nuestra cátedra de Derecho Internacional Privado. Somos así continuadores de una centenaria tradición universitaria que debemos celosamente conservar.

Es el ejemplo de esos profesores el que nos hace ir siendo profesores. Su ejemplo de responsabilidad y compromiso por contribuir a hacer un país y una sociedad mejores, a pesar de las dificultades y aún en contra de la voluntad de tantas gentes. Es su ejemplo al transmitir lo que saben con

generosidad; es su ejemplo al compartir con los estudiantes interesados en aprender; es su puntualidad y su respeto por la Universidad, es su dedicación a la docencia por tanto tiempo lo que nos obliga a continuar esa tarea, que creo que es una manera algo ambiciosa de hacer país. Hoy, al recordarlos, siento más fuertemente el orgullo de ser venezolano.

v. Apreciados integrantes de la CXXIV Promoción de Abogados de la UCV que me han dado un honor que nunca pensé en recibir y que tan feliz y orgulloso me hace sentir, la profesión de abogado es una profesión en que la confianza de la gente es fundamental. Y la confianza se gana en cada cosa, aun en las más sencillas. Hay que ser puntual, empezar temprano el día y terminarlo tarde; responder pronto y con precisión a las consultas que nos hagan, ser cortés con nuestros colegas, respetuosos con la autoridad. El estudio nos acompaña siempre, no hay forma de dejarlo, abandonarlo o ponerlo de lado. De otra forma el abogado renuncia a ser abogado. Hay que saber darle la razón al contrario. Los intereses del cliente van por delante de los del abogado, pero el comportamiento ético y apegado a la deontología profesional es principalísimo. Si vas a hacer algo que te genera dudas en cuanto a su legalidad o moralidad, mejor es no hacerlo y dormir tranquilo. La honestidad intelectual no es negociable. Creo que no hay que ir por la vida haciéndose propaganda, pero si hay que saber quiénes somos y dónde estamos. No hay que buscar honores, pero si saber lo que merecemos.

VI. Con mi palabra de compromiso eterno con esta mi querida Universidad concluyo estas palabras. Les quedo muy pero muy agradecido a todos los integrantes de la CXXIV Promoción de Abogados por el honor inmenso que me han conferido y mi agradecimiento a las autoridades de la UCV por permitirme ser miembro de su ilustre y dedicado cuerpo docente.

¡¡¡Felicitaciones a todos los graduandos!!!

Breve historia de la *Revista de la Facultad*

Edison Lucio VARELA CÁCERES*
Revista FCJP, ISSN 0798-4456, ISSN-e 3007-4436,
N.º 140, 2024, pp. 293-301.

La *Revista* que el lector tiene ante sus ojos fue publicada por primera vez en un lejano 1954, cuando el Dr. José MUCI-ABRAHAM siendo director de la Escuela de Derecho (1954-1955) auspicia la creación de un órgano de difusión de la para entonces Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela¹.

Es verdad que previamente habían surgido otras iniciativas editoriales de carácter periódicas sufragadas por la Facultad, pero ellas tuvieron una corta vida, a saber: *Anales de la Facultad de Derecho*, editada durante el decanato del Dr. Francisco Manuel MÁRMOL (1948-1952), con un único número: 1 (1951) o el *Boletín de la Facultad de Derecho* –inició en junio de 1950 y culminó en 1952–, publicando 12 números bajo la égida del Dr. Oscar PALACIO HERRERA (1950-1951) y después del Dr. Pedro MANTELLINI GONZÁLEZ (1951-1953) como directores de la Escuela de Derecho, pero, como fácilmente se puede apreciar de la cantidad de ejemplares publicados, tuvo una existencia efímera y discontinua como muchos proyectos editoriales de este tipo².

* **Universidad Central de Venezuela**, Profesor de Derecho Civil y director-editor de la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*.

¹ Vid. de Arminio BORJAS HERNÁNDEZ, «Prólogo», en *Liber amicorum. Homenaje a la obra científica y docente del profesor José Muci-Abraham* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1994), p. XII.

² Del *Boletín* se publicarían los N.ºs 1, 2, 3, 4 (1950), 5-6, 7, 8, 9 (1951), 10, 11 y 12 (1952). Vid. Oscar PALACIO HERRERA, «Presentación», *Revista de la Facultad de Derecho* 1 (1954): p. 7, donde comentaría que el *Boletín* se caracterizó por «la calidad de los trabajos publicados en sus páginas por juristas venezolanos

Ahora bien, sobre la *Revista de la Facultad de Derecho*, su promotor, el Dr. MUCI-ABRAHAM, nos comenta:

Cuando nos encargamos de la Dirección de la Escuela de Derecho, en setiembre de 1954, encontramos nuevamente el problema de que la Facultad carecía de todo medio de expresión. En esa época, en que la literatura jurídica vernácula era sumamente limitada, aquella penuria revestía caracteres de gravedad. De inmediato, aportamos toda nuestra energía a la realización de los altos fines y destinos que a la Institución Universitaria corresponden, entre los cuales ocupa sitio eminente el cultivo y la difusión de la Ciencia y, en consecuencia, a los dos meses escasos de discernírsenos tan honroso cargo, se retiraba de los talleres de imprenta y se hacía circular por todas partes el primer número de la *Revista de la Facultad de Derecho...*³.

y extranjeros», entre estos últimos destacan: Jean GRAVEN (decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra), Ignacio SERRANO SERRANO (decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid), Dusán SIDJANSKI (profesor y fundador del Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de Ginebra), Francesco CARNELUTTI (eximio profesor de la Universidad de Roma) o André ROUAST (profesor de la Universidad de París). Véase: María Auxiliadora PISANI y Hanna BINSTOCK, *Índices de la Revista de la Facultad de Derecho (números 1 al 30) y del Boletín de la Facultad de Derecho (anterior a la Revista)* (Caracas: Imprenta Universitaria, 1966), pp. 87-96; Zulay SUÁREZ DE RUIZ, *Índices de la Revista de la Facultad de Derecho (números 1 al 81) y del Boletín de la Facultad de Derecho* (Caracas: UCV, 1975), pp. 149-159. En el decanato del Dr. José Alberto ZAMBRANO VELASCO (1975) se publicaría un nuevo *Boletín*, pero con la intención de informar a la comunidad universitaria sobre la gestión académica y administrativa de la Facultad, es decir «facilitar el conocimiento de los hechos y de las decisiones de mayor importancia», de este *Boletín* se editaron los siguientes N.ºs 1, 2 (1975), 3, 4 (1976), 5 (1977) y 6 (1978), el N.º 7 no se publicaría con la finalidad de evidenciar un cambio en la política editorial, pues los N.ºs 8 y 9 se difundirían encartados en la *Revista de la Facultad* 58 (1976): pp. 311-335 y 59-60 (1976): pp. 392-443.

³ Vid. José MUCI-ABRAHAM, «Presentación», *Studia Iuridica* 1 (1957): p. 5. De esta publicación, que surge como complemento de la *Revista*, de las publicaciones

La *Revista* se publicó hasta 2013, con ciertas interrupciones y variaciones en la cantidad de números anuales, conservaría su primigenio nombre hasta 1976 cuando se cambia a los fines de adecuarla a la denominación de la Facultad⁴ que en 1973 había creado la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos que funcionaría junto a la antigua Escuela de Derecho, la intención fue y sigue siendo «reflejar –ojala que sea también así en cuanto a su contenido– que nuestra Facultad cuenta» con dos escuelas⁵.

La responsabilidad de su edición recayó en sus primeros 14 números en el Decanato y en la Dirección de la Escuela de Derecho, estando acompañados por un «Consejo de Catedráticos», siendo decanos y directores respectivamente, los siguientes profesores: Oscar PALACIOS HERRERA y José MUCI-ABRAHAM –N.ºs 1 (1954), 2, 3 (1955)–; MUCI-ABRAHAM y François CIAVALDINI ORTEGA –N.ºs 4, 5 (1955), 6, 7, 8, 9 (1956), 10, 11, 12, 13 (1957)– y Andrés AGUILAR MAWDSLEY y Ramón ESCOVAR SALOM –N.º 14 (1958)–.

Al arribar en 1958 al decanato el Dr. José MÉLICH ORSINI⁶ –en sustitución del Dr. AGUILAR MAWDSLEY motivado a su designación como Ministro de Justicia (1958-1962)⁷–, siendo director de la Escuela el Dr. Ramón ESCOVAR SALOM, se constituye un Consejo de Redacción del

monográficas, estudios o tesis doctorales y responde a la gran cantidad de material generado por la «intensa producción científica que comenzó a aflorar en las aulas de la Facultad, de donde emergían fervor universitario renovado y ansias crecientes de superación» (p. 6), se publicaron, además, los números 2 (1958) y 3 (1973).

⁴ Vid. *Boletín* 4 (1976): pp. 14 y 15.

⁵ Vid. Fernando PARRA ARANGUREN, «Presentación», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* 100 (1996): p. 5.

⁶ Vid. una síntesis bio-bibliográfica del profesor MÉLICH ORSINI en: https://rvlj.com.ve/?page_id=1993.

⁷ Cfr. Fernando PARRA ARANGUREN, «Curriculum vitae», en *Temas de Derecho Civil. Libro homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, F. PARRA ARANGUREN, editor (Caracas: TSJ, 2004), vol. I. pp. 29 y ss.

cual fue secretario el Dr. Raúl AGUDO FREITES en su condición de director de la Sección de Publicaciones⁸, quienes ofrecieron a la comunidad los N.ºs 15, 16 (1958).

Para el N.º 17, es designado el Dr. Ricardo AZPÚRUA AYALA como director de Publicaciones de la Facultad, asumiendo formalmente el rol de director de la *Revista*, encargándose de su edición junto con el Consejo de Redacción. En este periodo se publican los siguientes números: 17, 18 (1959), 19, 20 (1960), 21, 22 (1961), 23 (1962) –decano Luis VILLALBA VILLALBA–; 24, 25, 26, 27 (1963), 28, 29, 30 (1964) –decano José Guillermo ANDUEZA–; 31, 32 (1965) 33, 34 (1966), 35, 36 (1967)⁹, 37-38, 39, 40, 41 (1968) –decano Gustavo PLANCHART MANRIQUE–; 42, 43, 44 (1969), 45, 46, 47 (1970), 48, 49, 50 (1971)¹⁰, 51 (1972)¹¹ –decano Enrique PÉREZ OLIVARES–; 52, 53 (1972), 54 (1975) –decano Luis Enrique FARÍAS MATA–; 55, 56 (1975) y 57 (1976) –decano José Alberto ZAMBRANO VELASCO–.

⁸ La Sección de Publicaciones fue creada en 1954 y una de sus tareas específicas ha sido «la edición de la *Revista*» junto a otras publicaciones. *Vid.* «Estudios e información», *Revista de la Facultad de Derecho* 2 (1954): p. 185; «Noticias de la Facultad», *Revista de la Facultad de Derecho* 15 (1958): p. 351.

⁹ En este año comienza la edición del *Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, siendo director del Instituto el Dr. Tulio CHIOSSONE, se publicaron los siguientes N.ºs 1 (1967), 2 (1968), 3 (1969), 4 (1970-1972), 5 (1973), 6 (1974-1975), 7 (1976-1977), 8 (1978-1983), 9 (1984-1985), 10 (1986), 11 (1987), 12 (1994), 13-14 (1995-1996) y 15 (1997-1998). Posteriormente, se publicaría *Lextra*, revista del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, N.º 1 (2003).

¹⁰ También el Instituto de Derecho Público promueve una publicación especializada, dirigida por los profesores Allan R. BREWER-CARÍAS y León CORTIÑAS-PELÁEZ –este último vols. I y II–: *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*. A saber: I (1971), II (1972), III dos tomos (1981), IV (1983), V (1983), VI (1985) y VII (1986). Puede consultarse en: <https://www.derechoadministrativoucv.com.ve/c-archivo/>.

¹¹ El Instituto de Estudios Políticos crea en 1977 la revista *Politeia*, siendo el último ejemplar publicado el correspondiente al N.º 56 (2016). Puede consultarse los N.ºs 27 al 56 en: http://saber.ucv.ve/ojs/index.php/rev_pol/issue/archive.

Para 1976 el cargo de director de Publicaciones recae en el Dr. Hans-Joachim LEU B., editando los números 58, 59-60 (1976) y 61 (1981), siendo decano el Dr. Pedro NIKKEN.

En el decanato del Dr. NIKKEN se crearía la Oficina Publicaciones (1981)¹², recayendo su dirección en la profesora Ximena RODRÍGUEZ DE CENESTRI, y ya siendo decano el Dr. Luis HERRERA MARCANO, se publicarían los N.ºs 62 (1981) y 63 (1982)¹³.

Por su parte, el decano Alberto ARTEAGA SÁNCHEZ, en fecha 26 de julio de 1985 designa como coordinador de la *Revista* al profesor Fernando PARRA ARANGUREN, quien se encargaría de dotarla de estabilidad y regularidad durante 17 fructíferos años (hasta el 22 de octubre de 2001)¹⁴, periodo donde se publicarían 59 números¹⁵. A saber: 64 (1985), 65 (1986), 66, 67, 68 (1987), 69, 70, 71 (1988), 72, 73 (1989), 74, 75, 76, 77, 78 (1990) –decano ARTEAGA SÁNCHEZ–, 79, 80, 81, 82 (1991), 83, 84, 85, 86 (1992), 87, 88, 89, 90 (1993) –decano Nelson RODRÍGUEZ GARCÍA–, 91, 92, 93 (1994), 94, 95, 96, 97 (1995), 98, 99, 100¹⁶, 101 (1996), 102,

¹² Bajo la idea «de centralizar y organizar las actividades editoriales de la Facultad», *vid. Prospecto de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, L. SALAZAR REYES ZUMETA, coord. (Caracas: Ediciones FUNDAIUS, 1986), p. 14.

¹³ En el año 1983 se funda por el Instituto de Derecho Privado la *Revista de Derecho Privado*, dirigida por el profesor Leopoldo BORJAS, de la cual se publicaron los N.ºs 1-1 (1983), 1-2, 1-3, 1-4 (1984), 2-1, 2-2, 2-3, 2-4 (1985), 3-1, 3-2, 3-3, 3-4 (1986), 4 (1987), 5 (1988), 6 (1989), 7-1, 7-2 (1990), 8-9 (1992). Previamente, se comenzó a editar el *Boletín del Instituto de Derecho Privado* como «complemento de la *Revista* de la Facultad» y estaba «destinado a recoger la información bibliográfica», *vid.* 1 (1966): p. 3.

¹⁴ *Vid.* comunicación del profesor PARRA ARANGUREN dirigida al Consejo de la Facultad difundida en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* 122 (2007): p. 14^a.

¹⁵ *Vid.* Fernando PARRA ARANGUREN, «Presentación», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* 127 (2007): p. 5.

¹⁶ Para consultar el contenido hasta el número 100 véase: Oswaldo ACOSTA HOENICKA, *Índices de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (N.ºs 1 al 100)* (Caracas: UCV, 1998), *passim*.

103, 104, 105 (1997), 106, 107, 108, 109, 110 (1998), 111, 112, 113, 114 (1999) –decano Boris BUNIMOV PARRA–, 115 (1999), 116, 117, 118, 119 (2000), 120, 121 y 122 (2001) –decano Pedro GUEVARA SÁNCHEZ–.

Posteriormente, se reestructuraría la *Revista* designándose como editora ejecutiva a la profesora María del Cielo SÁNCHEZ –para ese momento directora del Departamento de Publicaciones–, quien en compañía de un Comité Editorial fijarán las reglas de publicación ajustadas a normas internacionales sobre revistas científicas¹⁷, publicando el N.º 123 (2002) en el decanato del Dr. GUEVARA SÁNCHEZ y bajo un nuevo periodo decanal del Dr. BUNIMOV PARRA el N.º 124 (2002). Para este momento la publicación ya cuenta con un nuevo Depósito Legal para publicaciones periódicas (P.P. 197602CS1262) y número de ISSN (0798-4456) otorgado por la International Standard Serial Number que identifica la *Revista* internacionalmente. En el siguiente número la responsabilidad de editor ejecutivo fue del profesor Nelson GARRIDO N.º 124 (2003). Después de varios años sin publicarse la *Revista*, el decano Dr. Jorge PABÓN RAYDAN designa una Comisión Editorial –coordinada por la Dra. Lourdes WILLS RIVERA– que publicará en el mes de julio el N.º 126 (2006), con el legítimo deseo de que «se regularice la aparición de la *Revista*»¹⁸.

En octubre de 2006 el Dr. PABÓN RAYDAN designa como coordinador de la *Revista* nuevamente al profesor PARRA ARANGUREN. En esta etapa mucho más breve que comprende 4 años se publicarán los siguientes: N.ºs 127, 128, 129, 130 (2007), 131, 132 (2008), 133, 134 (2009) y 135 (2010) –los tres últimos siendo decano el Dr. Ramón CRAZUT–.

¹⁷ Vid. María del Cielo SÁNCHEZ, «Presentación», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* 123 (2002): p. 7.

¹⁸ Vid. Zoraida PEREIRA, «Presentación», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* 123 (2002): p. 9.

Después de dos años de interrupción, y bajo el decanato de la profesora Irma BEHRENS DE BUNIMOV –encargada por renuncia el Dr. CRAZUT–, se designa al profesor Alexander LÓPEZ como coordinador de la *Revista*, quien ofrecerá a los lectores los N.ºs 136, 137 (2012), 138 y 139 (2013)¹⁹.

Más de una década ha transcurrido desde que los lectores tuvieron el gusto de disfrutar de esta histórica publicación²⁰, pero la espera ha terminado. Así, renovadas las autoridades universitarias a través de elecciones libres y transparentes el decano electo Dr. Juan Carlos APITZ, en conjunto con los miembros del Consejo de la Facultad, me ha honrado con el privilegio y tarea de rescatar la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*.

Se ha aceptado el anterior reto con brío y anhelo de retribuir lo que se nos ha concedido con generosidad, pues la *Revista* nos abrió sus puertas décadas atrás y fue el medio mediante el cual, junto a otros contemporáneos, se dieron pasos juveniles en el campo de la investigación, además movidos por el recuerdo al apostolado del profesor PARRA ARANGUREN

¹⁹ Los dos últimos números pueden consultarse en: http://saber.ucv.ve/ojs/index.php/rev_cjurpol/issue/archive. Todos los números pueden consultarse en: <http://www.ulpiano.org.ve/revistas/indexrevistas.html>.

²⁰ No obstante que desde el Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad se han impulsado las siguientes publicaciones: *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, bajo la responsabilidad de los profesores Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN –director– y Claudia MADRID MARTÍNEZ –editora– y un Comité Académico, publicándose los siguientes N.ºs 1 (2019), 2 (2020), 3 (2021), 4 (2022) y 5 (2023), los cuales se pueden consultar en: http://saber.ucv.ve/ojs/index.php/rev_adipc/issue/archive; <https://www.mdipc-ucv.com/el-anuario-de-la-maestria>. Por otra parte, también se edita el *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela*, en alianza con el CIDEP, coordinado por los profesores Armando RODRÍGUEZ GARCÍA, Antonio SILVA ARANGUREN y Gabriel SIRA SANTANA, publicándose los correspondientes a los años 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020. *Vid.* <https://www.derechoadministrativoucv.com.ve/anuario/>; <https://cidep.online/ojs/index.php/aeda/index>.

siempre comprometido con la difusión del conocimiento científico²¹, así como de los que me han precedido, pues como editor conozco de primera mano los esfuerzos ingentes que en estos tiempos convulsos implica el sostener y dirigir una publicación periódica.

El Consejo Editorial, junto al Comité Científico Asesor, ofrece en esta nueva etapa una publicación semestral, en línea y con acceso libre a todos sus contenidos, adaptada a los estándares internacionales y abierta a estudiantes, abogados, politólogos, investigadores y profesores cultivadores de las ciencias jurídicas o políticas que hacen vida en la escena nacional e internacional bajo el único canon de someter sus colaboraciones a la consideración de árbitros imparciales.

Como diría el profesor MUCI-ABRAHAM sobre las aspiraciones de la *Revista*:

A todo lo largo de un nuevo año académico ella habrá de constituir una muestra pública evidente de las preocupaciones científicas que conmueven el medio universitario; de los esfuerzos del Catedrático, que al enseñar modela el futuro de la Patria; y de los desvelos del estudiante, que al aprender encarna el destino de la Patria misma. Nuestra publicación, durante la etapa ya recorrida, cumplió a cabalidad el cometido que se había propuesto: «ser testimonio duradero de la enseñanza que se imparte en las aulas y depositaria de la cultura jurídica venezolana». Con ese mismo propósito, fortalecido y consolidado, aparece una vez más²².

²¹ Vid. una síntesis bio-bibliográfica del profesor PARRA ARANGUREN en: https://rvlj.com.ve/?page_id=2272.

²² José MUCI-ABRAHAM, «Al comenzar el segundo año». *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 5 (1955), p. 7.

Concluyó añorando larga vida a la *Revista* y recordando las palabras que el profesor Werner GOLDSCHMIDT –hermano del siempre recordado profesor Roberto, miembro de esta Facultad²³– pronunciaba con ocasión a la segunda etapa de la revista por él dirigida:

Una empresa para que sea coronada por el éxito requiere la abnegación de los que la proyectan, la buena voluntad de los que la rodean y la suerte que solo concede el destino. Prometemos la primera, suplicamos la segunda, oramos por la tercera. ¡Y ahora, adelante!²⁴.

²³ Vid. Vitor Hugo GUERRA HERNÁNDEZ, «Semblanza del Dr. Roberto Goldschmidt», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 9 (2022): pp. 5-8.

²⁴ «A los que leyeren», *Revista de Derecho Procesal* 1, 2.^a etapa (1956): p. 8.

Noticias de la Facultad

1. Gestión

El 21 de noviembre de 2023 se reinauguró el salón de usos múltiples, celebrándose un acto en conmemoración del «Día del estudiante universitario».

El 4 de diciembre de 2024 fue formalmente reinaugurada la Biblioteca «Boris BUNIMOV PARRA» de la Facultad, la cual es una de las principales fuentes de bibliografía especializadas en Ciencias Jurídicas y Políticas de Venezuela, cuenta con más de 75 mil ejemplares, además de revistas, tesis de grado y trabajos de ascenso.

Además de los servicios de consulta del material bibliográfico y ofrecer una amplia sala de lectura, en sus espacios se celebran encuentros entre los miembros de la comunidad universitaria, como, por ejemplo, el evento del 8 de febrero denominado «Humor y Política» a cargo del Lic. Laureano MÁRQUEZ, que contó con la presencia del rector Dr. RAGO, autoridades universitarias y estudiantes.

Otra acción dirigida a dignificar los espacios de la Facultad fue el acondicionamiento de un área dentro de la Facultad destinada a servir como comedor estudiantil, su inauguración se realizó el 29 de abril de 2024 y contó con la presencia del rector Dr. Víctor RAGO, el decano Dr. Juan Carlos APITZ y otras autoridades.

La Dirección de publicaciones organizó una modesta «Feria del libro», con ocasión a la conmemoración del Día del Libro y del Idioma, donde se ofrecieron a precios asequibles obras del sello editorial de la Facultad, del 16 al 30 de abril de 2024.

2. Nuestros eventos

En el marco del plan estratégico decanal «Ingresos propios y fuentes alternativas de financiamiento», se celebró el 2 de marzo de 2024, en la Sala de usos múltiples de la Facultad (Aula 15), el taller: «Herramientas para el análisis de la dinámica internacional actual», el cual contó con la participación de los profesores de la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos; de Rosa María PÉREZ, Keila GRILLET, Edgar MALDONADO, Fernando FALCÓN, Rómulo RIVERO y Carlos LUNA. La actividad fue todo un éxito.

En sintonía con el mencionado Plan Estratégico, también se organizó el taller: «La realidad arrendaticia venezolana» a cargo de la profesora Cora FARÍAS, el cual se dictó los días 12 de abril y 17 de mayo de 2024.

Otro evento enmarcado en el Plan fue el taller: «Poder y negocios. Derecho romano en el siglo XXI», celebrado el primero de junio de 2024 y en el cual intervinieron los profesores Juan Carlos PINTO GIRARDI, María Auxiliadora DELGADO, Rafael BERNAD, Antonio MARCOCCIO y Fernando FALCÓN.

Además, se realizaron otras actividades: «Presentación de seminarios y cursos de extensión de la Escuela de Derecho», «Foro: Perspectivas sobre el Proyecto de Ley de fiscalización y regularización, actuación y financiamiento de las ONG y afines», «Foro: Género, sociedad y ciencias», clase magistral a cargo de la Nayibe CHACÓN «¿Qué estudiar cuando se está estudiando? Consideraciones sobre los estudios de Doctorado en Ciencias, mención Derecho» (febrero); «Foro: Género entre lo social y lo político», «Foro: Mujeres y ciencias sociales desde una mirada interdisciplinaria», «Clase abierta: Feminismo positivo», «Foro: Pensar ideas políticas», «Foro: Ruta electoral 2024: ¿nos llevarán las elecciones a la redemocratización?», «Foro: ABC para la gestión de indicadores» (marzo); «Conferencia: *Soft Power* coreano», «Conferencia: El pensamiento y la

cultura jurídica en la era de la economía y la transformación digital» (abril); «Conferencia: Asilo, proceso penal y Derecho Internacional. El caso Ecuador-México», «Conferencia Bioética y Derecho» (mayo).

3. Nuestros estudiantes

El 15 de diciembre de 2023 se celebró acto de grado en la majestuosa Aula Magna, recibiendo 183 nuevos profesionales egresados de esta Facultad... Enhorabuena.

La Promoción CXXV de Abogados escogió como epónimo al Dr. Juan Carlos PRÓ-RÍSQUEZ y como padrinos a los profesores Isabel MEDINA y Leonel SALAZAR REYES-ZUMETA.

4. Nuestros profesores

El 2 de diciembre de 2023, el profesor Julio César FERNÁNDEZ TORO defendió su trabajo de ascenso al escalafón de profesor Agregado titulado: *La formación del concepto de soberanía y sus primeros debates en los siglos XVI-XVII*.

El 8 de diciembre de 2023, se recibió como Doctor en Ciencias mención Derecho el profesor José Gregorio SILVA BOCANEY, previa defensa de la tesis doctoral titulada: *Cuestiones actuales del contencioso-administrativo venezolano*. En tal acto egresaron un total de 26 estudiantes de los diversos postgrados de la Facultad.

El 25 de enero de 2024, el profesor Yvan FIGUEROA defendió su tesis doctoral titulada: *Formas imperfecta en el delito de omisión. La tentativa en delitos omisivos*, para optar al título de Doctor en Ciencias, mención Derecho.

El 22 de febrero de 2024, el profesor Edison Lucio VARELA CÁCERES defendió su tesis doctoral titulada: *La capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad en el Derecho venezolano*, para optar al título de Doctor en Derecho por la Universidad Católica Andrés Bello.

El 8 de marzo de 2024, el profesor FRANCISCO DELGADO SOTO defendió su trabajo de ascenso al máximo escalafón docente profesor Titular: *El actual sistema de educación jurídica en Venezuela: un estudio sobre su origen, sus problemas y su reforma.*

El 19 de marzo de 2024, el profesor RAFAEL JOSÉ CHAVERO GAZDIK defendió su tesis doctoral: *La jurisdicción constitucional en Venezuela*, para optar al título de Doctor en Ciencias, mención Derecho.

El 6 de mayo de 2024, fue electa como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales la profesora NAYIBE CHACÓN.

Como diría el equipo editorial de esta *Revista* en el N.º 6 (1956), con ocasión de la condecoración de sus profesores:

Al registrar el suceso, la Facultad lo proclama como motivo de júbilo y de legítimo orgullo, por cuanto evidencia acto justiciero que contribuye a destacar y a hacer público el reconocimiento que la Nación dispensa a tan distinguidos Catedráticos, quienes durante muchos años han prestado invalorable servicios en el campo de la docencia universitaria...

5. Nota necrológica

La Facultad siempre se caracterizó por rendir merecido homenaje a sus profesores, tanto en vida como con ocasión de su sensible fallecimiento. Así se recuerdan los diversos libros homenajes y laudatorios que se publicaron con el sello de la Facultad¹ y, en concreto, la sana costumbre que

¹ Vid. *Libro homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt* (1967), *Libro homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza* (1970), *Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez-Covisa* (1975), *Estudios sobre la Constitución: Libro homenaje a Rafael Caldera* (1979), *Libro homenaje a Rafael Pizani* (1979), *Libro homenaje a Manuel García-Pelayo* (1980), *Libro homenaje a José Mélich Orsini* (1982),

instituyó el profesor Fernando PARRA ARANGUREN cuando fue coordinador de esta *Revista* de dedicar sus números a los profesores que nos dejaban, incluyendo en el número una breve semblanza². En esta oportunidad

Derecho Procesal Penal. Libro homenaje al Dr. Arminio Borjas (1996), *Libro homenaje a Werner Goldschmidt* (1997), *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis* (1998), *Libro homenaje a Antonio Linares* (1999), *Liber amicorum: Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt* (2001), *Libro homenaje a Fernando Parra Aranguren* (2001), *El Estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro homenaje a Tomás Polanco Alcántara* (2005), *Temas de Derecho penal económico. Homenaje a Alberto Arteaga Sánchez* (UCV-ACIENPOL-AVDI, 2006), *Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley* (2007), *Libro homenaje a Enrique Tejera París* (2008), *Libro homenaje al profesor Alfredo Arismendi A.* (UCV-Ediciones Paredes, 2008), *Homenaje a Tomás Enrique Carrillo Batalla* (2009), *Estudios en homenaje a Mariano Uzcátegui Urdaneta* (ULA-UCV-ACINPOL, 2011).

- ² Vid. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* semblanzas a: Arístides CALVANI (67, 1987, pp. 9-10), Luis LORETO (68, 1987, pp. 9-10), J. R. BURGOS VILLASMIL (72, 1988, pp. 9-10), Edgar SANABRIA (73, 1988, pp. 9-10), Sebastián ARTELES FIGUEROA (74, 1990, pp. 9-10), Antonio MOLES CAUBET (75, 1990, pp. 8-10), Luis Roberto CASADO HIDALGO (76, 1990, p. 8), Luis MAURI CRESPO (79, 1991, pp. 8-9), Manuel GARCÍA PELAYO (80, 1991, pp. 9-10), Jesús Leopoldo SÁNCHEZ (81, 1991, p. 8), Orlando TOVAR TAMAYO (82, 1991, pp. 9-10), Oscar PALACIO HERRERA (94, 1995, pp. 9-10), Antonio LINARES FLEITE (96, 1995, pp. 10-12), Andrés AGUILAR MAWDSLEY (98, 1996, pp. 9-10), Rafael CLEMENTE ARRÁIZ (99, 1996, pp. 11-12), Helena FIERRO HERRERA (100, 1996, pp. 12-13; en este mismo número semblanzas de Florencio CONTRERAS QUINTERO pp. 51-52, Lorenzo HERRERA MENDOZA pp. 233-234), Octavio ANDRADE DELGADO (103, 1997, pp. 12-13), Luis María OLASO JUNYENT S. J. (104, 1997, pp. 14-17), Aníbal DOMINICI (105, 1997, pp. 5-6), Francisco Antonio RÍSQUEZ (106, 1998, pp. 5-8), Rafael PIZANI (107, 1998, pp. 5-7), Agustín HURTADO OLIVERO (108, 1998, p. 5), Luis VILLALBA VILLALBA (112, 1999, pp. 5-7), Luis H. CASTRO LEIVA (114, 1999, pp. 12-14), Rangel CRAZUT LÓPEZ (115, 1999, pp. 5-6), José Román DUQUE SÁNCHEZ (116, 1999, pp. 5-7), Ezequiel MONSALVE CASADO (117, 2000, pp. 5-6), Juan DE STÉFANO (118, 2000, pp. 6-7), Hans-Joachim LEU BOENING (119, 2000, pp. 6-7), Leopoldo BORJA HERNÁNDEZ (122, 2001, pp. 13-14), Alberto ARRIAS SALAS y Reinaldo RODRÍGUEZ NAVARRO (127, 2007, pp. 6-7), Oswaldo PADRÓN AMARÉ (128, 2007, pp. 6-7), Boris BUNIMOV PARRA (129, 2007, pp. 5-9), Pedro MARTÍNEZ IRAZÁBAL (130, 2007, pp. 5-6), José Andrés

recordamos a nuestros queridos maestros y compañeros que fallecieron en el último lustro con la esperanza de más adelante tributarles un merecido homenaje a: Gonzalo PARRA ARANGUREN, Fernando PARRA ARANGUREN, María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN, Humberto Enrique Tercero BELLO TABARES, Tulio ÁLVAREZ LEDO, Víctor Alfredo ARISMENDI AGUANA, Juan José RACHADELL SÁNCHEZ, Juvenal SALCEDO CÁRDENAS, Raúl ARRIETA CUEVAS, Hugo Alberto DÍAZ IZQUIERDO, José Guillermo ANDUEZA ACUÑA, César Augusto MATA MARCANO, Luis Aquiles MEJIA ARNAL, Jesús Manuel ROJAS GÜERINI, Juan Alexis RAMÍREZ TORRES, Hildegar RONDÓN DE SANSÓ, Román José DUQUE CORREDOR, Antonio RAMÍREZ JIMÉNEZ, Friedrich WELSCH, Geovalis Enrique GONZÁLEZ MARCANO y Gloria SOLÓRZANO DE LOYNAZ.

6. Nómina de profesores

Escuela de Derecho

Titular: Tulio Alberto ÁLVAREZ RAMOS, Carlos Simón BELLO REN-GIFO, Nayibe CHACÓN GÓMEZ, María Auxiliadora DELGADO GIMÉNEZ, Francisco DELGADO SOTO, Yvan FIGUEROA ORTEGA, Claudia MADRID MARTÍNEZ, Jesús OLLARVES IRAZABAL, José PEÑA SOLÍS, Juan Carlos PRO-RISQUEZ, Jacqueline RICHTER DUPRAT, Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ y Lourdes WILLS.

Asociado: Eloísa AVELLANEDA SISTO, José Ignacio HERNÁNDEZ G., Nelida PEÑA COLMENARES, Yaritza PÉREZ, Oscar RIQUEZES CONTRERAS, José Tadeo SAIN, Juan Carlos SAINZ BORG, Rómulo VELANDIA PONCE y Carlos WEFPE.

FUENMAYOR GARCÍA (132, 2008, pp. 5-6), Rubén José LAGUNA NAVAS (133, 2009, pp. 5-7), Ramón ESCOVAR SALOM (134, 2009, pp. 5-7) y René LEPERVENCHE PARPARCÉ (135, 2010, pp. 5-7).

Agregado: Ramón Alfredo AGUILAR CAMERO, Juan Carlos APITZ BARBERA, César Augusto ARIAS FERNÁNDEZ, María Fernanda ARTEAGA, Alberto BLANCO URIBE-QUINTERO, Taormina CAPPELLO PAREDES, Carlos Luis CARRILLO ARTELES, Kimlem CHANG MORA, Rafael CHAVERO GAZDIK, Ramón FABREGA TRUEBA, Eglee GONZÁLEZ LOBATO, Gustavo LINARES, Moira MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Juan MODOLELL, María PÉREZ DUPUY, Emilio SPOSITO CONTRERAS, Luz Marina TORO VEGAS y Adalberto José URBINA BRICEÑO.

Asistente: Ángel ÁLVAREZ OLIVEROS, Juan ANTILLANO, Leonor APARICIO, Pedro ARELLAN ZURITA, Edilia DE FREITAS DE GOUVEIA, Margarita ESCUDERO LEÓN, Tomas GÜITE, Carmela HARRIS, Eugenio HERNÁNDEZ-BRETON, Gustavo MANZO UGAS, Isabel MEDINA, Luis MOLINA RODRÍGUEZ, Raúl MORA NAVA, Carlos ORTIZ FLORES, Cosimina PELLEGRINO PACERA, Carlos PÉREZ FERNÁNDEZ, Flavia PESCI-FELTRI, Bernardo PISANI RUIZ, Gabriel RODRÍGUEZ, Ana María RUGGERI COVA, Leonel SALAZAR REYES-ZUMETA, Edsa SÁNCHEZ, Nilyan SANTANA LONGA, José Gregorio SILVA BOCANEY, José SOARES BAUTIS, Jorge Luis SÚAREZ MEJÍAS, Gustavo URDANETA TROCONIS, Edison Lucio VARELA CÁCERES y Juan VARGAS ÁLVAREZ.

Instructor: Tamara ADRIÁN HERNÁNDEZ, Pedro Javier AFONSO DEL PINO, Sylvia AITA, Juan Domingo ALFONSO PARADISI, Carmen Eloisa ALGUINDIGUE MORLES, Jesús María ALVARADO ANDRADE, Gustavo Adolfo AMONI REVERON, José ANNICCHIARICO VILLAGRÁN, José ARAUJO PARRA, León Antonio ARISMENDI, Vinicio ÁVILA, Teresa BORGES GARCÍA, Eduardo BUSTAMANTE DOUGLAS, Richard CABALLERO, Nelson Vicente CALDERÓN GONZÁLEZ, Pedro Pablo CALVANI, Héctor CARDOZE RANGEL, Juan Carlos CASTILLO CARVAJAL, José Luis CASTILLO MARCANO, Carlos CHACÍN, María Alejandra CORREA MARTIN, Gisela Margarita COSTA FIGUEIRA, María DA CORTE, Juan José DE SOUSA VÁSQUEZ, Adriana María DOMÍNGUEZ BALL, Rafael

Ángel DOMÍNGUEZ MENDOZA, Enrique DUBUC, Javier ELECHIGUERRA, Jesús ESCUDERO ESTEVES, Manuel ESPINOZA MELET, Ronald EVANS MÁRQUEZ, Cora FARÍAS, Máximo FEBRES SISO, Sonia FERNÁNDEZ DE ABREU, Monique FERNÁNDEZ, María FERRER, Angelina GARCÍA HERNÁNDEZ, Carlos GARCÍA SOTO, Adriana GOLDING BELLO, Natanael GORRIN, Ivan Enrique HARTING VILLEGAS, José Cipriano HEREDIA, Milagros HERNÁNDEZ DE SOJO, Luis Alfonso HERRERA ORELLANA, José Alberto LEJED CONA, Betty LUGO, Antonio MARCOCCIO, Pedro MATA HERNÁNDEZ, Eddy MÉNDEZ NARANJO, Jesús MENDOZA MENDOZA, Rodrigo MENDOZA TACORONTE, Alfredo MONTIEL OQUENDO, Sabino MONTRONE, Naul NAIME YEHIL, Jorge NÚÑEZ, Theoskar OBREGON, Javier OCHOA MUÑOZ, Francisco PAZ YANASTACIO, Manuel PÉREZ LUNA, Raúl RAMÍREZ SENIA, Juan RAMÍREZ TORRES, Dilia RIBEIRO SOSA, Luis Ernesto RODRÍGUEZ, Alejandro RODRÍGUEZ F., Alfredo ROMERO MENDOZA, Wilmen ROMERO PEROZO, Luisa SÁNCHEZ SIFONTES, Miguel Ángel SANDOVAL, Herman VÁSQUEZ FLORES, José Luis VELÁSQUEZ BOLÍVAR, Ruth VERA PEÑA y Ángel ZERPA APONTE.

Docentes contratados: Magaly ALBERTI, Alexis ALGARRA SUAREZ, Humberto ANGRISANO, Marisol ANZOLA, Patricia ARAUJO VARGAS, Biba ARCINIEGAS MATA, Keymer ÁVILA, Dickar BONYULET LEE, Luis David BRICEÑO PÉREZ, Antonio CALLAOS-FARRA, Henry CANINO ORTUÑO, María Carolina CANO GONZÁLEZ, Diego Thomas CASTAGNINO, Julio César CELIS, Dilcio CORDERO, Zugen CHAMAS HADDAD, Gabriela CHAURIO, Andrea CRUZ, Eduardo DELSOL, Víctor DURÁN, José Ángel FAJARDO, Williams FERNÁNDEZ, Sacha FERNÁNDEZ, José FESCINA, Julio GAMBA, Víctor GARRIDO, Darrin GIBBS, Daniel GOMES, Julie GONZÁLEZ DE KANCEV, Jennyfer GORDON, Mirtha GUÉDEZ, Carlos GUEVARA, Víctor GUIDÓN, Henry HAMDAN, Yanira HERNÁNDEZ, Luis IZQUIEL BERMÚDEZ, Isabel JIMÉNEZ ENRÍQUEZ, Claudia LUGO HOLMQUIST, Yeimber Rafael MACHADO, Ana Gabriela MARÍN, Luis MARTÍNEZ, Carlos MARTÍNEZ CEDEÑO, Henry MARTÍNEZ SALAZAR,

Hernán MATUTE BROUZES, José G. MEDINA C., Carla MENA, Alicia MONAGAS, Rodrigo MONCHO STEFANI, Emerson MORO PÉREZ, Santo MORRONE, Carlos MOTA PACHECO, Claudia NIKKEN, Yoanny NOGALES ALCÁNTARA, Agustina ORDAZ MARÍN, Roxana ORIHUELA, Cenaida ORTEGA, Romer PACHECO MORALES, Iván PAREDES, Anthony PÉREZ NEGRON, Daniel PÉREZ PEREDA, Gonzalo PÉREZ SALAZAR, Juan Carlos PÉREZ SERAFIN, Marisabel PÉREZ SOSA, Juan Carlos PINTO, Fanny PLAZA, Raúl RAMÍREZ, Pedro Vicente RAMOS, Jerson REVANALES, Desirée RÍOS MARTÍNEZ, Federico RIVAS HEREDIA, Josué RODRÍGUEZ, José Luis ROJAS VELÁSQUEZ, Edwing ROMERO, Luisa ROMERO, José SALAS OLIVEROS, Félix SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Eduardo SÁNCHEZ RIVERO, Tíbisay SERRADA, Antonio SILVA ARANGUREN, Azael SOCORRO MORALES, Lenin SOSA ESCOBAR, José TORRES RAMOS, Rafael TOSTA RÍOS, Rubén Darío VALDIVIESO, Fabio VÉLIZ, María VERDEAL DURÁN, Rodolfo VÍLCHEZ SEVILLA, Humberto VILLASMIL PRIETO y Flor ZAMBRANO FRANCO.

Escuela de Estudios Políticos y Administrativos

Titular: Nelson CHITTY LA ROCHE, Fernando FALCÓN VELOZ y Eladio HERNÁNDEZ MUÑOZ.

Asociado: Rodolfo MAGALLANES, Rosa María PÉREZ LÁREZ y Luis Manuel SALAMANCA PÉREZ.

Agregado: Franklin Reinaldo MOLINA.

Asistente: Miguel ALONSO RUIZ, Julio César FERNÁNDEZ TORO, Keila GRILLET PALMA, Geraldine LEÓN DOMÍNGUEZ, Carlos LUNA RAMÍREZ y Luis Daniel PERRONE GALICIA.

Instructor: Carlos ABREU GONZÁLEZ, Jean Carlos ASANZA SANTANA, Lorena GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Gabrielle GUERÓN, JOSKO, Edgar PÉREZ PEREIRA, Laurence QUIJADA BRINGTOWN y Edgardo RICCIUTI DE SANCTIS.

Docentes contratados: Julia ALCIBÍADES RONDÓN, Alexander José ALFONZO, Emilia ALMEIDA ÁLVAREZ, Jesús ARMAS MONASTERIOS, María ARNAL DE KIM, Guillermo Tell AVELEDO COLL, Cora BRAVO, Alberto CABRERA CASTRO, José Gregorio CASTRILLO MEDINA, José COLMENARES DELGADO, José Gregorio CONTRERAS, Nelson DE FREITES, José Luis DUQUE, José GÓMEZ GONZÁLEZ, Oscar Alberto GONZÁLEZ FLORES, Deisy HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Jiuvant Geovat HUÉRFANO, Ángel LUGO, Naikaris LUONGO SIFONTES, Jesús MAZZEI ALFONZO, Guillermo MORENO ROMERO, Dilia PARRA, Víctor PEÑA, Nelson RAMÍREZ ZABALA, Rómulo RIVERO, Rosmel RODRÍGUEZ BARROSO, Carlos ROJAS YÉPEZ, William ROSAL VENECIA, Darine RUIZ CARRILLO, Larry TADINO PARRA, Patricia TORRES CALDERA, Eduardo VALERO CASTRO, Rommer YTRIAGO FARÍAS y Kelvi ZAMBRANO BENÍTEZ.

Política editorial de la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*

1. Sobre la Revista

La *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* es una publicación semestral, editada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, que tiene por objeto difundir el conocimiento científico en las áreas del saber que corresponde a la actividad de investigación de la Facultad, así como otras contribuciones externas.

Está dirigida a los abogados y politólogos, así como estudiantes e investigadores interesados en las ciencias jurídicas y políticas.

La *Revista* se encuentra actualmente en línea, permitiendo el acceso libre a todos sus contenidos bajo los términos de la Licencia Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 (Atribución-NoComercial-SinDerivadas). Forma parte del repositorio académico <http://saber.ucv.ve> y se encuentra incorporada en el proyecto www.ulpiano.org.ve. Depósito legal N.º p.p. 197602CS1262; ISSN 0798-4456 e- ISSN 3007-4436.

2. Cuerpo editorial

Consejo Editorial:

Director: Dr. Edison Lucio VARELA CÁCERES

Editor asociado: Dr. Javier L. OCHOA MUÑOZ

Coordinadora académica: Dra. María Fernanda PEÑA BORTONE

Comité Científico Asesor: integrado por los directores de los Institutos, director del Centro de Estudios de Posgrado de la Facultad y otros miembros (internos y externos).

3. Sistema de arbitraje

Las contribuciones presentadas por los autores se someterá a evaluación bajo el sistema doble ciego a cargo de expertos externos al Consejo Editorial. Los árbitros evaluadores emitirán su dictamen según el «Instrumento de evaluación» suministrado y la decisión final descansará en el Consejo Editorial que tomará en cuenta las recomendaciones de los árbitros.

4. Presentación de las contribuciones

1. Los colaboradores deberán enviar su artículo en formato Word al correo electrónico de la *Revista* (revistafacultadderechouv@gmail.com).

2. Consignada la colaboración, y previa revisión por el Consejo Editorial, a objeto de verificar si cumple con las «Instrucciones a seguir por los colaboradores», se seleccionarán dos árbitros expertos para su evaluación según el sistema doble ciego.

3. El Consejo Editorial remitirá por correo la colaboración a los árbitros y adjuntará el «Instrumento de evaluación», a los fines de que sea cumplimentado y se establezca un veredicto.

4. El veredicto de los árbitros concluirá en una recomendación acerca de la conveniencia o no de publicar el trabajo presentado. Dichas recomendaciones deberán concentrarse en las siguientes calificaciones:

- a. Publicable sin modificaciones.
- b. Publicable con pocas modificaciones de formas (omisiones o erratas).
- c. Publicable con modificaciones de fondo.
- d. No publicable.

5. El Consejo Editorial comunicará al autor del artículo la decisión sobre si procede o no la publicación del trabajo consignado.

6. Aprobada la colaboración la misma se incorporará en el próximo número de la *Revista*.

7. Los colaboradores autorizan que el Consejo Editorial, a través de sus correctores de estilo, realicen pequeñas modificaciones de forma, para adecuar los trabajos al estilo de la *Revista* y a las «Instrucciones a seguir por los colaboradores».

Instrucciones a seguir por los colaboradores

1. Solo se aceptarán trabajos originales e inéditos que no hayan sido propuestos a otras revistas para su publicación. Excepcionalmente, el Consejo Editorial puede considerar contribuciones que, simultánea o posteriormente, sean presentados como capítulos en libros.
2. Las colaboraciones propuestas se remitirán en formato Word y deberán tener una extensión máxima de 80 000 caracteres, incluyendo notas, tablas y anexos.
3. Los trabajos serán escritos en lengua española, debiendo el título ser traducido al inglés.
4. Después del título de la colaboración se indicará el nombre del autor, con una nota de pie de página identificada con un asterisco (*), en la cual se incluirá una síntesis curricular del autor y la afiliación del autor (nombre completo de la institución de trabajo o, en su caso, la declaración de persona trabajadora independiente).
5. Seguidamente, se incluirá un sumario con los apartados generales del texto. La Introducción y Conclusiones no van numeradas. Las demás partes del artículo deben ir identificadas con números arábigos correlativos (1, 2, 3...), los subtítulos en numeración decimal (1.1, 1.2, 1.3...) y el siguiente nivel de epígrafes así: 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3...
6. Cada artículo debe ser precedido de un resumen, de entre 100 a 200 palabras, así como indicar no más de cinco palabras clave. Este resumen, así como sus palabras clave, debe ser traducido al idioma inglés.

7. Las palabras en idioma extranjero se escribirán en cursivas.

8. No se utilizarán sangrías, ni en el texto, ni en los epígrafes. Salvo en las citas, si tienen más de 40 palabras, las cuales se incorporarán en párrafo aparte con sangría del lado izquierdo, supuesto en el cual no llevarán comillas. En ningún caso se podrá hacerse énfasis a través de mayúscula sostenida, cursiva, negrilla, ni subrayado.

9. No se incluirá bibliografía al final.

10. El sistema de citas que debe emplearse es el Estilo Chicago (sistema de notas y bibliografía) en su 17.^a edición¹: Según este sistema, las referencias se incorporan en notas al pie de página, a través de una llamada al final de la cita textual o paráfrasis, evitando así el empleo no acreditado de material creado por otro autor. La primera cita de la fuente incluirá todos los datos necesarios para la identificación de la fuente (autor, título, datos de publicación y página), pues no se incluirá bibliografía al final, las citas sucesivas se efectuarán de forma abreviada. Véase algunos ejemplos:

a. Libro:

Datos: Nombre Apellido, *Título del libro* (Lugar de publicación: número de edición si no es la primera, Editorial, año de publicación), página.

Ejemplo: Ramón Alfredo Aguilar Camero, *La filiación paterna. Consideraciones sobre el nuevo régimen legal y su fundamento constitucional* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2013), p. 87.

Cita sucesiva en forma abreviada: Aguilar Camero, *La filiación*, p. 99.

¹ Vid. University of Chicago, *The Chicago Manual of Style*, 17.^a ed. (Chicago: University of Chicago Press, 2017), capítulo 14. Cfr. <https://www.chicagomanualofstyle.org>.

Si son cuatro autores o más, se escribe el nombre del primero seguido de la expresión *et al.*

En caso de editor, compilador, coordinador, director o traductor, se indica el nombre después del título de la obra con la indicación de su participación de forma abreviada (ed., comp., coord., dir., trad.). Ejemplo: Jean Carbonnier, *Ensayos sobre las leyes*, trad. Luis Díez-Picazo (Madrid: Civitas, 1988), p. 60.

Si el libro es de un autor corporativo, en el lugar del nombre del autor se indica el de la organización. Ejemplo: University of Chicago, *The Chicago Manual of Style*, 17.^a ed. (Chicago: University of Chicago Press, 2017), capítulo 14.

Los libros consultados en línea se citan igual que la versión impresa, añadiendo al final el DOI o la URL. No es obligatorio poner la fecha de acceso.

b. Capítulo de libro colectivo:

Datos: Nombre Apellido, «Título del capítulo», en *Título del libro colectivo* (Lugar: Editorial, año), página.

Ejemplo: Sheraldine Pinto Oliveros, «A propósito de las sucesiones *mortis causa*», en *La importancia del Derecho Civil hoy. XI Jornada Aníbal Domínguez Guillén: en memoria de la Dra. María Candelaria Domínguez Guillén*, coord. José G. Salaverría L. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2022), p. 160.

Cita sucesiva en forma abreviada: Pinto Oliveros, «A propósito de las sucesiones *mortis causa*», p. 168.

c. Artículo en revista académica:

Datos: Nombre Apellido, «Título del artículo», *Título de la revista* información del número (año): página.

Ejemplo: Emilio Betti, «La interpretación del Derecho», *Revista de la Facultad de Derecho* 33 (1966): p. 10.

Cita sucesiva en forma abreviada: Betti, «La interpretación del Derecho», pp. 11 y 12.

d. Tesis doctorales:

Datos: Nombre Apellido, «Título de la tesis» (tesis doctoral, universidad, año), página.

Ejemplo: Carlos García Soto, «La garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en los ordenamientos jurídicos de España y Venezuela» (tesis doctoral: Universidad Complutense de Madrid, 2015), p. 219.

e. Publicaciones oficiales:

Datos: debe suministrarse el mínimo de elementos necesarios para su identificación.

Ejemplo: Resolución N.º 011-2013 que establece las tablas de valores máximos aplicables a impuestos y tasas estatales y municipales (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6783 extraordinario, del 29-12-23).

f. Fallos judiciales:

Datos: tribunal (completo o en su usual abreviatura), número de la decisión, fecha.

Ejemplo: TSJ/SC, sent. N.º 693, de 02-06-15, www.tsj.gov.ve.

Para mayores detalles consúltese: *Guía rápida del estilo Chicago Notas y Bibliografías*² o *Manual de estilo Chicago Deusto. Guía breve para citas y referencias bibliográficas*³.

² *Vid.* https://biblioguias.uam.es/ld.php?content_id=35025269.

³ *Vid.* <https://www.ucab.edu.ve/wp-content/uploads/2018/03/Manual-de-Chicago-Deusto.pdf>.