

ISSN 2343-6352 / Depósito Legal ppi 201402ZU4462
Vol. 15, Núm. 2 Julio - Diciembre 2021

Cuestiones Jurídicas

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad Rafael Urdaneta
Maracaibo, Venezuela

Cuestiones Jurídicas

Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta.

ISSN 2343-6352 / Depósito Legal ppi 201402ZU4462

Universidad Rafael Urdaneta

Av. 2 c/Calle 86, entrada Sur del Parque Vereda del Lago,

Maracaibo, Venezuela. Teléf. (58) (261) - 2000887, Fax (58)(261) 2000868.

Web: <https://uru.edu>

2021© Los Autores.

De esta edición: Universidad Rafael Urdaneta, Fondo Editorial Biblioteca.

Maracaibo, Venezuela.

Diseño y maquetación: Mibsay Contreras

Revisión de traducción de abstract: Manuela Paola Rodríguez Boscán.



Web Cuestiones Jurídicas: <http://ojs.uru.edu/ojs/index.php/cj>

Web de Revista Arbitradas URU: <http://ojs.uru.edu/ojs/index.php/index>

Teléfono: (58) (261) - 2000892.

Correo Electrónico: cuestionesjuridicas@uru.edu



Los contenidos están bajo una licencia *Creative Commons Atribución 4.0 Internacional*. Esta licencia permite que los contenidos de los artículos de *Cuestiones Jurídicas: Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, se puedan copiar y redistribuir en cualquier medio y formato, así como su adaptación (remezclando, transformando o construyendo a partir del material) para cualquier propósito, incluso para un uso comercial. En cualquier caso, el usuario que utilice sus contenidos debe citar de forma adecuada, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Los términos de la licencia se encuentran disponibles en: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>

Cuestiones Jurídicas

Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta
ISSN 2343-6352 / Depósito Legal ppi 201402ZU4462

Comité Editorial

Dra. Ana Viloría
Mgs. Mariaeugenia Mas y Rubí
Mgs. José Alexy Farias

Dr. Alberto Jurado
Dr. Juan Berrios
Dr. Ronald Chacín

Dra. Innes Faría
Editora-Jefe

Esp. Hosglas Sanchez
Editora asociada

Comité de Asesores

Dra. Marisela Párraga de Esparza
Dr. Victor Hernández Mendible
Dr. Jesús María Casal
Dra. Fabiola Tavares

Mgs. Anabella del Moral
Dr. José Manuel Guanipa
Dr. Wilmer Carmona

Cuestiones Jurídicas es un instrumento de divulgación científica adscrito a la Escuela de Derecho de la Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela. Es una revista arbitrada con periodicidad semestral, contentiva de artículos científicos originales no publicados en el área de las ciencias jurídicas y otras disciplinas directamente relacionadas con éstas, de autoría individual o colectiva, que cumplan con las normas de publicación. Al mismo tiempo cuenta con una sección que reseña la legislación y jurisprudencia más reciente y de mayor trascendencia en el mundo jurídico, con los comentarios respectivos, provenientes de especialistas en la materia.

La correspondencia debe ser enviada a: Editora Jefe, *Cuestiones Jurídicas*.

Dirección: Universidad Rafael Urdaneta, Av. 2 c/Calle 86, entrada Sur del Parque Vereda del Lago, Maracaibo, Venezuela.

Tlfnos. (58) (261) - 2000URU (878), Fax (58)(261) 2000843

Correo electrónico: cuestionesjuridicas@uru.edu

Cuestiones Jurídicas se encuentra indizada en el Índice y Biblioteca Electrónica de Revistas Venezolanas de Ciencia y Tecnología REVENCYT (Código RVC021), y en Latindex.

Universidad Rafael Urdaneta

Dr. Jesús Esparza Bracho, Rector
Ing. Maulio Rodríguez, Vicerrector Académico
Ing. Salvador Conde, Secretario

Econ. Alfredo León
Decano de la Facultad de Ciencias Políticas,
Administrativas y Sociales

Dra. Tania Méndez de Alemán
Directora de la Escuela de Derecho

Contenido

Doctrina

Poderes Salvajes de Luigi Ferrajoli.

Wild Powers of Luigi Ferrajoli.

Lucía M. Díaz De Luque.

8

Class Actions y Derecho Procesal Electoral Venezolano: Negativa de Referéndum Revocatorio al Caso Nicolás Maduro Moros.

Class Actions and Venezuelan Electoral Procedural Law: Denial of Recall Referendum to the Case of Nicolás Maduro Moros.

Jean-Denis Rosales Gutiérrez.

26

Artículos en Ciencias Jurídicas

El Teletrabajo y su Regulación en Venezuela.

Telecommuting and its Regulation in Venezuela.

Ronny Rafael Rincón Amado y Marieugenia Mas y Rubí Peña

43

Sucesión a Título Universal y las Disposiciones Testamentaria.

Succession on a Universal Basis and Testamentary Dispositions.

Diangela Alexandra Sacco Urdaneta y Luis Alberto Acosta Vasquez

58

La Prueba de la Cesión de acciones en Venezuela.

Proof of the Transfer of Shares in Venezuela.

Juan Pablo Ordaz Pineda y Javier Sosa

69

El Principio de Incidencia Internacional de los Medios Digitales en la Empresa Venezolana.

The Principle of International Impact of Digital Media in Venezuelan Company.

Gianpaolo Scionti Perez y Innes Faría Villarreal

79

Poderes Salvajes de Luigi Ferrajoli¹

Lucía M. Díaz De Luque

Resumen

Este artículo es un análisis prescriptivo de la Teoría de Luigi Ferrajoli sobre Poderes Salvajes que ponen en riesgo la existencia de la Democracia Constitucional. Para ello, me aproximaré al concepto de Poder, a través de los autores que he considerado relevantes en la materia. Posteriormente, abordaré el concepto general de Democracia, con el fin de dilucidar de mejor manera dicho término en la actualidad, siempre con el énfasis que aporta el autor.

Palabras clave: Luigi Ferrajoli, poder, poderes salvajes, límites al poder, democracia constitucional.

Wild powers of Luigi Ferrajoli

This article is a prescriptive analysis of Luigi Ferrajoli Theory on Wild Powers that put the existence of Constitutional Democracy at risk. For this, an approximation to the concept of Power was made, through the authors who were considered relevant in the matter. Subsequently, the general concept of Democracy was addressed, in order to better elucidate this term today, always with the emphasis provided by the author.

Keywords: Luigi Ferrajoli, power, wild powers, limits to power, constitutional democracy.

Introducción.

Luigi Ferrajoli escribe su obra: “*Poderes Salvajes. La crisis de la Democracia Constitucional*” en el año 2011, y esta se desarrolla como un análisis a la decadencia de la Democracia Constitucional que atraviesa Italia. No obstante, el análisis se constituye a partir de la situación de su país natal, el cual resulta ser el reflejo de la situación de otros tantos.

El presente es un análisis prescriptivo a la obra “*Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*”, de Ferrajoli y responde al problema ¿Cuáles son los poderes salvajes? y ¿De qué manera amenazan la democracia constitucional?

He dividido conforme a la naturaleza de nuestro problema, en dos partes la presente investigación. La primera consiste en describir cuáles son los Poderes Salvajes de Ferrajoli, sin embargo, antes de ello y con el fin de delimitar un marco conceptual, abordaré la noción de poder, según los autores que he considerado relevantes en la materia. La segunda parte, obedece a la misma estructura que la anterior, explicaré de qué manera la existencia de esos Poderes Salvajes ponen en riesgo la Democracia Constitucional, pero antes, expondré qué entiende Ferrajoli por Democracia, para lo cual me apoyaré en Giovanni Sartori, autor que desarrolla una línea de pensamiento en sentido similar.

¹ Recibido: 10/05/2021 Aceptado: 21/06/2021

Este trabajo se desarrolló en el marco del Semillero de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario – Línea de investigación: Democracia y Derechos Humanos en calidad de requisito de grado. Correo electrónico del autor: contacto@deluqueabogados.com

Por lo anterior, y a fin de contextualizar al lector, considero necesario analizar no sólo al autor, sino también el contexto histórico en el que se desarrolla, en aras de comprender de forma integral su obra. Para ello, ha sido útil la tesis “*El Itinerario Intelectual y Político de Luigi Ferrajoli*”, del Dr. José Roberto Ruiz Saldaña, de la cual he tomado los aspectos más determinantes, a continuación:

Ferrajoli nace en 1940, bajo un Régimen Fascista, pues en el año 1926, se instaura a través de una Dictadura impuesta por MUSSOLINI, quien en ese momento “privó de representación a todos los partidos políticos en el parlamento, de modo que la cultura política no era, como es claro, la de una democracia representativa” (Ruiz, R. 2011: 43).

Este Régimen Fascista, estuvo presente en Italia por más de veinte (20) años, y el devenir de su caída se da por acontecimientos como: la destitución y arresto de MUSSOLINI, el 25 de Julio de 1943; la toma del poder de la insurrección armada proclamada por el Comité de Liberación Nacional de la Alta Italia (CLNAI); y, por último, el 28 de abril de 1945, día en que fue fusilado el Dictador (Ruiz, R. 2011: 43).

A la liberación de Italia de dicho régimen, la situación política, económica y social fue sumamente compleja, porque era una Italia, que debía reconstruir una sociedad al tiempo que desmantelaba otra. Bajo esta perspectiva Ruiz indica:

A fin de reconstruirla fue necesario un compromiso de la clase política antifascista. La formación del Comité de Liberación Nacional (CLN), todavía en el periodo bélico, fue un primer signo importante en Italia para lograr la convergencia requerida y alcanzar acuerdos políticos que permitieran primero luchar por – y luego restaurar – la democracia. (Ruiz, R. 2011: 44).

Sin embargo, ese propósito también estuvo permeado por infinitas dificultades, dentro de las cuales la de mayor envergadura fue la pugna por el poder, sobre todo en el periodo comprendido entre 1945 y 1947, a ello se le suma:

el interés del Vaticano para impedir el crecimiento del socialismo y comunismo en Italia; el avance de la guerra fría; la premura del financiamiento externo, con el ulterior debate de si la reconstrucción debía ser dirigida por el Estado o por la iniciativa privada y la existencia de italianos aún armados (Ruiz, R. 2011: 44,45).

El 2 de junio de 1946, mediante referendo se opta por la opción de organizar el Estado en forma de República en vez de regresar a un Estado Monárquico. En las elecciones para Asamblea Constituyente, tuvo mayoría de votos el partido Democracia Cristiana (en adelante D.C.) en las primeras elecciones, con posterioridad a la conformación de la Asamblea Constituyente, realizadas el día 18 de abril de 1948, obtuvo la mayoría absoluta de Diputados y la mayoría relativa de Senadores y fue así como este partido comenzó a Construir la nueva Italia.

Entonces la situación en ese momento consistió en que Italia estaba siendo gobernada por un partido distinto, pero bajo la misma estructura jurídica, es decir, que toda esa herencia que venía del Régimen Totalitario de MUSSOLINI, fue utilizada por la D.C. al momento de construir las nuevas instituciones por las que se había luchado en contra del fascismo.

Los años 50`s en Italia fueron el decenio en el cual la D.C., puso las bases del sistema de poder en el Estado, representando un atraso para el País, sobre todo en cuanto a las instituciones fundamentales de la Constitución puesto que no hubo legislación alguna que rompiera la perpetuidad de las instituciones fascistas o la unión entre clase política fascista y la alta burocracia, “de manera que los fascistas volvieron a ocupar los puestos más importantes de la jerarquía burocrática, con renovada solidaridad entre ellos y ejercitando la venganza en contra de los antifascistas” (Ruiz, R. 2011: 49).

La Corte Constitucional italiana, por ejemplo, inició su ejercicio en 1956, incluso con competencia retroactiva para antes de promulgada la Constitución, pero las complicaciones se dieron en la ejecución de las sentencias, puesto que hubo un número importante de estas que fueron desatendidas por los funcionarios políticos y administrativos.

Este retraso en la implementación de la Constitución representó a su vez un retraso en el Estado Democrático.

Pese a que en la década de los 60's el gobierno estuvo integrado no sólo por la D.C., sino también por socialistas democráticos, socialistas y republicanos, no hubo mejoría en la democracia ni tampoco un avance institucional o aprobación de las reformas que se requerían.

Tal como se ha narrado, el Régimen Fascista significó una negación a los Derechos y Libertades, y siendo esta la situación política, jurídica y social de Italia, es consecuente no sólo que la Sociedad no quiera regresar a dicho régimen, sino, además, que promuevan la evolución de la Democracia Constitucional, la cual reconoce los derechos y libertades de los Ciudadanos. Es por ello Ferrajoli "propone, promueve, insiste, en la afirmación de los derechos y del derecho mismo" (Ruiz, R., 2011: 26).

1. Sobre el Poder.

En este acápite se intenta hacer una aproximación de lo que la doctrina más relevante, a mi parecer, define por poder. No citaré una definición unívoca, toda vez que hoy en día no existe. Sin embargo, traeré algunas definiciones en orden cronológico. Para ello se parte con Tomas Hobbes, seguidamente Marx Weber, luego Michel Foucault, posteriormente, Luis Mendieta y Núñez. Continúo con Gregorio Peces- Barba, y finalmente llegamos a Ferrajoli, autor del cual partimos para realizar el análisis en cuestión.

El Poder pese a que ha sido objeto de innumerables estudios académicos, no existe una definición de aceptación universal. En defensa de esta dificultad, algunos académicos han manifestado que un abordaje fenomenológico del poder implicaría un aislamiento del término,² bajo el entendido de que su esencia es moldeada por circunstancias de modo, tiempo y lugar, siendo entonces que sus fundamentos, tecnologías y eficacia social serán diferentes según se trate de una sociedad arcaica, feudal o capitalista avanzada (Dávila, A., *El Poder*, 1991)

Para Thomas Hobbes³, poder es:

La eminencia de las facultades del cuerpo o de la inteligencia, tales como una fuerza, belleza, prudencia, aptitud, elocuencia, liberalidad o nobleza extraordinarias. Son instrumentales aquellos poderes que se adquieren mediante los antedichos, o por la fortuna, y sirven como medios e instrumentos para adquirir más, como la riqueza, la reputación, los amigos y los secretos designios de Dios, lo que los hombres llaman buena suerte. Porque la naturaleza del poder, es en este punto, como ocurre con la fama, creciente a medida que avanza; o como el movimiento de los cuerpos pesados, que cuanto más progresan tanto más rápidamente lo hacen. El mayor de los poderes humanos es el que se integra con los poderes de varios hombres unidos por el consentimiento en una persona natural o civil; tal es el poder de un Estado; o el de un gran número de personas, cuyo ejercicio depende de las voluntades de las distintas personas particulares, como es el poder de una facción o de varias facciones coaligadas. Por consiguiente, tener siervos es poder; tener amigos es poder, porque son fuerzas unidas. También la riqueza unida con la libertad, es poder, porque procura amigos y siervos. Sin liberalidad no lo es, porque en este caso la riqueza no protege, sino que se expone a las asechanzas de la envidia (Hobbes, T., *Leviatán*, 1980: 69).

² "[...] un abordaje fenomenológico del poder implicaría un aislamiento del término para que no fuera mistificado por elementos ajenos o que relacionados, son fortuitos y habría que reducir la variedad cambiante de sus aspectos temporales y especiales hasta que inductivamente se pudiera establecer lo intemporal de su esencia, es decir, de sus cualidades irreductibles." "Las definiciones esencialistas deben descartarse de las ciencias sociales en nombre de una sana epistemología. El poder no es una "sustancia" ni una "esencia", sino un concepto relacional históricamente determinado. El poder no es "algo" que se puede adquirir, arrebatar o compartirse, algo que se puede conservar o dejar escapar; el poder se ejerce a partir de innumerables puntos de apoyo y dentro de un juego de relaciones desiguales y móviles." (Dávila, A., *El Poder*, 1991)

³ Luigi Ferrajoli se refiere a Thomas Hobbes y su obra *El Leviatán*, en varias oportunidades y resalta la proyección del futuro que tuvo el autor, de tal manera que aun siendo una obra antigua detalle perfectamente la situación del mundo actual.

En la definición de Hobbes, el poder es innato al cuerpo, aunque también describe formas que pueden adquirirse. Es importante anotar que el primer elemento que destaca es la fuerza, como una de las formas inherentes del ser. Sin embargo, otros doctrinantes posteriores a él, a quienes me referiré más adelante, han descartado el elemento fuerza como esencia del poder, aunque ello tampoco es una verdad aceptada universalmente.

Para Max Weber, el poder significa “la probabilidad de imponer de la propia voluntad, dentro de una relación social, aún contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad” (Weber, M., *Economía y Sociedad*, 1964: 43).

También define el concepto de dominación y disciplinas para diferenciarlos de poder. Al siguiente tenor:

Por dominación debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas; por disciplina debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia para un mandato por parte de un conjunto de personas que, en virtud de actitudes arraigadas, sea pronta, simple y automática (Weber, M., *Economía y Sociedad*, 1964: 43).

Explica, además que:

El concepto de poder es sociológicamente amorfo. Todas las cualidades imaginables de un hombre y toda suerte de constelaciones posibles pueden colocar a alguien en la posición de imponer voluntad en una situación dada. El concepto de dominación tiene, por eso, que ser más preciso y sólo puede significar la probabilidad de que un mandato sea obedecido. El concepto de disciplina encierra el de una “obediencia habitual” por parte de las masas sin resistencia ni crítica. (Weber, M., *Economía y Sociedad*, 1964: 43).

Por su parte Michel Foucault, hace también un análisis acerca de qué es poder, las clases y la forma en que se ejerce, concluye que: “Poderes, quiere decir, formas de dominación, formas de sujeción que operan localmente, por ejemplo, en una oficina, en el ejército, en una propiedad de tipo esclavista, o en una propiedad donde existen relaciones serviles” (Foucault, M., *Las redes del Poder*, 2014: 60), en contraposición a lo dicho por Weber y que existe solamente en la medida en que haya libertad, “El poder se ejerce solo sobre sujetos libres, y solamente en la medida en que ellos son libres” (Foucault, M., *El sujeto y el poder*, 1991: 84).⁴Y en su análisis acerca de qué constituye la naturaleza específica del poder afirma que:

El poder existe solamente cuando es puesto en acción, incluso si, por supuesto, está integrado en un campo desigual de posibilidades actuando sobre unas estructuras permanentes. Esto significa también que el poder no es una función de consentimiento. No es en sí una renuncia a libertades, una transferencia de derechos, la delegación en pocos del poder de cada uno y de todos (lo que no impide la posibilidad de que el consentimiento pueda ser una condición de existencia o de mantenimiento del poder); la relación de poder puede ser el resultado de un previo o permanente consentimiento, pero no es por naturaleza la manifestación de un consenso (Foucault, M., *El sujeto y el poder*, 1991: 83).

⁴ Con esto queremos decir, sujetos individuales o colectivos que están enfrentados con un campo de posibilidades en el que se puedan realizar diversos comportamientos. Donde los factores determinantes saturan el todo, no existe relación de poder; la esclavitud, cuando el hombre está encadenado, no es una relación de poder, - en este caso se trata de una relación física de represión. [...] En este juego la libertad puede muy bien aparecer como la condición para el ejercicio del poder (al mismo tiempo su condición previa, dado que la libertad debe existir para que el poder se ejerza, como también su soporte permanente, dado que, sin la posibilidad de la desobediencia, el poder sería equivalente a una determinación física) (Foucault, M., *El sujeto y el poder*, 1991, pág. 84).

Define una relación de poder, el hecho de que es un modo de acción que no actúa directa e inmediatamente sobre otros⁵(Foucault, M. , *El sujeto y el poder*, 1991: 84).

En una de sus obras critica que el Poder no debe ser entendido como esa regla de actuar que prohíbe. Específicamente resalta la insuficiente del *Tu no debes* que predominó por mucho tiempo⁶.

Lucio Mendieta y Núñez, crítica entre varios, las definiciones de poder de Haurious y Max Weber. Las considera inexactas y explica que si bien el poder lleva implícito: dominación, fuerza, influencia y control, no puede confundirse o limitarse con ello⁷.

En este sentido, afirma que:

[...] aun cuando, en efecto, el Poder lleva implícito el dominio, no siempre se expresa en términos de dominación, sino de simples actos administrativos de mejoramiento social a los que nadie se opone. El poder no sólo se usa para dominar, sino también para servir, o simplemente para mantener un orden establecido de acuerdo con el consenso general y entonces no puede hablarse de dominación. Otras veces el gobernante se ve obligado a imponer no su voluntad, sino la expresada por una asamblea legislativa mediante leyes o la de toda una población (referéndum), y no son raros los casos en que, lejos de dominar, tiene que hacer una verdadera rectificación de sus designios cuando suscitan oposiciones que amenazan romper el equilibrio del Estado (Mendieta, L., *Sociología del poder*, 1976: 17).

Así mismo, diferencia poder de fuerza, en el siguiente sentido:

Tampoco pueden confundirse fuerza y poder, este se ejerce generalmente sin hacer uso de aquella y sin que la posibilidad de hacerlo intervenga en las decisiones del gobernante que simplemente son aceptadas por los gobernados. La sola fuerza no es Poder en el sentido sociológico de la palabra. Por ejemplo, un militar de alta graduación puede tener bajo su mando inmediato a gran parte del ejército y disponer de muchos elementos de destrucción, es decir, tiene fuerza: pero está supeditado al verdadero Poder de quien ejerce la suprema magistratura del Estado. Solo en el caso de que se alce contra ese Poder, adquiere una especie de Poder propio porque se vuelve autónomo y la autonomía es una condición esencial de todo Poder (Mendieta, L., *Sociología del poder*, 1976: 18).

Gregorio Peces-Barba, en *Diez Lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, reproduce la definición de Poder de Weber. Agrega además que:

⁵Foucault, en una de sus obras se refiere al Panóptico para definir un concepto de poder humanista y un modelo de ejercicio de poder. “El Panóptico de Bentham es la figura arquitectónica de esta composición. Conocido es su principio: en la periferia, una construcción en forma de anillo; en el centro, una torre, ésta, con anchas ventanas que se abren en la cara interior del anillo. La construcción periférica está dividida en celdas, cada una de las cuales atraviesa toda la anchura de la construcción. Tienen dos ventanas, una que da al interior, correspondiente a las ventanas de la torre, y la otra, que da al exterior, permite que la luz atraviese la celda de una parte a otra. Basta entonces situar un vigilante en la torre central y encerrar en cada celda a un loco, un enfermo, un condenado, un obrero o un escolar. Por el efecto de la contraluz, se pueden percibir desde la torre, recortándose perfectamente sobre la luz, las pequeñas siluetas cautivas en las celdas de la periferia. Tantos pequeños teatros como celdas, en los que cada actor está solo, perfectamente individualizado y constantemente visible. El dispositivo panóptico dispone unas unidades espaciales que permiten ver sin cesar y reconocer al punto. En suma, se invierte el principio del calabozo; o más bien de sus tres funciones —encerrar, privar de luz y ocultar—; no se conserva más que la primera y se suprimen las otras dos. La plena luz y la mirada de un vigilante captan mejor que la sombra, que en último término protegía. La visibilidad es una trampa” (Foucault M. , *El sujeto y el poder* , págs. 184 - 185).

⁶“Frecuentemente encontramos entre los psicoanalistas, los psicólogos, y los sociólogos, esta concepción según la cual el poder es esencialmente la regla, la ley, la prohibición, lo que marca un límite entre lo permitido y lo prohibido. Creo que esta concepción de *poder* fue, a fines de siglo XIX, formulada incisivamente (y extensamente elaborada) por la etnología. La etnología siempre intentó detectar *sistemas de poder* en sociedades diferentes a las nuestras en términos de *sistemas de regla*. Y nosotros mismos, cuando intentamos reflexionar sobre nuestra sociedad, sobre la manera como el poder se ejerce en ella, lo hacemos fundamentalmente a partir de una concepción jurídica: dónde está el poder, cuál es el sistema de leyes que el poder establece sobre el cuerpo social. Por lo tanto, para nuestras sociedades hacemos siempre una sociología jurídica del poder y cuando estudiamos sociedades diferentes a las nuestras hacemos una etnología que es esencialmente una etnología de la regla, una etnología de la prohibición” (Foucault, M. , *Las redes del Poder*, 2014, pág. 52)

⁷“Los varios atributos que suelen señalarse como esenciales del Poder: la fuerza, la dominación, el control, se derivan de las diversas etapas por las que ha atravesado en el curso de los tiempos. Es indudable que el origen del Poder está en la fuerza. Las primeras bandas trashumantes de seres humanos que cruzaron por la tierra estaban dirigidas o capitaneadas por el hombre más fuerte que, gracias a sus cualidades físicas y a su valor, se imponía a los demás. Probablemente de las hazañas que realizaba en un mundo y en una época llena de peligros, surgió la idea de que era poseedor de cualidades sobrenaturales y de ahí que en las sociedades primitivas se considere al jefe como a un Dios. El poder estaba ligado a su persona, emanaba, por decir así, de su persona” (Mendieta, L., *Sociología del poder*, 1976, pág. 21).

El poder político es cuando ese poder en sentido genérico tiene unos rasgos específicos, se refiere a la vida social del hombre en relación con los demás que afectan al interés general, e indirectamente al interés individual, con una pretensión de estabilidad y permanencia y sin que exista competencia de ningún otro poder. Expresa una fuerza institucionalizada y racionalizada a través del Derecho (Peces – Barba, G., *Diez Lecciones Sobre ética, Poder y Derecho*, 2010: 273).

Considera que el Estado tiene el monopolio legítimo de la fuerza y el Derecho no solo regula el uso de la fuerza, sino que, además, es un conjunto de normas apoyadas en la fuerza. Advierte, el contenido de este no se agota en ello (Peces – Barba, G., *Diez Lecciones Sobre ética, Poder y Derecho*, 2010: 306).

En cuanto a Ferrajoli, pese a que desarrolla una teoría de limitación de poder no hace parte del debate de autores que intentan definir ¿Qué es poder?; sin embargo, se puede inferir, claramente, de su clasificación en micro y macro poderes salvajes, que se refiere a poder social y poder político.

Ahora bien, como mencioné en un principio, no existe una definición concreta de Poder, y la descripción de un autor es por demás insuficiente para otro; sin embargo, es posible sostener que el Poder ha sido uno de los elementos de discusión socio-político desde el origen mismo del hombre, además abarca un abanico de posibilidades que comprende desde la imposición de la fuerza, predominante en un Estado de Naturaleza hasta el surgimiento de poderes institucionales a partir de la necesidad de organización y trabajo mancomunado para la consecución de un fin o propósito común.

Por eso, la definición de Poder irá moldeándose conforme circunstancias debidas. Además, ello no imposibilita referirse a condiciones generalizadas, por ejemplo: Una concepción clásica ataba la definición de poder a la fuerza bruta, el más fuerte ejercía el poder, y hoy aún podemos mantener esa concepción, pero ya no como fuerza bruta sino como fuerza legítima, pues la sapiencia del ser humano ha superado la fuerza animal, que en la actualidad se entendería como violencia física.

En igual sentido, es válido afirmar que el poder implica dominación, todo aquel que ejerce poder, tendrá la posibilidad de incidir en otro, hasta el punto de llevarlo a situaciones deseadas. Poder también implica coacción, relación social de desigualdad, entre otras.

Del anterior debate también es posible concluir que este puede revertir varias formas:

1. Regulado o No Regulado: Según se trate, por ejemplo, de sistemas absolutistas o democráticos; más adelante veremos como Ferrajoli, demuestra que aún en los sistemas regulados, existen poderes sin límites, lo cual es precisamente el objeto de este estudio.

2. Privado o Público: Según se desarrolle en la Sociedad o en el Estado. Dentro de la Teoría de Ferrajoli, corresponde a Micropoderes Salvajes o Macropoderes Salvajes, si surgen en la Sociedad o en el Estado, respectivamente.

2. Poderes Salvajes.

Ferrajoli, desarrolla su teoría sobre poderes salvajes de forma anticipada en su libro: *Derecho y Razón*, y no en *Poderes Salvajes. La crisis de la Democracia Constitucional*, como sería fácil deducir.

En este acápite expondré en qué consiste cada uno y traeré a colación a Gregorio Peces – Barba, así como a Joaquín Estefanía, quienes desarrollan líneas de pensamiento en sentido similar a Ferrajoli.

Para definir Poderes Salvajes, hace una clasificación en micro y macro poderes ilegales o extralegales, micro poderes salvajes y macro poderes salvajes.

• Micro y macro poderes ilegales o extralegales: en esta clasificación, más allá de definir cuáles o qué son los micro y macro – poderes legales, lo que hace es una relación de estos respecto de la función garantista del Estado de Derecho. Explica, en realidad la función garantista del derecho consiste en *la minimización del poder*,

lo cual se logra a través de la correlación entre igualdad y maximización de derechos fundamentales frente a una instrumentalización y limitación de las situaciones jurídicas de poder, más concretamente, consiste en una limitación de poderes al tiempo que se amplían las libertades.

En este sentido, la libertad depende de las leyes, cuya función es la indicada por Kant, de hacer convivir las libertades de todos. Aún más: las libertades están por su naturaleza destinadas a convivir y cada vez que una libertad atenta contra la libertad de los demás, quiere decir que se ha convertido en un poder (Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 2009: 932).⁸

Peces-Barba, en su análisis sobre la relación entre Estado de Derecho, Democracia, libertad e igualdad, explica, la Democracia es el sistema de Gobierno que mejor encaja dentro de un Estado de Derecho y para que esta exista, es indispensable la dimensión liberal, es decir, la que impulsa la libertad⁹ (Peces – Barba, G., *Diez Lecciones Sobre ética, Poder y Derecho*, 2010: 69). Llegó a dicha conclusión luego de hacer un párelo entre el concepto de Democracia Clásica y Democracia Moderna. Así mismo, pone de presente que, antes era vista bajo una óptica peyorativa mientras que ahora, gracias al pensamiento liberal, todos los sistemas quieren proclamarse democráticos, toda vez que, en este nuevo modelo, en el que la libertad se vincula con la ley (Peces – Barba, G., *Diez Lecciones Sobre ética, Poder y Derecho*, 2010: 67) existe una primacía de los derechos del hombre y de sus libertades, lo cual vino a limitar el ejercicio del poder¹⁰.

Ferrajoli y Peces-Barba, son teóricos liberales, siguen una línea de pensamiento similar. Para ambos los derechos fundamentales y la libertad, obviamente regulada, limita el ejercicio de ese poder a ultranza del que gozaba el soberano, llámese Rey o pueblo, dentro de un Estado de Derecho¹¹.

- **Micropoderes salvajes:** Son aquellos poderes absolutos que pueden llegar a tener los ciudadanos. En una primera aproximación a la definición de estos, el autor manifiesta que aquellas “situaciones que se desarrollan en el marco de roles e instituciones jurídicas abandonadas a dinámicas sustancialmente libres e incontroladas, favorecen formas de poder salvaje” (Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, 2009: 933).

Señala que la existencia de cualquier poder genera *per se* una desigualdad. Hace una distinción entre poderes jurídicos y extrajurídicos, la cual consistente en que estos últimos son tendencialmente absolutos y generan desigualdades sociales o sustanciales, por otro lado, los primeros, generan desigualdades jurídicas o formales.

Los poderes extra-jurídicos, se crean “en la sociedad civil, fuera del derecho o incluso dentro de las instituciones jurídicas, conforme a normas de mera legalidad que confieren poderes en blanco simplemente designando roles: de padre, patrono, dirigentes y otros” (Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, 2009: 934). Concluye que el grado de absolutismo presente en un Estado aún organizado en forma de Estado de Derecho, se debe a la presencia de poderes extra – legales. Es importante resaltar que Ferrajoli, reconoce que un poder si bien no puede ser estrictamente legal tampoco lo puede ser estrictamente constitucional; sin embargo, se trata de una cuestión de grado, por ello, pone de presente que debe ser una garantía del estado de derecho que aquellos poderes que por sus funciones sociales no pueden ser suprimidos, al menos deben ser lo más limitado posible por la ley.

Como consecuencia de lo anterior, destaca que:

⁸ Adicionalmente, define cuatro hipótesis: la sociedad salvaje y la sociedad disciplinaria, el estado salvaje y el estado disciplinario. Estas configuran las “cuatro formas de las relaciones sociales y políticas de poder que se desarrollan y conviven sin regulación fuera, y a veces, dentro de la trama del estado de derecho” (Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, 2009, pág. 933). Afirma que en estas sedes es donde permanecen y se desarrollan los micro y macro poderes salvajes.

⁹ “[E]n el ámbito de los grupos que defienden la democracia y el Estado de Derecho se identifican con posiciones moderadas y reformistas y que es incompatible con posturas revolucionarias o contrarrevolucionarias. La democracia es la forma política de las sociedades abiertas y los sistemas autoritarios o totalitarios son propios de las sociedades cerradas. Democracia es sinónimo de moderación y de sociedades abiertas y el elemento indispensable para que existan es la dimensión liberal, es decir, la que impulsa el valor libertad” (Peces – Barba, G., *Diez Lecciones Sobre ética, Poder y Derecho*, 2010, pág. 69).

¹⁰ “Este cambio de imagen se debe a la redefinición de democracia por el pensamiento liberal. La libertad individual y los derechos como límites al poder templan y matizan el principio democrático de los antiguos donde el poder del pueblo sería ilimitado” (Peces – Barba, G., *Diez Lecciones Sobre ética, Poder y Derecho*, 2010, pág. 64).

¹¹ La libertad no puede ser tal que impida el ejercicio de las libertades de otro (Peces – Barba, G., *Diez Lecciones Sobre ética, Poder y Derecho*, 2010, pág. 161).

El progreso de la que he llamado democracia sustancial se produce, pues, además de mediante la expansión de los derechos y de sus garantías, también a través de la ampliación del estado de derecho al mayor número de ámbitos de vida y de esferas de poder, de modo que también en ellos se tutelen y sean satisfechos los derechos fundamentales de las personas (Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, 2009: 934).

En un sentido afín, Joaquín Estefanía en su obra *La mano invisible. El gobierno del mundo*, realiza una aproximación a la genealogía del poder, en la que enfatiza en las nuevas formas de poder y dominación existente. En el primer capítulo, estudia los factores que afectan el sistema democrático en América Latina, a partir de una publicación del Programa de Naciones Unidas, *La Democracia en América Latina*, donde recopila opiniones de diversos habitantes del cono sur del continente americano.

Más adelante anunciaré los factores que él identifica, por lo pronto, me limitaré a decir que en su análisis se basa en el estudio de unos Poderes Fácticos, donde se infiere, corresponde a lo que Ferrajoli denomina: micropoderes salvajes.

Poderes Fácticos, según Estefanía:

son el conjunto de instituciones que tienen fuerza *de hecho* para influir en la política de un Estado. [...] Un problema tradicional ha sido el divorcio entre los poderes institucionales y los poderes fácticos: si bien los textos constitucionales otorgan gran peso al poder ejecutivo y una importante capacidad de acción al legislativo y al judicial, el poder real suele residir en instituciones a las que las normas asignan otras funciones, o en grupos que no forman parte del orden político – institucional (familias tradicionales, grupos económicos, entre otros) (Estefanía, J., *La mano invisible. El gobierno del mundo*, 2006: 20-21).

La definición que ofrece Joaquín muestra aquellos poderes que existen en la sociedad pero que no corresponden a la tridivisión clásica de poderes de Montesquieu y que se desarrollan bien sea porque son instituciones dotadas de otras funciones o porque ni siquiera están dotadas de ellas. En igual sentido Ferrajoli, se refiere a aquellos poderes que tienen cabida en la sociedad civil en ausencia de límites, fuera del derecho o incluso dentro de instituciones que permiten un gran margen de maniobra, por corresponder a normas en blanco que solo designan roles.

Un claro ejemplo de micro poder salvaje en la actualidad colombiana, es la discriminación negativa por parte de la comunidad Heterosexual a la LGTBI¹². Los primeros, bajo un argumento en el mayor de los casos religioso discrimina a estos últimos hasta tal punto de impedir que gocen de los mismos derechos que una persona heterosexual, influenciando desde la sociedad las actuaciones legislativas. Situación que ha sido reconocida por la Corte Constitucional Colombiana, en más de una oportunidad, sin embargo, y por la extensión del tema, traeré solo una sentencia. Tal es el caso de la tutela T 909 de 2011, que interpone un hombre homosexual en contra del Centro Comercial Cosmocentro y la Empresa de Seguridad Fortox S.A., dado que un grupo de guardias de seguridad del sitio escandalizados por manifestaciones de afecto, entre el tutelante y su pareja, los obligaron a salir del Centro Comercial. En dicho fallo, la Corte reitera su jurisprudencia sobre discriminación, en defensa de los Derechos de la comunidad LGTBI (Sentencia T – 909 de 2011).

• **Macropoderes salvajes:** Son poderes salvajes aquellos que ejercen los Estados en ausencia de límites. También los denomina “*Lobos artificiales*” y toma como referencia el Estado de Naturaleza de Hobbes. Quien describe que aun cuando en ese Estado de Naturaleza,

no hubiese habido ninguna época en la que los individuos estaban en una situación de guerra de todos contra todos, es un hecho que, en todas las épocas, los reyes y las personas que poseen una autoridad soberana están, a causa de su independencia, en una situación de perenne desconfianza mutua, en un estado y disposición de gladiadores, apuntándose con sus armas, mirándose fijamente, es decir, con sus fortalezas, guarniciones y cañones instalados en las fronteras de sus reinos, espionando a sus vecinos constantemente, en una actitud belicosa (Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, 2009: 936).

¹² Las siglas LGTBI designan colectivamente a lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex. Tómese en cuenta que esta definición es abierta y está en continuo cambio.

Resalta la lucidez del filósofo Tomas Hobbes, pues pese a que su obra fue escrita hace más de tres siglos, describía la sociedad internacional de reyes y estados como una sociedad salvaje, en la que ese hombre artificial llamado estado,

nacido para domar y poner freno a los *hombres lobos* que son *hombres naturales*, se ha transformado a menudo en un *lobo artificial*. Y los lobos artificiales se han revelado bastante más salvajes, incontrolables y peligrosos que los hombres naturales que los habían creado para confiarse a su tutela (Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, 2009: 936).

Es por ello que, para la explicación de este poder, el autor inicia argumentando que:

La vida y la seguridad de los ciudadanos se encuentran en peligro hoy más que nunca, no sólo por la violencia y los poderes salvajes de los particulares, ni por las desviaciones individuales o la ilegalidad de específicos poderes públicos, sino también, y en medida mucho más notable y dramática, por los mismos estados en cuanto tales: guerras, armamentos, peligro de conflictos militares y, en el interior, torturas, masacres, desaparición de personas, representan actualmente las amenazas incomparablemente más graves para la vida humana (Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, 2009: 936).

Como reflejo de estos macropoderes salvajes, considero interesante traer a colación la obra de Franz Kafka, *El Proceso*, donde se narra el calvario de un hombre aparentemente inocente que vé caer sobre él, todo el peso del Sistema Judicial sin librar un verdadero juicio. El autor, a través de esta obra, describe una realidad injusta, donde a un ciudadano de a pie, se le vulneran todos sus derechos por parte de quien se supone debía garantizarlos. Se constituye como una crítica al gigantismo del Estado totalitario que puede llegar a hacer a un hombre diminuto (Kafka, F., *El Proceso*, 1998),¹³ contrario al fin de cualquier Estado.

3. Sobre la Democracia.

El concepto de Democracia, tampoco encuadra dentro de lo que es una definición unánime, como mencioné ocurre con el término Poder. El vocablo Democracia, también moldea su contenido de acuerdo al contexto histórico – político del Estado en el que se desarrolle, con la diferencia de que sobre ésta Ferrajoli se refirió específicamente a sus elementos esenciales.

En consecuencia, bajo este capítulo, expondré la definición que él nos brinda; además, me referiré a diversos autores que comparten su línea de pensamiento.

Ferrajoli a través de una propuesta, brinda un concepto de Democracia Constitucional, ello lo hace por medio del replanteamiento de la noción tradicional. Parte de un concepto de Democracia Formal que compara con uno de Democracia Sustancial, concluye que el primero siendo ineficiente debe aunarse al segundo en aras de corresponder a los nuevos modelos democráticos.

Por Democracia Formal, expone, es aquella a través de la cual el Pueblo decide, en los siguientes términos: “En el sentido común la Democracia se concibe habitualmente, según el significado etimológico de la palabra, como el poder del pueblo de asumir las decisiones públicas, directamente o a través de representantes” (Ferrajoli, L., *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2011: 27). Resalta la ineptitud del concepto, toda vez que aunque expresa una *conditio sine qua non*, no abarca todos los elementos necesarios para calificar a un sistema político de Democrático y menos aún de Democracia Constitucional, básicamente por dos razones:

1. El paso del tiempo: La voluntad de las mayorías como descripción de Democracia era suficiente antes de las actuales Democracias Constitucionales, que juegan un papel importante a la hora de definir *qué* es posible decidir y no se limitan al *quién* (el pueblo y sus representantes) y el *cómo* de las decisiones (el sufragio universal y las reglas de las mayorías). A partir de estas, no basta la voluntad de las mayorías para legitimar cualquier decisión,

¹³ Franz Kafka, inicia su obra con la frase “Alguien debió de haber calumniado a Josef K., porque, sin haber hecho nada malo, una mañana fue detenido.” Y a partir de allí describe un proceso de aproximadamente un año, en el que K., no solo no conoció el delito por el cual lo investigaban, sino que tampoco conoció al Juez o al Tribunal Supremo, y sin embargo, fue condenado a pena de muerte. Esta obra sin duda alguna es una vehemente crítica a el Poder sin control del Estado. (Kafka, F. *El Proceso*, 1998).

además de ello, será necesario atender los límites constitucionales (Ferrajoli, L., *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2011: 28).

2. Esta noción puramente formal no tiene en cuenta el nexo conceptual que liga la Democracia Política con los derechos constitucionalmente estipulados que pone límites a la voluntad de las mayorías e impiden que sean absolutistas (Ferrajoli, L., *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2011: 29)¹⁴.

En cambio, a través de la Democracia Sustancial, es posible definir el “*qué*” es dable decidir. He aquí dónde radica la diferencia y la suficiencia del concepto de Democracia Constitucional que expone Ferrajoli, en esa limitación al poder de las mayorías, que al imponer prohibiciones y obligaciones a los poderes públicos ha generado la órbita de lo que no puede ser o debe ser decidido por cualquier mayoría, es decir, que la democracia constitucional le impone vínculos y límites constitucionales al contenido de las decisiones de los poderes públicos sino también al de las mayorías. Y, muy relacionado con esto, el cambio del paradigma constitucional, generó que la Constitucional se ubique en el vértice de la pirámide de legitimidad, de tal manera que, si antes no había nada por encima de la ley, ésta ahora debe atender no sólo en su forma, sino también en su contenido los preceptos constitucionales, pues de no ser así se generan antinomias o lagunas (Ferrajoli, L., *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2011: 33-34).

Siendo lo anterior, por Democracia Constitucional, se entiende la integración de la noción formal y sustancial de Democracia, entre tanto lleva inmersa no solo la *conditio sine qua non*, sino también la supremacía de los fundamentos constitucionales. Además, implica un *Gobierno para el Pueblo* y un *Gobierno del Pueblo*, donde el primero implica quien está legitimado para decidir y el segundo implica las reglas sobre las opciones que presiden el contenido de las decisiones (Ferrajoli, L., *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2011: 38).

Pero qué significa ¿Preceptos Constitucionales? Específicamente, se refiere a los Derechos Fundamentales. Para Ferrajoli, tanto el procedimiento de legitimación como el contenido de las decisiones, es decir, la Democracia Formal y la Sustancial, resultan anudadas por el paradigma constitucional (Ferrajoli, L., *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2011: 35).

Haré un breve parentesis para incluir a Rafael de Asís y Francisco Ansuátegui Roig, quienes sostienen que los derechos fundamentales, se constituyen como verdaderos límites al poder. Para Rafael de Asís, esta afirmación significa que el poder no puede trasgredir estos derechos y que su actuación tiene que estar presidida por estas figuras¹⁵. Desde la perspectiva que consideraba al Derecho como racionalizador del ejercicio del poder, la relevancia de los derechos fundamentales hace que esa racionalización tenga en éstos su elemento inspirador. La actuación y organización del poder no podrá ser contraria a los derechos fundamentales. Estos son límites no sólo en cuanto a la actuación sino también respecto a la organización” (De Asís, R., *Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como límites al poder*, 1922: 43). Por su parte, Francisco Ansuátegui, considera que los mecanismos de protección garantía de los derechos fundamentales “son los elementos que imponen verdaderas limitaciones al Poder¹⁶ y los

¹⁴ “Se trata de un doble nexo. Por una parte, el ejercicio consciente e informado de los derechos políticos supone la garantía de los clásicos derechos de libertad —de libertad de expresión, de información, de asociación y de reunión— y también de los derechos sociales, como los de la salud y la educación. Por otra, en ausencia de cualquier límite sustancial relativo a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia no puede —o, cuando menos, puede no— sobrevivir al ser siempre posible en principio la supresión por mayoría, con métodos democráticos, de los métodos democráticos mismos: no solo los derechos de libertad y los derechos sociales, sino también los propios derechos políticos, el pluralismo, la separación de poderes, la representación, en suma, todo el sistema de reglas en qué consiste la democracia política” (Ferrajoli, *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2011, pág. 30).

¹⁵ Dentro de su obra, abarca una concepción amplia de poder, que desborda la clásica concepción de Montesquieu, indica que deben tenerse en cuenta además aquellos grupos capaces de crear normas y pone de presente que no podemos que uno de los primeros atributos del concepto clásico de soberanía será el de establecer normas. “En este sentido, desde el punto de vista interno, los derechos fundamentales se constituyen verdaderos límites al poder, pero entendiendo por poder no sólo los tradicionales, sino todo el conjunto de grupos, instituciones y operadores jurídicos que a través de su actuación puedan de alguna manera transgredir estos derechos” (De Asís, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, 1922, pág. 44).

¹⁶ Identifica dos nociones de poder, una restringida y otra amplia. “[L]a noción restringida se refiere al Poder político, al Poder del Estado, instancia a la que se pueden reconducir todas las posibilidades de producción normativa jurídica. La noción amplia de “Poder”, concibe a éste como el conjunto de fuerza y factores sociales que apoyan una determinada estructuración de la sociedad compartiendo, al menos en lo muy básico y esencial, los elementos nucleares – ideológicos, axiológicos ... - en los que se basa la organización social. Desde este punto de vista, el Poder en sentido amplio estaría compuesto por el conjunto de actores sociales que actúan, en diversas direcciones, en un marco compartido por todos ellos” (Ansuátegui, F., *Poder, Ordenamiento Jurídico, Derechos*, 1997, pág. 47).

que contribuyen de manera importante a caracterizar a los derechos fundamentales respecto a otros derechos, dotando a su *status* normativo de una mayor resistencia” (Ansuátegui, F., *Poder, Ordenamiento Jurídico, Derechos*, 1997: 49).

Volviendo a Ferrajoli, se refiere a una Democracia Representativa, donde el Pueblo como titular del Poder, es quien puede asumir decisiones públicas, directamente o a través de sus representantes, pero con la limitante de que tanto los poderes públicos como las mayorías, deberán atender los preceptos constitucionales en las decisiones que a bien tenga, y esto encuentra sentido en que unas mayorías con poder sin límite puede degenerar fácilmente en situaciones fascistas o de Derecho Inválido, en las que cercenen, por ejemplo, los derechos de las minorías, que fue lo que precisamente generó el cambio del paradigma constitucional (Ferrajoli, L., *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2011: 32).

Sobre las minorías, resalta la importancia de tenerlas en cuenta como sujetos de derecho que deben protegerse frente a los abusos y libertades descontroladas que puedan ejercer sobre estas, unas mayorías ilimitadas.

Se puede afirmar que Giovanni Sartori, coincide y desarrolla en varios aspectos la definición que nos aporta Ferrajoli, a continuación cito algunos de ellos.

Define Democracia por oposición a Autocracia, en un paralelo que hace entre éstas y la Dictadura¹⁷. Manifiesta que la Autocracia es esencialmente opuesta a la Democracia. Expresamente dice: Autocracia es auto-investidura, es proclamarse jefe de sí mismo, también, encontrarse en situación de ser jefe por derecho hereditario. Por el contrario, el principio democrático es que ninguno se puede investir con el poder por sí mismo, que ninguno puede autoproclamarse jefe, y que ninguno puede heredar el poder. Como es evidente, la oposición entre democracia y autocracia pone en juego el principio de investidura y de legitimidad del poder [...] Entre democracia y autocracia, un principio de investidura se convierte en su opuesto, y la prueba sobre el terreno es fácil: son las elecciones¹⁸ (Sartori G., *¿Qué es la democracia?*, 2007: 193).

Más específicamente, “cualquier régimen cuyo personal político “para controlar” es escogido a través de elecciones libres, competitivas y no fraudulentas, se clasifica como democracia” (Sartori, G., *¿Qué es la democracia?*, 2007: 193).

Podemos concluir que tanto para Sartori como para Ferrajoli, la Democracia es representativa. El pueblo, a través de elecciones, escogerá a sus representantes. En cuanto a elecciones libres, también coinciden. De ambos se infiere que el Pueblo, debe tener libertad para elegir.

Otro elemento importante a destacar es lo referente a la importancia que les conceden a las minorías. Sartori lo denomina “principio mayoritario moderado”, señala que corresponde a tutelar sus derechos y libertades, de tal manera que este será un límite de las mayorías. Su idea es que las decisiones no se dividan en un “lo toma todo” (mayorías) o “lo pierde todo” (minorías), ya que se encajaría en el principio mayoritario absoluto (Sartori, G., *¿Qué es la democracia?*, 2007: 37). Al finalizar este capítulo, pregunta: ¿Cómo se puede, en concreto, limitar el poder de quien tiene todo el derecho para ejercerlo?

A esto encontramos respuesta en *Esencia y Valor de la Democracia* de Hans Kelsen, quien, al referirse también a una Democracia Representativa, entiende la importancia de la coexistencia de las mayorías y las minorías. Al respecto, se declara a favor, de la representación proporcional de los partidos en el Parlamento, de tal manera que todos los intereses sean representados, también de las mayorías calificadas, y en general de lo que pueda constituirse como un desconocimiento a las minorías (Kelsen, H., *Esencia y valor de la Democracia*, 1977: 95).

¹⁷ “He dejado para la última autocracia. Ya es evidente por qué. Porque con el concepto de autocracia llegamos al *contradictorio*, al opuesto que, verdaderamente, marca el confín entre democracia y otro. El dilema “democracia o autocracia” no permite disputas de fronteras. Cuando afirmamos que democracia *no es* autocracia, *tertium non datur*, estamos concretamente en posición de clasificar a todos los regímenes posibles en sólo dos casillas, como democracia *o no*” (Sartori, G., *¿Qué es la democracia?*, 2007, pág. 192).

¹⁸ “[E]l axioma democrático es que el poder humano puede ser atribuido, únicamente, por el reconocimiento y la investidura de otros. Por lo tanto, si la designación de los dirigentes no proviene del consenso popular, no hay democracia” (Sartori, G., *¿Qué es la democracia?*, 2007, pág. 193).

Y esto encuentra sentido, en concepciones mucho más antiguas como las que explica Rousseau, en *Del Contrato Social*, cuando sostiene que se debe:

encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí y quede tan libre como antes. (Rousseau, J., *Del Contrato Social*, 2000: 38).

4. ¿Cómo afectan la existencia de la democracia constitucional?

En este apartado expondré aquellos factores que Ferrajoli identifica como amenazas a la Democracia Constitucional. Para ello hace una clasificación que denomina, la crisis por arriba de la Democracia Política y la Crisis por debajo de la Democracia Política.

- La Crisis por Arriba:

Ferrajoli identifica cuatro factores: el populismo y la idea del jefe como encarnación de la voluntad popular, los conflictos de intereses en el vértice del Estado, la integración de los partidos en las instituciones y la pérdida de su papel de mediación representativa, por último, el control de la información. Factores

opuestos en apariencia, pero en realidad convergen en minar de raíz la relación de representación. [...]. Consecuentemente, todos se resuelven en otras tantas regresiones premodernas y, lo que es más grave, en el desarrollo de otros tantos poderes desregulados y salvajes (Ferrajoli, L., *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2011: 45).

- El populismo y la idea del jefe de estado como encarnación de la voluntad popular:

Lo define como la verticalización y personalización de la representación y algo que más allá de afectar a la Democracia Constitucional impide la existencia de esta misma.

Este fenómeno hace referencia, por una parte, a la falta de representación de las minorías en el parlamento y por otra, aún más determinante, a la negación de la distinción de la separación entre representantes y representados, entre Estado y Sociedad. Bajo esta ideología, la democracia política consiste más que en la representación de los intereses e ideología política del pueblo, en la opción electoral por una mayoría de gobierno y con ella por su jefe (Ferrajoli, L., *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2011: 47)¹⁹.

Hasta aquí, es clara la importancia que le otorga Ferrajoli a la representación de las minorías, en tanto para él, la Democracia debe ser Representativa. Sin embargo, para otros teóricos, el tema de la representatividad o tutela de intereses de las minorías²⁰, resulta ser insuficiente, gracias a las nuevas necesidades que tiene la sociedad de hoy por la existencia de fenómenos como el de la Globalización.

¹⁹ Esta verticalización y personalización de la representación genera una deformación de la democracia representativa en sentido plebiscitario: personificada en la reducción de los partidos a comités electorales del líder; la idea de la omnipotencia de la mayoría personificada en un jefe, celebrado como encarnación de la voluntad del pueblo, imaginando a su vez como una suerte de macro sujeto colectivo; la descalificación de las reglas y, con ello, de los límites legales y constitucionales al poder de gobierno expresado por la mayoría; la gestión de la administración ordinaria bajo la enseñanza de la excepción y de la perenne emergencia; la contestación de la soberanía de poderes, de las funciones de control de la magistratura e incluso del debate parlamentario. El populismo y la idea del jefe como encarnación de la voluntad popular hace referencia a un empoderamiento de este como un todo que viene a representar mucho más que los intereses de los representados, desconociendo la importancia de las minorías, los límites y vínculos constitucionales que establece una Democracia Sustancial a la voluntad de las mayorías. Lo que se convierte para la Democracia Constitucional es un riesgo para su existencia. (Ferrajoli, L., *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2011, pág. 48).

²⁰ “Hoy en día es evidente que la democracia no puede consistir sólo en los mecanismos de representación o en la posibilidad de tutelar interés. La vida democrática no cuida sólo los procedimientos, sino la definición de un espacio abierto de garantías y de derechos de modo que aquello que no pasa por la política no sea reducido al rango de residuo o de accidente patológico. En positivo, esto significa que la democracia tiene siempre más que hacer con las condiciones que permiten a las personas u a los grupos reconocerse y ser reconocidos en sus diferentes y en su identidad.” (Estefanía, J., *La mano invisible. El gobierno del mundo*, 2006, pág. 8).

En este último sentido, David Held, en *Modelos de Democracia*, se ha referido a la insuficiencia del modelo elitismo – competitivo, y bajo la misma línea de pensamiento, Stefano Zamagni, en *Un modelo de democracia para la sociedad post – industrial*, se basó en autores como Held, Habermas y Fishkin, para mostrar cómo estos fenómenos han puesto en crisis el concepto de Democracia Representativa.

Para Held, el modelo de Democracia Elitista – Competitivo, se caracteriza por ser un “método de selección de una élite política cualificada e imaginativa, capaz de adoptar las decisiones legislativas y administrativas necesarias” (Held, D., *Modelos de Democracia*, 2009: 226), que ha entrado en crisis gracias a: *i)* El auge que han cobrado las tecnologías de la información y la comunicación y sobre todo de la Globalización, toda vez que esta última ha redefinido el concepto clásico de soberanía²¹, en cuanto el estado – nación se ha extrapolado gracias a la existencia de Organismos Internacionales, a quienes se les ha cedido parte de la soberanía de dichos Estados. *ii)* La proyección que tienen los políticos para ganar las elecciones se basa en una estrategia a corto plazo, sin embargo, las decisiones relevantes en el ámbito social y económico, implican una dimensión mayor a un periodo de elecciones y a un ámbito nacional *iii)* La democracia competitiva, no atiende el asunto del conflicto de identidades, que tiene lugar, a través del fenómeno migratorio, que ha ocasionado que en un mismo territorio converjan más de una cultura y si bien los principios y las instituciones de la Democracia Liberal, son aplicables a todos, ellos no tienen acceso a gozar de estos derechos por la vía de su identidad cultural (Zamagni, S., *Un modelo de democracia para la sociedad post - industrial* , 2005: 7-11).

Es por ello que Held considera que más allá de una Democracia Representativa, el mundo de hoy, exige una Democracia, que responda a los cambios de esta época, en el que el Sistema de Gobierno, no solo debe preocuparse por atender asuntos que se limiten al territorio nacional y por esto propone una Democracia Cosmopolita, en la que se creen nuevas Instituciones Políticas que coexistan con el Sistema de Estados pero que invaliden a los Estados en actividades que impliquen consecuencias transnacionales e internacionales (Held, D., *Modelos de Democracia*, 2009: 428).

El modelo de Democracia que plantea Held, tiene dos requisitos. El primero, que los límites territoriales de los sistemas de responsabilidad se reestructuren para tener un mejor control democrático de los asuntos que desbordan la capacidad de control de la nación – Estado, dentro de estos, la política monetaria, reglas de comercio global, medioambiente, nuevas formas de comunicación, entre otros. El segundo requisito implica replantear el papel y la ubicación de los organismos funcionales y reguladores en los niveles regional y mundial para que puedan proporcionar un enfoque más coherente de los asuntos públicos (Held, D., *Modelos de Democracia*, 2009: 428 - 429).

Una política cosmopolita presupondría el establecimiento de una red general de foros públicos democráticos que abarcara ciudades, naciones – estado, regiones y orden transnacional más amplio. Supondría la creación de una capacidad política, administrativa y reguladora eficaz y responsable a nivel regional y global para complementar las existencias a nivel nacional y local (Held, D., *Modelos de Democracia*, 2009: 429).

En un sentido similar, Ulrich Beck, en *¿Qué es la Globalización?*, propone el Modelo de Estado Transnacional, bajo el cual los Estados se unen como respuesta a la Globalización y desarrollan así su soberanía e identidad regional más allá del ámbito nacional, toda vez que los Estados Transnacionales son Estados *comerciales*, que se han distanciado del principio del territorio excluyente y de las prioridades del cálculo geopolítico (Beck, U., *¿Qué es la globalización?*, 1998: 186).

Así las cosas, es factible concluir que un concepto de Democracia, si se quiere que este sea el Sistema de Gobierno, bajo el cual se organice un Estado, debe no sólo atender la realidad interna del territorio limitándose a este, sino además debe minar sus facultades atendiendo los avances de nuestra sociedad actual. El concepto de Democracia, que evolucionó de una concepción clásica a una Democracia Representativa dentro de un nuevo

²¹ En este sentido Held sostiene que “La soberanía misma tiene que ser concebida hoy en día como dividida entre un número de organismos nacionales, regionales e internacionales, y limitada por la propia naturaleza de su pluralidad” (Held, D., *Modelos De Democracia*, 2009, pág. 426).

constitucionalismo, asume hoy el reto de evolucionar a un modelo global, o en términos de Held, a un modelo cosmopolita, que se amolde a las nuevas circunstancias de vida.

• Segunda Amenaza: Los conflictos de intereses en el vértice del Estado. El patrimonialismo populista y Cuarta Amenaza: El control de la información. Dos patologías:

Bajo este ítem, uniré la segunda y la cuarta amenaza a la Democracia Constitucional de las que se refiere Ferrajoli, toda vez que la cuarta resulta ser consecuencia de la segunda.

Por *conflictos de intereses en el vértice del Estado. El patrimonialismo populista*, Ferrajoli expone que son “progresiva confusión y concentración de poderes” (Ferrajoli, L., *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2011: 52). Aclara que no se refiere a la teoría clásica de la división de poderes, sino a una separación que considera incluso más importante: la separación entre la esfera pública y privada, es decir, entre poderes políticos y poderes económicos.

En consecuencia, de esto, se genera la cuarta amenaza *el control de la información* al que se refiere Ferrajoli, como “la ausencia de garantías de la información” (Ferrajoli, L., *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2011: 61). Quien es portador de grandes poderes económicos resulta ser quien asume el máximo poder político. Y a su vez, el poder económico implica la mayoría de las veces propiedad sobre los medios de información. Con lo que fácilmente se tiene que el propietario de los medios de información, la distorsiona de tal manera que impide que los representados piensen y aprendan algo distinto a la ideología política dominante, es decir, la información que emite será a su conveniencia. El control de la información, en cabeza del Poder Político, genera dos patologías. La primera hace referencia al conflicto de intereses, que se da por el choque de los intereses de los propietarios contra los intereses públicos, pero sin duda alguna, se resuelve con la prevalencia de los intereses de los propietarios. El segundo implica la subordinación de la libertad de información a la propiedad de los medios de comunicación.

Ahora bien, en estas dos situaciones, Ferrajoli describe la corrupción del Poder Político, la cual se resume en que quien tiene el Poder Económico tendrá el Poder Político. A su vez ese Poder Económico en aras de conservar el Poder Político, utilizará la ventaja que le da ser el propietario de los medios de información para distorsionarla a su conveniencia. Es por eso que, para él, es de suma importancia la separación de poderes entre la esfera económica y la esfera pública, de tal manera que se evite la corrupción. En este sentido, citaré la postura de dos autores: Por una parte, a Bruce Ackerman, quien también se refiere al fenómeno de la corrupción al interior del Poder Político, por otra parte, Joaquín Estefanía, a quien hice mención anteriormente.

Ackerman, teoriza una separación de poderes funcional, a partir de la crítica que hace al Sistema de Estados Unidos. Su propuesta, consiste también en la existencia de poderes autónomos, y tiene especial cuidado en señalar que antes de copiarla, es necesario advertir que se ajuste a la realidad del Estado. Se refiere a cinco poderes: A) Una cámara encargada de elegir gobierno; B) El Poder del Pueblo; C) El Poder Supervisor de la Integridad; D) Poder Supervisor de la Democracia y; E) El Poder de la Justicia Distributiva (Ackerman, B., 2007)

Me detendré en el tercer poder: *La construcción de un Poder Supervisor de la Integridad*. A través de este, Ackerman intenta dar una solución al problema de la corrupción que se presenta porque la burocracia se vende al mejor postor. Describe que los Políticos, en aras de ganar las elecciones, ponen las normas al servicio de los intereses de los votantes. Siendo así, propone que los Parlamentarios, se alejen del ejercicio de la actividad legislativa para que dicha facultad no sea utilizada como especie de un botín de turno. También aclara que la potestad de investigar la corrupción no debe estar en cabeza de ellos mismo, y es por ello que propone la existencia de un poder superior e independiente, capaz de velar por la integridad de las constituciones modernas (Ackerman, B., *La nueva división de poderes*, 2007: 83-86).

Por otra parte, Joaquín Estefanía en *La Mano Invisible. El Gobierno del Mundo*, se refiere también a la gran corrupción del Poder Político, la cual resulta de la posibilidad que tiene el Poder Económico de comprarlo todo y pone en riesgo la existencia del Sistema Democrático.

En esta obra el autor hace una genealogía del Poder, en su primer capítulo, describe una serie de factores que amenazan la existencia del Sistema Democrático, dentro de estos identifica tres factores, los dos primeros hacen referencia al contexto latinoamericano, razón por la cual no los mencionaré. El último es una realidad más global, pues se refiere al Poder Económico, específicamente a *Los medios de comunicación*, porque “tienen la capacidad de generar agenda, de predisponer a la opinión pública a favor o en contra de diferentes alternativas, y de erosionar la imagen de figuras públicas mediante la manipulación de denuncias” (Estefanía, J., *La mano invisible. El gobierno del mundo*, 2006: 23).

A lo largo de su obra analiza el Poder que tienen los Grupos Económicos Privados, cita varios testimonios para concluir que ese Poder Económico se convierte en un Poder Político, y resume su postura en que “los hombres de dinero pueden comprar a los hombres de poder”. En igual sentido que Ferrajoli, manifiesta que los medios de comunicación emiten información según su conveniencia, toda vez que se consolidan como un control al Poder sin control, cumplimiento funciones que exceden en derecho a la información (Estefanía, J., *La mano invisible. El gobierno del mundo*, 2006: 24-27).

- La integración de los partidos en las instituciones y la pérdida de su papel de mediación representativa:

Este factor hace referencia a “la creciente integración de los partidos en el Estado y la consiguiente pérdida de otra separación: la separación entre partidos e instituciones y del papel de los primeros como instrumentos de la mediación representativa de las segundas con la sociedad” (Ferrajoli, L., *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2011: 58).²² Situación que encuentra origen en una Italia, en la que los jefes de partido, escogen a sus gobernantes.

Mediante este factor, Ferrajoli, recrea una situación que desdibuja la idea del autogobierno del Pueblo. En una línea de pensamiento similar, Adam Przeworski, nos explica más a fondo la esencia de las Instituciones Representativas y del autogobierno del Pueblo. Al respecto, indica, estas Instituciones Representativas, nacen como forma de autogobierno del Pueblo, en aras de resolver el problema planteado por Rousseau, de hallar una forma de asociación que defendiera y protegiera, a las personas y a los bienes de cada uno de los asociados. Al tiempo que, uniéndose con otros, obedeciera sólo a sí mismo, de tal manera que siguiera siendo tan libre como antes.

El problema de esta fórmula, estuvo en que nunca podría representar las preferencias de todo, y por consiguiente algunos debían gobernarse por las de otros o actuar bajo la forma de clásica de Grecia: rotarse el gobierno entre todos y obedecer. Lo que desborda cualquier posibilidad en sociedades grandes, donde la mayoría de personas nunca llegaría a gobernar. Por ello, el mecanismo, que se propone es que aquellas personas que nunca gobiernan, elijan a sus gobernantes, y en diferentes momentos, puedan elegir, diferentes gobernantes, si así lo desean, y esta es la forma que se tiene hoy de la Democracia (Przeworski, A., *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*, 2010: 55-56).

Cada Democracia, tiene sus propias falencias, mal haríamos en centrarnos en la situación restrictiva de Italia, cuando lo que he tratado de desarrollar a lo largo del texto, ha sido un derrotero de características generales del Sistema Democrático, sin embargo, merece la pena aclarar que un Estado, en el que los representados no elijan a través de un consenso a sus representantes, no puede llamarse democrático en cuanto no honra el principio de autogobierno, que rige estos sistemas, tal como lo explica Przeworski.

²² Situación que tiene lugar en el contexto específico italiano, en tanto los parlamentarios son elegidos por los jefes de los partidos, lo que resulta en la creación de un nuevo foco de corrupción, pues al ser estos nombrados desde arriba por los jefes de los partidos y no por los representados, genera una sumisión de los parlamentarios sobre los jefes de partido, que son quienes pueden volver a nombrarlos o hacer que pierdan el *status quo* alcanzado. Y esto afirma el autor, deforma la representación política y se configura como otro factor de la disolución de la mediación representativa, bajo el entendido que prevalece la fidelidad a los jefes de los partidos sobre los intereses de los representados, dado el interés propio de los parlamentarios a conservar su nombramiento. (Ferrajoli, L., *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2011, pág. 58).

La crisis por abajo de la Democracia Constitucional

Los factores que Ferrajoli denomina *La crisis por abajo de la Democracia Constitucional*, son aquellos que se generan ya no desde la representación sino desde los representados y son una reacción del Pueblo a los malos manejos que se presentan desde arriba. Los sintetiza en: la homologación de los que consienten y la denigración de los discrepantes y de los diferentes; la despolitización masiva y la disolución de la opinión pública; la crisis de la participación política y la manipulación de la información y la decadencia de la moral pública.

Los factores que se describieron como *La crisis por arriba de la Democracia Constitucional* generaron que el Pueblo, perdiera la credibilidad en la Democracia.

Conclusiones

Hoy no existe una definición unívoca de lo que debe entenderse por poder, sin embargo, es claro que como fenómeno socio – político, ha estado presente en todas las sociedades, reflejando el contexto y variando su contenido de acuerdo al transcurrir del tiempo, de tal manera que ha evolucionado desde una concepción de fuerza bruta, reinante en un Estado de Naturaleza hasta la noción de fuerza legítima o de verdaderas instituciones organizadas en pro de la necesidad de un trabajo en conjunto para la consecución de un fin común.

El Poder reviste distintas formas, se habla de Poder Político, Poder Económico, Poder Natural, Social, entre otros. En la teoría que propone Ferrajoli, introduce dos conceptos propios: micropoderes salvajes y macropoderes salvajes, de lo que se puede concluir, se refiere a un poder social y un poder Público, respectivamente. Por el primero, entiende aquellos poderes que se desarrollan en la Sociedad y por los segundos, aquellos que surgen en la actividad del Estado, en los Poderes Públicos. La característica principal de ambos, es surgir en ausencia de límites.

El autor también se refiere al concepto de Democracia, y replantea la concepción clásica de esta, en la cual la dinámica consistía en un *que ganen las mayorías*, como regla que legitimaba cualquier decisión, sin embargo, define que esta noción es insuficiente, toda vez que la voluntad debe encontrar un límite en algo, y ese algo es para Ferrajoli, los preceptos constitucionales, y específicamente los Derechos Fundamentales. En igual sentido, se han pronunciado autores como Gregorio Peces – Barba y Rafael de Asís Roig.

Asimismo, Ferrajoli reconoce la importancia de la representación y tutela de intereses no sólo de las mayorías sino también de las minorías, ubicándolo dentro del grupo de teóricos que defiende la Democracia Representativa como sistema idóneo de gobierno.

Sin embargo, autores posteriores, critican el concepto de Democracia Representativa, toda vez que esta no da cuenta de fenómenos como la Globalización, que ha permeado a todos los Estados a nivel mundo. Tal es el caso de David Held, quien propone que este concepto de representatividad debe evolucionar hacia un concepto de Gobierno Global, que responda a nuestra nueva realidad social.

Ferrajoli, para explicar cuáles son las amenazas a la Democracia Constitucional, divide su análisis en la crisis por arriba, que corresponde a los macropoderes salvajes, y la crisis por debajo, en cuanto micropoderes sociales.

Dentro de los que denomina la crisis por arriba, incluye cuatro (4) factores: El populismo y la idea del jefe de estado como encarnación de la voluntad popular; los conflictos de intereses en el vértice del Estado; el patrimonialismo populista, la integración de los partidos en las instituciones y la pérdida de su papel de mediación representativa y por último el control de la información. Dos patologías.

Bajo estos factores el autor, ilustra la corrupción al interior del Poder Político, que superpone sus intereses sobre los intereses públicos, fin este que justifica la existencia de las Instituciones Representativas. Además, anota cómo el Poder Económico, ha resultado tener tanta importancia que ha logrado comprar el Poder Político.

Por último, denomina, la crisis por debajo, el autor encierra aquellas reacciones que tiene el pueblo, en virtud de la presencia de los poderes salvajes del Estado, los cuales han llevado a la ciudadanía a perder la credibilidad en las Instituciones y el Gobierno, de tal manera que se generó una apatía por la administración pública.

Referencias

- ACKERMAN, B. 2007. *La nueva división de poderes*. México: Fondo de Cultura Económica.
- ANSUÁTEGUI ROIG, J. F. 1997. *Poder, Ordenamiento Jurídico, Derechos*. Madrid, España: Dykinson.
- BECK, U. 1998. *¿Qué es la globalización?* Barcelona, España: Paidós Ibérica. S.A.
- DÁVILA GARCÍA, A. 10 de 1991. En: <http://www.uaz.edu.mx/vinculo/webvj/rev8-4.html>
Recuperado el 20 de 02 de 2015
- DE ASÍS, R. 1922. *Las Paradojas de los Derechos Fundamentales como Límites al Poder*. Madrid, España: Debate.
- DE LA ESPRIELLA, A. 07 de 03 de 2015. La FM. (V. Davila, Entrevistador). En: <http://media.rcn.com.co/audios/lafm/reservadelsumario201503066.mp3>
- ESTEFANÍA, J. 2006. *La mano invisible. El gobierno del mundo*. Madrid, España: Aguilar.
- FERRAJOLI, L. 2011. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid, España: Trotta S.A.
- FERRAJOLI, L. 1997. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Trotta S.A.
- FOUCAULT, M. 1991. *El sujeto y el poder*. Bogotá, Colombia: Carpe Diem.
- FOUCAULT, M. 2014. *Las redes del Poder*. Buenos Aires, Argentina: Prometeo Libros.
- FOUCAULT, M. 2002. *Vigilar y Castigar*. (A. G. Camino, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores.
- HELD, D. 2009. *Modelos de Democracia* Madrid, España: Alianza Editorial, S.A.
- HOBBS, T. 1980. *Leviatan* (2º ed.). (M. S. Sarto, Trad.) México, México: Fondo de Cultura Económica.
- KAFKA, F. 1998. *El proceso*. (T. d. Alarcón, Trad.) Madrid, España: Edimat Libros.
- KELSEN, H. 1977. *Esencia y valor de la Democracia*. (R. L. Lacambra, Trad.) Madrid, España: Guadarrama.
- MENDIETA Y NÚÑEZ, L. 1976. *Sociología del poder*. México D.F., México: UNAM.
- PECES - BARVA, G. 2010. *Diez Lecciones Sobre ética, Poder y Derecho*. Madrid, España: Dykinson, S.L.
- PRZEWORSKI, A. 2010. *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno editores.
- ROUSSEAU, J. -J. 2000 (Primera reimpresión). *Del Contrato Social*. Madrid, España: Área de conocimiento: Ciencias Sociales.
- SARTORI, G. 2007. *¿Qué es la democracia?* (T. F. Electoral, Trad.) México D.F., Mexico: Taurus.

WEBER, M. 1964. *Economía y Sociedad*. Santafé de Bogotá, D.C., Colombia, México: México.

ZAMAGNI, S. 2005. *Un modelo de democracia para la sociedad post - industrial*. (U. P. (CESI), Ed.)
Cultura Económica.

Class Actions y Derecho Procesal Electoral Venezolano: Negativa de Referéndum Revocatorio al Caso Nicolás Maduro Moros

Jean-Denis Rosales Gutiérrez¹

Resumen

La presente investigación demostrará la antijuridicidad de la negativa a la solicitud de convocatoria del Referéndum Revocatorio impulsada por la Sociedad Civil Venezolana (Año 2018), contra el Presidente Ejecutivo Nicolás Maduro M., cuando ésta cumplió con la generalidad de los requisitos constitucionales y reglamentarios. La investigación fue un estudio documental y jurisprudencial. Y fueron utilizados los incipientes criterios jurisprudenciales venezolanos existentes para reforzar los argumentos de fundamentación de una *Class Action* como articulación procesal idónea contra éste tipo de abusos estatales. Los contornos sustantivos y adjetivos del presente caso serán explicados desde la perspectiva de una *Class Action Electoral*, en vista, de que justamente, un amplio sector de electores fueron lesionados en su *esfera jurídica supraindividual* en paridad de condiciones por una acción desestimatoria a su legítima petición de convocar a un Referéndum Revocatorio al mandato Presidencial. El Derecho a Convocar un Referéndum Revocatorio es un *Derecho Político Colectivo*.

Palabras clave: Referéndum Revocatorio, Derechos Supraindividuales, Class Actions.

Class Actions and Venezuelan Electoral Procedural Law: Denial of Recall Referendum to the Case of Nicolás Maduro Moros.

Abstract

The present investigation will demonstrate the unlawfulness of the refusal of the request to call the Recall Referendum promoted by the Venezuelan Civil Society (Year 2018), against the Executive President Nicolás Maduro M., when it complied with the generality of the constitutional and regulatory requirements. The investigation was a documentary and jurisprudential study. And the incipient existing Venezuelan jurisprudential criteria were used to reinforce the substantiating arguments of a Class Action as the ideal procedural articulation against this type of state abuse. The substantive and adjective contours of the present case will be explained from the perspective of an Electoral

¹ Recibido: 20/02/2020 Aceptado: 21/06/2021

Abogado Egresado de la Universidad de Los Andes (ULA). Mención *Cum Laude*. Segundo de la Promoción. Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo I y II (ULA). Especialista en Derecho Tributario (ENAHPI-IUT). Profesor de la Especialización de Derecho Administrativo y Derecho Tributario (ULA). Aspirante a Doctor (LUZ). **Fundador y Actual Coordinador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM).** jeanrosales1984@gmail.com.

Class Action, in view of the fact that precisely a large sector of voters were injured in their supra-individual legal sphere in equal conditions by an action dismissing their legitimate request. to convene a Recall Referendum to the Presidential mandate. The Right to Call a Recall Referendum is a Collective Political Right.

Keywords: Referendum, Collectives Rights, Class Actions.

Introducción

El Sistema Electoral Venezolano viene siendo objeto de variadas mutaciones desde la inconstitucional promulgación de la Constitución de 1999. Algunas para bien; y otras, para mal. De la amplia gama de inventos constitucionales resultantes del nuevo texto constitucional de 1999 –todavía vigente- y de sus diferentes Leyes Electorales, pueden hallarse la nueva configuración estructural del Poder Público: la creación de un Poder Público Electoral, cuyo órgano rector es el Consejo Nacional Electoral; pero también la articulación constitucional de la Tutela Judicial Efectiva como garantía constitucional procesal en la constitucionalización de los *Derechos Supraindividuales*, que son mal nombrados, como unos *intereses colectivos y difusos*, según el hoy, Artículo 26 Constitucional.

El Derecho Electoral Venezolano posee muy pocos estudios en la materia de Referéndums. Los pocos, son propios desde el enfoque del *Derecho Constitucional-Electoral-Sustantivo: Elecciones y sus Distintas Tipologías*; o del *Derecho Administrativo Electoral*. Pero, también desde el matiz del *Derecho Procesal Electoral*, con la temática del Referéndum Revocatorio del 2005 contra Hugo Chávez, en calidad de antiguo Presidente Ejecutivo. Pero, éste tema nunca ha sido mezclado con la temática de las *Class Actions*, o, de la *Acción de Protección de Intereses de Grupo*: apelativo formal, y propio, nacional, con la hoy Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), en adelante LOTSJ, y, que, debió haberse analizado desde esa perspectiva procesal. No obstante, ésta fue analizada bajo el enfoque de la articulación procesal existente en ese entonces, del *Recurso Contencioso de Anulación Electoral*.

Ésta es una articulación procesal típica de la justicia administrativa que, no obstante, y conforme a la LOTSJ, puede intercalarse en distintas instancias judiciales, como la administrativa con el tópico inherente de los Servicios Públicos Domiciliarios; la Agraria; la Laboral; la del Menor y del Adolescente; incluso en la materia Civil, con el tema del *Derecho de Daños*; aunque, ante el conocimiento de Tribunales diferentes.

Aún así, la temática de la Tutela Judicial Efectiva, no queda ceñida a los ámbitos competenciales anteriormente apuntados, porque el mes de Abril del año 2018, fue testigo de un atropello administrativo referido con el tema de los *Derechos Supraindividuales* de índole electoral de los Venezolanos: y, que convocaban a un *Referéndum Revocatorio* contra el **Presidente actual Nicolás Maduro M.**; y, que aún hoy en día, es reñido holgadamente, por la inconstitucionalidad del procedimiento, y la poca limpieza de las Elecciones Presidenciales del Año 2013, pero también de las Elecciones Presidenciales del 20 de Mayo de 2018.

La investigación abordará el tema, desligándose del sesgo político-electoral, y, se circunscribirá, a un enfoque exclusivamente jurídico, propio de la protección efectiva de los *Derechos Electorales de un Grupo de Venezolanos*, a quienes les fueron violados, de una forma sistemática e inconstitucional, sus Derechos, como Grupo enfrentado políticamente al Gobierno de turno.

1. Bases Constitucionales del Referéndum Revocatorio y de las *Class Actions*.

El Artículo 72 Constitucional de 1999 establece un Derecho Político muy particular: el Derecho a Convocar un Referendo Revocatorio contra Funcionarios de Cargos Representativos del Estado. Esa norma posee cuatro partes claramente diferenciadas sobre dicho punto: 1) Los Funcionarios Públicos sujetos a Referendo Revocatorio: Funcionarios Públicos Electos; 2) El Quórum exigido para la Celebrar y Validar el Referendo: a) Igual o mayor número de electores; b) Igual o mayor número de electores al 25% de los inscritos en el Registro Electoral Permanente; 3) Una vez llegado la mitad del periodo constitucional respectivo; 4) Si es desechado el Referendo Revocatorio, éste no podrá convocarse nuevamente por el mismo periodo constitucional, respectivo.

El primer enunciado es confuso semánticamente de acuerdo al artículo 72, porque menciona los vocablos Cargos y Magistraturas que según Rondón de Sansó (2004: 57) “...cuando lo que se revoca es la titularidad del cargo o magistratura, la designación para el cargo o la magistratura, y, en definitiva, la investidura que, a través de la elección popular, le ha sido otorgada a un sujeto.” El sentido entonces, del Referendo Revocatorio, es que ese mismo elector, pueda revocar su decisión anterior, a fin de que cese la investidura que la misma le otorgara al elegido.

El segundo enunciado está relacionado con la oportunidad de la solicitud. Y en cuanto a dicho requisito, cabe decir que según Rondón de Sansó:

La razón de éste lapso único está en la escogencia que hizo el constituyente de un sistema que, por una parte garantizase la participación ciudadana en la evaluación del desempeño de los funcionarios públicos de elección popular, y, al mismo tiempo, impidiese la inestabilidad política. (Sansó, 2004: 62).

De donde, es importante decir, que sólo puede existir una solicitud para Revocar el mandato del funcionario público electo, y, que ésta sólo puede llevarse a cabo, una vez cumplido la mitad del periodo constitucional del cargo respectivo según **Sentencia N° 0457** del 05 de abril de 2001 (*Caso Francisco Encinas Verde*) y la **Sentencia N° 0759** del 16 de mayo de 2001 (*Caso de la Asamblea Nacional*). Y por otra parte, la voluntad de los electores debe estar avalada por una autoridad pública, a los fines, de revestir de autenticidad a la convocatoria refrendaria, como en efecto rubricaba el artículo 183 LOSYPP, y que la Ley Orgánica de Procesos Electorales (LOPE) actualmente vigente, nada menciona.

De forma complementaria, cabe decir, que la validez de la solicitud viene determinada por el cumplimiento de la primera mitad del periodo constitucional presidencial “porque representa un plazo prudencial que permite a los electores tener una visión amplia del desempeño del representante electo,” según **Sentencia N° 0139** del 05 de Junio de 2002 de la SC-TSJ (*Caso Sergio Omar Calderón*); pero, de forma complementaria al anterior fallo, la **Sentencia N° 137** del 13 de Febrero de 2003 (*Caso Freddy Lepage*), también dice que “la Resolución N° 030925-465 del 25 de Septiembre de 2003 “no puede establecer un requisito temporal para la recolección de las aludidas firmas, porque ello conllevaría a deteriorar un principio jurídico fundamental como *la Reserva Legal*.” De tal modo, que si la mencionada solicitud, no es consignada en el tiempo constitucional oportuno, ésta solicitud será refutada por el CNE.

En cuanto al tercer enunciado: los tres tipos de *Quórum*s. El primer *Quórum* es 20%, para la Solicitud; el Segundo *Quórum* es 25%, para la Celebración; el Tercer *Quórum* es, votación igual o superior al N° de electores que eligieron al funcionario público electo, según el referido Artículo 72 Constitucional, el Artículo 60 de la **Resolución N° 030925-465** del 25 de septiembre de 2003 y la **Sentencia N° 1139** del 05 de junio de 2002 de la Sala Constitucional del TSJ (*Caso Sergio Omar Calderón*), que dice:

...para que la manifestación de voluntad del cuerpo electoral, al cual podemos designar como “*sujeto electoral colectivo*” sea el que votó a favor, es necesario que éste represente el mismo bloque de electores en el mismo universo electoral. No puede representar dicho núcleo dentro de la masa votante, si éste universo ha aumentado o ha disminuido. (*Cursivas Añadidas*).

Entre otras cosas, la **Sentencia N° 1139** de la SC-TSJ ha puntualizado “que la solicitud debe ir acompañada de los Nombres y Apellidos, Números de Cédula de Identidad y las firmas respectivas de los solicitantes, para que sea verificada por el Consejo Nacional Electoral.” Sin olvidar también “...que la misma firma tiene que ser manuscrita, exclusivamente por los mismos solicitantes, con su puño y letra,” como anunciaría posteriormente el CNE con su cristalización normativa, a través de la Resolución Reglamentaria **N° 040302-131** del 02 de Marzo de 2004.

Suplementariamente, la Solicitud debe venir escoltada “con la petición de la revocación del mandato popular, y debe decir claramente el nombre y apellido del funcionario cuestionado, y el cargo para el cual fue elegido popularmente, con la indicación de la fecha de toma de posesión efectiva del mismo.” Dichos criterios

jurisprudenciales, fueron ratificados a la postre por la **Sentencia N° 2432** del 29 de Agosto de 2003 (*Caso Luis Eduardo Franceschi*), de la Sala Constitucional del TSJ.

A continuación, “una vez consignada la solicitud popular de revocatoria del mandato de un funcionario electo, el Consejo Nacional Electoral debe verificar que los solicitantes, descritos con su Nombre y Apellido, Cédula de Identidad y Firma, estén inscritos en el Registro Electoral Permanente,” según la **Sentencia N° 2432**.

En este orden de ideas, la norma constitucional 72 especifica muy bien, que el resultado debe, no sólo venir simbolizado matemáticamente con un sí, sino que, dicha conclusión jurídica matematizada, debe venir reflejada por un número igual, o mayor, de electores que votaron por el funcionario público electo, y que es objeto de Referendo Revocatorio. Con ello, está indicándose, que tal resultado, alude al número porcentual, igual, o mayor de los electores, en la obtención de la identidad subjetiva entre el electorado originario de la elección, y los votantes en el proceso revocatorio.

La **Sentencia N° 2750** del 21 de Octubre de 2003 de la Sala Constitucional del TSJ (*Caso Carlos Eduardo Herrera M: Recurso de Interpretación Constitucional del Artículo 72*) apunta que “...Esto último, sin lugar a dudas, es una clara forma de imposibilitar, que pueda ser revocado el mandato de un funcionario electo, con base en el resultado de un Referendo con alta abstención.”

De éste razonamiento deducido de la norma constitucional 72, la respectiva **Sentencia N° 1139** complementa lo anterior aseverando “que de tal manera, que no haya duda sobre la gran pérdida de popularidad que deviene en ilegítimo, y, la completa desaprobación de su gestión presidencial.” Planteamiento correcto desde el punto de vista argumentativo para la comprobación de la merma gradual de la legitimidad política, y con ello, de la legitimidad jurídico-administrativa (*con la Gestión Pública*) del referido **Funcionario Público Electo**, frente a sus respectivos electores, y, demás miembros del cuerpo electoral.

El Referéndum Revocatorio, es un acto de revocación del mandato popular imputable al sujeto elector; que ha de ser el mismo, que originariamente manifestó su voluntad favorable a la elección de un candidato, como funcionario público, y, que con posterioridad, ese mismo cuerpo electoral como bloque colectivo subjetivo que constituye una ficción jurídica unitaria de representación del sentir nacional, es, la exteriorización constitucionalmente expresa de la Soberanía Constitucional; es decir, el deseo, de que éste funcionario público cese en la investidura, de poner fin a su legitimación, y que el cuerpo electoral, había otorgado con su voto.

Por último, en cuanto al punto de “la oposición de convocatoria a un nuevo Referendo Revocatorio en un mismo periodo constitucional, cuando ya fue negado uno con antelación,” cabe decir, que un enunciado normativo, tan aparentemente sencillo, no podría nunca generar dudas. Sin embargo, si surgieron, pues la norma no puntualiza nada en cuanto a la Solicitud, esto es, acerca de si es una solicitud admitida, y acompañado con la celebración del Referéndum Revocatorio, pero con un resultado adverso; o, de una simple solicitud de convocatoria a Referéndum Revocatorio, donde nunca se cumplió tan siquiera, con la formalidad del 20% de los electores inscritos. A tales efectos, la **Sentencia N° 2750** de fecha 23 de Octubre de 2003 de la SC-TSJ dice:

...es palmario, que se refiere a que la solicitud haya sido efectuada en respeto de los requisitos que la propia norma constitucional exige, y, por ende, dicha su procedencia por el órgano electoral, dado que la solicitud que no reúna esos requisitos, no produce los efectos, ni puede reputarse válida, y menos aún, como obstáculo o límite para la recepción y la tramitación de una nueva solicitud de convocatoria a un Referéndum Revocatorio. En definitiva, el límite que la norma establece, se halla en que se celebre o active, sólo un Referéndum Revocatorio para el mismo funcionario y en el mismo mandato.

De igual forma, la misma **Sentencia N° 2750** especifica:

En realidad, no importa, si se votó o no, si se estaba inscrito o no. Ha sido el Pueblo del momento, el que confirió el mandato, y es el Pueblo de ese mismo segundo momento, el que puede revocarlo. La integración del Pueblo puede haber variado, aumentando o disminuyendo en número, y el Registro Electoral de la fecha de que se trate, debe ser la única referencia.

Importantes, son las palabras de Brewer-Carías quien afirma:

el derecho a presentar la solicitud de revocatoria del mandato de un funcionario electo, corresponde a los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral para el momento en que se pueda formular, y tal derecho subjetivo, por supuesto, como la ciudadanía misma, no se pierde por la mera situación, de que el ciudadano se encuentre en el territorio de la República. (Brewer-Carías, 2007: 237)

A fin de cuentas, el artículo 72 Constitucional de 1999 consagra el Derecho Político al Referendo Revocatorio, pero simultáneamente, delimita con una norma de su mismo rango constitucional el contenido esencial del aludido derecho. Así, la Sala Constitucional del TSJ, queda como máximo intérprete de la Constitución en la determinación de la correcta configuración del derecho político en referencia por medio de criterios jurisprudenciales, que precisen el alcance de la titularidad del derecho, juntamente con el alcance *individual y colectivo* del referido derecho, y acorde a los acontecimientos político-electorales.

Casal expone que:

La delimitación o definición de un Derecho es una labor que lleva a cabo la propia Constitución, al reconocer el derecho que se trate. La consagración del Derecho trae consigo, la determinación de sus contornos generales y específicos, y permitiendo la determinación cierta del bien jurídico (vida, libertad personal). (Casal, 2006: 61)

De tal manera, que el artículo 72 constitucional detalla una delimitación interna del *Derecho Constitucional Político-Refrendario* con los requisitos indicados en su enunciado normativo. Quedando a las normas posteriores a la Constitución, como la Legislación y los criterios jurisprudenciales de la Sala Constitucional del TSJ con el **método jurídico dogmático de delimitación externa**, determinar con sumo rigor, el desarrollo de los respectivos contornos sustantivos faltantes para puntualizar su significado jurídico intrínseco; trazando sus respectivos confines, o contornos, o linderos. En sí, pues, la silueta del *Derecho Subjetivo* por medio de sus atributos internos, o, de su vital contenido esencial; desechando lo *no-esencial*, o legal, de lo constitucionalmente instituido para ese específico Derecho Político.

Por supuesto, la SC-TSJ estaría orientando a la Asamblea Nacional con el ejercicio de su potestad legislativa, y, en especial al Consejo Nacional Electoral, como titular de la potestad administrativa reglamentaria de la legislación electoral y referendos, porque, después de casi ya 20 años de vigencia de la Constitución de 1999, todavía no existe ninguna Ley Orgánica de Referendos en Venezuela.

En definitiva, el derecho subjetivo constitucional a convocar un referendo revocatorio queda delimitado constitucionalmente del siguiente modo: 1) Todos los cargos de elección popular son revocables; 2) Cumplido la mitad del periodo constitucional del funcionario público electo, los electores inscritos de la respectiva circunscripción, podrán solicitar la convocatoria a un referéndum para revocar su mandato; 3) Siempre, que un número igual o mayor de electores, que eligieron al funcionario público electo, hubieren votado a favor de su revocación, y, siempre, que hayan concurrido al referendo un número de electores, igual o superior al 25% de los electores inscritos en el referido Registro Electoral Permanente; 4) Si durante el ejercicio del cargo, el funcionario público electo se le hubiere intentado revocar, los electores no podrán convocar a un nuevo referendo revocatorio, si el resultado del anterior, fue negativo.

Y en vista de lo enunciado anteriormente, el Legislador no podrá regular legislativamente el derecho constitucional a convocar un Referendo Revocatorio, tocando el *contenido esencial anteriormente identificado con esos 4 atributos*: 3 primeros de carácter positivo; y el último, de carácter negativo. Dicho contenido esencial, es un lineamiento material de la ordenación, configuración, y ejercicio de un *Derecho Político-Electoral*.

De lo contrario, la Ley será considerada como inconstitucional. Y de igual forma, los criterios jurisprudenciales del TSJ no podrán cambiar el espíritu, razón o propósito del anterior derecho subjetivo por mandato expreso del Constituyente de 1999. Los detalles aludidos con posterioridad, con criterios jurisprudenciales de la SC-TSJ y

Resoluciones o Instructivos del CNE, quedan como las formalidades a cumplir por los respectivos electores para legitimar su correcta invocación ante el CNE, como árbitro electoral que es.

Hay que decir, que la supremacía constitucional y la tutela judicial efectiva no son los únicos cimientos de la justicia constitucional, pues Casal:

El contenido esencial de un Derecho Fundamental constituye un elemento esencial en un Estado de Derecho. La simple supremacía constitucional como principio jurídico formal de protección del orden normativo y la justicia constitucional articulada con la tutela judicial efectiva no forman *per se* el dual objeto de tratamiento del *Derecho Procesal Constitucional* moderno. El contenido esencial del Derecho Fundamental es un elemento subjetivo de la Constitución que debe ser protegido por la justicia constitucional, porque dicho contenido esencial es un elemento material del Estado de Derecho, y, en especial, del Estado Constitucional. (Casal, 2010: 33).

2. Caso Nicolás Maduro M. (2018): Análisis del Procedimiento Administrativo.

Nicolás Maduro Moros asumió la Presidencia Ejecutiva de Venezuela el 10 de Enero de 2013, y debía concluir su mandato el 09 de Enero de 2019. Con ello, la norma 231 relativo al periodo constitucional presidencial cobra vigencia, pues éste no puede superar los 6 años. Y si el Presidente Ejecutivo pretendiere continuar en el Poder Ejecutivo de una manera legítima, éste tendría que postularse y reelegirse electoralmente. Ésta mención tiene su fin: precisar desde la perspectiva del artículo 72, el instante legítimo de solicitar la convocatoria a un *Referéndum Revocatorio*.

Los Dirigentes Políticos opositores al Gobierno de turno en la dirección de la Sociedad Civil, movilizaron la recolección de firmas para Convocar al Referéndum Revocatorio contra Nicolás Maduro Moros, desde finales del 2017. El Gobierno en su defensa alegaba la violación de artículo 72 Constitucional, porque ésta cogida de firmas fue ejecutada durante el quinto año de Gobierno Presidencial, y no, durante el cuarto año de Gobierno Presidencial, como según ellos aluden, debe entenderse dicha norma. Pero la norma es bastante clara, pues ésta específica, que a partir de cumplido la primera mitad del periodo constitucional del funcionario electo: ¡nada *más!* No importa, si la recolección de las firmas, es realizada en el cuarto, quinto, o incluso, en el sexto año del periodo constitucional presidencial.

La Constitución de 1999 no puntualiza ese requisito temporal, ni los Poderes Constituidos pueden instituirlos mediante Ley Nacional, Reglamento Electoral, o Jurisprudencia Constitucional de SC-TSJ, pues eso desnaturalizaría completamente *el Contenido Esencial del Derecho a Convocar un Referéndum Revocatorio Presidencial*, que fue delimitado, acordado o definido con su enunciado normativo: artículo 72, y, de esa forma, al estar cambiando uno de sus atributos esenciales.

Aun así, Ayala Corao dice "...que la regulación de éste aspecto es, en todo caso, una materia de reserva legal, por lo que establecer por parte del TSJ un requisito temporal para la recolección de firmas, conllevaría menoscabar dicho principio de técnica jurídica de garantía" (Ayala Corao, 2004: 75). De tal modo que si, la *Reserva Legal Refrendaria* puede existir, y puede alegarse para proteger ciertamente el contenido esencial del *Derecho Constitucional Político a Convocar un Referendo Revocatorio* frente a las intrusiones ilegítimas de la potestad administrativa reglamentaria del Consejo Nacional Electoral en la *reglamentación de ese Derecho Constitucional*.

Ni siquiera, frente a dicho vacío constitucional, la SC-TSJ puede colmar el vacío creando un lapso, o, un término de recolección, porque tal sentencia estaría *mutando, transformando, o reformando jurisdiccionalmente* a la Constitución, siguiendo un método de actualización distinto, al previsto constitucionalmente, que en fin, es ninguno. La **Sentencia N° 137** del 13 de Febrero de 2003 precisa muy bien lo arriba apuntado, pero, sin hacer mención alguna del contenido esencial, como garantía constitucional sustantiva del *Derecho Constitucional Colectivo a Convocar un Referendo Revocatorio*; y en especial, la posición de la Sala Constitucional con la **Sentencia N° 137**, que según Antela Garrido "fue bastante *ambigua* con relación al tema de la oportunidad de

la recolección, pues nunca se especificó, si ésta podía realizarse antes de la misma solicitud, o, que ésta debía presentarse al cumplirse la mitad del periodo respectivo.” (Antela Garrido, 2011: 82-83)

La norma constitucional específica, que la solicitud o petición administrativa a un Referéndum Revocatorio, debe consignarse una vez, que se cumpla la mitad del periodo constitucional. Y la recolección de firmas es un trámite administrativo distinto, que debe cumplirse para convalidar la pretensión jurídica incoada en la Solicitud a esa Convocatoria. De tal modo, que los dos trámites son fases distintas de una misma gestión, donde, la primera antecede a la *Solicitud de Convocar a un Referéndum Revocatorio*, y la segunda acontece a la *Solicitud de Recolección de Firmas*. Entonces, la **Recolección de Firmas**, es un requisito sustantivo y adjetivo, **previo**, que legitima a la *Solicitud de Convocar a un Referéndum Revocatorio*. Lo correcto sería aseverar, que dicha *Recolección de Firmas* sea efectuada, a partir del cumplimiento de la primera mitad.

Cabe decir, que Brewer-Carías así lo dispone “la recolección de firmas, debe hacerse, a partir del momento en que ésta se pueda formular, es decir, después de transcurrida la mitad del periodo constitucional...” puesto que, continúa señalando “...si el Derecho a presentar la solicitud nace al transcurrir ese lapso, entonces, las firmas, que son la expresión concreta de la manifestación de voluntad, deben recogerse con posterioridad a esa fecha.” (Brewer-Carías, 2004: 60)

En este sentido, las críticas *pro gubernamentales* contra la recolección de firmas son infundadas, y con ello, las Firmas y la Solicitud a un Referéndum Revocatorio son válidas y legítimas. No obstante a ello, el CNE rechazaría las firmas arguyendo de forma complementaria para robustecer su anormal posición negatoria de dicho derecho político, que dicha *Solicitud a un Referéndum Revocatorio* es inconstitucional, porque ésta estaba fundamentada en una recolección de firmas, que no reunía los requisitos del artículo 72 Constitucional, en vista de que la SC-TSJ por medio de una Sentencia del 11 de Abril de 2018, instauraba de una manera inconstitucional una *reforma constitucional jurisdiccional risible* al artículo 72, con la desconfiguración constitucional del *Contenido Esencial al Derecho al Referéndum Revocatorio*.

La reforma constitucional de la SC-TSJ argüía, que las Firmas no debían ser recolectadas en torno al criterio del 25% de los electores inscritos regularmente en el REP a nivel nacional, sino en torno al criterio del 25% de los electores de cada entidad político-territorial estatal de la República Federal Venezolana, cuando ésta nada dispone de esa manera. Pero, por si fuera poco, un Grupo de Ciudadanos de varias entidades federales: *Aragua incluida*, denunciaron la delictualidad de varias firmas recolectadas para invalidar a las Firmas, y con ello, los cimientos jurídicos de la Solicitud. Que, de por sí, eso aconteció. El CNE rechazó sustentada en esa denuncia también, la Solicitud que venía acompañada con las Firmas recolectadas.

Cabe decir, que dichas Denuncias Penales no fueron impulsadas en ningún momento con su tratamiento judicial-procesal, a través de un Juicio, a pesar de la muy fuerte campaña mediática comunicacional, e interés nacional gubernamental, en denunciar dicha irregularidad cometida con el acopio de las Firmas. El fuerte interés inicial de accionar contra la recolección de firmas, no termina acoplándose con la falta de iniciativa de los denunciantes por continuar con la investigación pena, tras publicitarse la Resolución del CNE, que desestima la convocatoria a un Referendo Revocatorio, contra Nicolás Maduro Moros. Denotando con ello, la *mala fe de los denunciantes* en querer manchar la completa transparencia del procedimiento administrativo refrendario, y, de obstaculizar inconstitucional, y clandestinamente, el ejercicio legítimo de un *Derecho Constitucional Político Colectivo* muy crucial para recuperar la institucionalidad, y el hilo democrático en Venezuela.

Resulta importante mencionar, que en ningún momento, la Ley Orgánica de Procesos Electorales especifica como causal de nulidad de pleno derecho, o relativa de los actos electorales, o refrendarios, a las denuncias penales. El **Derecho Penal Electoral** Venezolano no cuenta con un genuino desarrollo sistemático, justamente detallado, tanto de las Infracciones, como de las Sanciones Administrativas, ni los Delitos, ni de las Penas Privativas de Libertad, como la Prisión, o el Arresto en la materia electoral o refrendaria, a pesar, de que la misma Constitución vía 293.6 fija un criterio amplio, abierto, que permite entender incluido cualquier tipo de evento electoral, para incorporar la teoría de las nulidades electorales a las refrendarias; y, de igual manera ocurre, con el artículo 33.2 del Ley Orgánica del Poder Electoral.

No obstante, Izquier considera muy contradictoriamente “que el régimen sancionatorio es completamente aplicable en los procesos relacionados con las elecciones de cargos de representación popular de los Poderes Públicos, así como en los Referendos Constitucionales” (Izquier, 2010: 182). Cuando la Ley Orgánica de Procesos Electorales no dispone absolutamente nada al respecto, porque el objeto de la Ley detalla un marco regulatorio para los procesos electorales, no los Refrendarios.

En tal sentido, el mismo autor citado dice que “...en los otros procesos, el máximo órgano electoral está únicamente encargado de organizarlos. La diferencia es notable, y nos hace concluir, que en éstos últimos casos el régimen sancionatorio de la LOPE, no es aplicable” (Izquier, 2010: 183). Es de tal magnitud el déficit regulatorio del *Derecho Penal Electoral de Venezuela*, que los delitos imputados a los presuntos responsables de dichas “*infracciones*,” que los tipos infraccionales están tipificados en el Código Penal, y no en la Ley Administrativa Especial Electoral; donde, dichos tipos delictuales acaban siendo legislativamente instituidos como delitos comunes para cualquier poder público constituido.

Encontrándose, con una posición deficiente en el marco regulatorio de los Referendos. Pero, eso ocurre, precisamente, por la nulidad declarada de dicha Ley Orgánica de Referendos (LOR) por la SC-TSJ en el 2017, que en definitiva, investía un acabado marco normativo sistemático a los 4 tipos de referendos en Venezuela, tras 18 años de mora. De tal modo, que el CNE inconstitucionalmente, es de nuevo, el monopolio regulador de los procesos referendarios en Venezuela.

3. La Tutela Judicial Efectiva Venezolana.

La Constitución de 1999 crea una garantía constitucional procesal particular llamada la *Tutela Judicial Efectiva de cualquier tipo de Derechos Subjetivos, incluso los Colectivos o Difusos*. Tal artículo 26 encarna la amalgama, que bien, por previsión constitucional, legal, o jurisprudencial, han dado la tarea de valer judicialmente, a aquéllos sujetos que sufren lesiones en su esfera jurídica, y, que sin ser titulares de un Derecho Individual, éstos terminan siendo afectados como parte del colectivo por los efectos desfavorables comunes de una acción u omisión.

De igual forma, el artículo 129 reconoce a toda persona natural el Derecho Constitucional a un Ambiente adecuado para Vivir. Y en ese sentido habilita, a sus titulares para ejercer la correspondiente defensa del aludido Derecho. Luego, el artículo 281.2 Constitucional crea una *garantía constitucional institucional de defensa para todos los Derechos Constitucionales*: el *Ombudsman* como institución creada para representar judicial o extrajudicialmente los derechos subjetivos de los habitantes radicados en Venezuela, esto es, el *Ombudsman* es creado como garantía jurídica de los Derechos Constitucionales expresamente reconocidos, o no, con sus normas.

Después, las 3 normas fueron desarrolladas por Leyes concretas, como el *Decreto-Ley Orgánico de Precios Justos*, que a texto expreso, reconoce la protección de los derechos prestacionales del consumidor y el usuario. De igual modo, el *Decreto-Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos* ampara dichos derechos subjetivos, en el entendido de que la transmisión de mensajes por medios radiofónicos o audiovisuales puede afectar a un grupo indefinido de personas.

En el plano local, el *Decreto-Ley Orgánico del Poder Público Municipal* protege derechos supra-individuales, a través de las distintas formas asociativas destinadas a la defensa de esa clase de Derechos Constitucionales, con ocasión a la actividad o a la inactividad de la Administración Municipal. Además, la norma 21 de la *Ley Orgánica del Ambiente* (LOAm) faculta al *Ombudsman*, al Ministerio Público y a la Procuraduría General de la República a su protección. De éste modo, los *derechos supra-individuales* también pueden ser protegidos judicialmente.

No obstante, la no mención expresa de ciertas materias, bajo la protección judicial del anterior tipo de derechos constitucionales, no significa la imposibilidad de protegerlos con *Class Actions*. Un buen ejemplo, es con el *Derecho Civil (Código Civil)* en el tema del *Derecho de los Daños y Perjuicios*. O, con el *Derecho Tributario con el Código Orgánico Tributario*. O, con el *Derecho Electoral de la Ley Orgánica de Procesos Electorales*, cuando las acciones u omisiones de los árbitros electorales violan simultáneamente los derechos electorales de un Grupo Social determinado.

Ambas Leyes, la primera pre-constitucional, y la segunda y tercera, que son post-constitucionales, no tipifican a los *Derechos Supra-individuales* en sus referidos ámbitos de acción, pero, ello no simboliza, que las tres Leyes arriba indicadas, no trasciendan de lo meramente individual. Y he allí entonces, el objeto de estudio de la presente investigación, porque la intención de abordar la presente materia, no fue labrada por los Partidos Políticos por el hondo desconocimiento de la materia electoral, que envolvía, dicha transgresión.

Ya lo mencionaba Cappelletti cuando indico, "...que la aparición de estos nuevos Derechos, ponían al descubierto la inoperatividad de los viejos esquemas en los que únicamente se protegía lo individual, lo cual, es muy propio del proceso civil" (Cappelletti, 1993: 246). Igualmente, dicho cambio en el tratamiento institucional procesal, ya era percibido en Venezuela por Ruggeri y Pérez quienes manifestaban "que era necesario profundizar los cambios en el sistema jurídico, para permitir la tutela de los Derechos Colectivos o Difusos" (Ruggeri y Pérez, 1983: 65). Del mismo modo, Badell resaltaba que "ésta tendencia mundial surge, además, debido al marcado proceso de industrialización, en el que las Empresas podían afectar con su actuación a numerosas personas" (Badell, 2014: 9).

4. La Tutela Judicial Efectiva en la Justicia Electoral Venezolana (1999-2009).

El Derecho Procesal Electoral Venezolano está alineado como una justicia administrativa especial, donde resaltaba todavía, el control objetivo preponderante de las actuaciones positivas o negativas de las autoridades electorales, frente al minoritario control subjetivo de las actuaciones provenientes de las autoridades electorales, frente a los Derechos Electorales vulnerados.

En este sentido, la Justicia Electoral Venezolana seguía discurrendo sobre el tema de la constitucionalidad, o de la legalidad administrativa de las actuaciones de las diferentes autoridades electorales existentes. Cuando, lo más importante es la preeminencia de los derechos constitucionales del individuo, o de los grupos sociales, que constituyen un valor superior del ordenamiento constitucional, y con repercusiones totales sobre el resto del sistema jurídico.

La Sentencia N° 2 del 10 de Febrero de 2000 de la Sala Electoral del TSJ dice "el Poder Electoral se encuentra sometido tanto al principio de legalidad como al principio de universalidad del control jurisdiccional." Reconociendo, que la justicia electoral, es una sub-especie del orden contencioso-administrativo establecido en la Constitución de 1999, a los fines de ejercer el control judicial efectivo de los actos, actuaciones y abstenciones de los órganos del nuevo Poder Público. Igualmente, la Sentencia N° 2 dice "...que el control judicial es ejercido por medio de tribunales especializados, emanados del entramado normativo constituido por los artículos 253, 259. 262 y 297 de la Constitución."

Hernández dice:

Las Sentencias N° 90 del 26 de Julio de 2000 y N° 27 del 29 de marzo de 2004, ambas de la SE-TSJ, otorgan el poder a la Sala Electoral para conocer de Recursos de Amparo Constitucional insertados autónomamente contra actos, actuaciones y omisiones sustantivamente electorales provenientes de órganos o entes distintos a las autoridades enumeradas en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo. (Hernández, 2010: 175-176)

Aunque, paradójicamente, "la Sala Constitucional asumiría competencias en asuntos de Derechos Electorales, contra la actividad administrativa electoral, cuando ésta fuese contraria a una norma o a un principio constitucional," tal como menciona la **Sentencia N° 250** del 20 de febrero de 2003 SE-TSJ. Pero, la **Sentencia N° 24** del 15 de Marzo de 2004 de la SE-TSJ, con motivo al choque entre la Sala Constitucional y Electoral por la **Resolución N° 040302-131** del 02 de Marzo de 2004 y el infame Instructivo "*sobre el Tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la Misma Persona*" del 24 de Febrero de 2004, que fueron dictados antijurídicamente, contra el artículo 298 para invalidar sobrevenidamente las firmas recogidas para la activación del *Referendo Revocatorio contra Hugo Chávez F.*, desencadenó una reacción agresora de la Sala Constitucional al sistema de competencias del máximo Tribunal por medio de **Sentencia N° 387** del 16 de Marzo de 2004, que, implicó, la desobediencia de la Sala Electoral, hacia

la orden de la Sala Constitucional de no dictar Sentencia sobre el Caso, y, de remitir el Expediente respectivo a su Despacho por aseverar, que ese asunto era de su competencia por ser un supuesto vicio de inconstitucionalidad, conforme a una irrita **Sentencia N° 2748** (*Caso Elechiguerra*).

La negativa generó una reacción adversa por parte de terceros ajenos al Juicio Electoral, y sin tener noción de las Actas del Expediente Administrativo, la Sala Constitucional dictaría una **Sentencia** el 23 de Marzo de 2004 declarando la nulidad de la **Sentencia N° 24** del 15 de Marzo de 2004 de la SE-TSJ. Luego, la SE-TSJ por medio de **Sentencia N° 27** del 20 de Marzo de 2004 ratifica su posición con el caso, rearguye los fundamentos ofrecidos por la SC-TSJ, y manifiesta, que dicho conflicto de competencias positivo, debía ser planteado ante la Sala Plena del TSJ. Luego, de un modo bastante irregular también, la SE-TSJ con **Sentencia N° 37** del 12 de Abril de 2004, ratifica su anterior decisión. No obstante, asevera la actuación irregular de la Sala Accidental de la Sala Electoral, de nunca solicitar el Expediente Administrativo al CNE.

Donde el argumento del CNE para su desobediencia, era la incompetencia de la SE-TSJ para requerirle el Expediente, por tratarse de una Sala incompetente en vista del argumento de la **Sentencia N° 566** del 12 de Abril de 2004 de SC-TSJ. Dicho conflicto daría inicio a la muy polémica Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del 20 de Mayo de 2004.

A partir de esa fecha, la SC-TSJ comenzó a sustraer competencias de la SE-TSJ. Urosa sostiene:

La única referencia constitucional para la justicia electoral es la relativa a su ámbito orgánico, esto es, los Tribunales que la componen... la Constitución no determina las competencias de dichos Tribunales Electorales. No obstante, el operador jurídico pudiere deducirlo de los siguientes argumentos... Los artículos 292, 293 y 297 de la Constitución definen a la Administración Electoral, a la Actividad Administrativa Electoral y la Legalidad Electoral, bajo la Sala Electoral, respectivamente. Es justamente, la especificidad orgánica, material y formal creada, los auténticos argumentos que pueden ratificar la creación de un orden judicial especializado en materia electoral, conforme a los lineamientos implícitos de la justicia administrativa prevista en el artículo 259 Constitucional. (Urosa, 2007: 1417)

No obstante, la autora menciona como la regulación existente no guarda el mayor apego a la Constitución actual. Posteriormente, la LOPE es sancionada, y en ella, terminan siendo reunidas muy pocas normas de Derecho Procesal Electoral. Básicamente, el lapso del Recurso Contencioso de Nulidad Electoral de 15 días, y la necesidad de acudir a la LOTSJ del 2004 para aplicar “supletoriamente” dicho cuerpo normativo. Y es colocado “*supletoriamente*,” porque dicha norma implica la aplicación entera de dicha Ley. Quedando entonces la ausencia de un cuerpo legal que sistematice de modo especializado el *Derecho Procesal Electoral*. No obstante, esa regulación no subsistiría mucho, pues el año 2010 sería el testigo estrella de la LOTSJ (2010), que regulará transitoriamente el *Derecho Procesal Electoral Venezolano*. Ya desde el 2010, la *Justicia Electoral*, se subjetivizaría totalmente.

5. La Justicia Electoral desde el 2010: la *Class Action* en Materia de *Referéndums*.

Habiendo desarrollado lo anterior, surgen dos dudas esenciales en el actual debate: 1) ¿Cómo puede entrar en la Justicia Electoral una *Class Action* en materia de *Referéndums*?; 2) ¿Qué clase de derechos electorales pueden ser tutelables con una *class action*? Pues, en el tema de la *Class Action Electoral*, el tipo de actividad administrativa carece de un verdadero valor, desde el enfoque de la Tutela Judicial Efectiva, pues ésta no discrimina ningún tipo de actuación estatal, ni mucho menos electoral, ya que son igualmente tutelables, o mejor dicho, son todas revisables por los Jueces Electorales, por igual, sin distinguir en nada.

De igual modo, carece de sentido, si es una acción o una omisión de una autoridad electoral, la causa de la transgresión a la juridicidad, ya que en éste preciso momento, la Justicia Electoral Venezolana fue redimensionada totalmente, en un sentido mucho más subjetivante, por vía del artículo 26 constitucional, con el reconocimiento definitivo de los *Derechos Constitucionales Supraindividuales*, como objeto de cognición por los Jueces en general, entre ellos los Jueces Electorales por la invocación de cualquier tipo de pretensiones, individuales, colectivas o difusas.

Actualmente, la subjetivización de la justicia electoral, es globalizante, por la misma dicción constitucional de la tutela judicial efectiva como garantía de acceso para la obtención del valor justicia, con la cognición de cualquier tipo de derechos subjetivos de carácter electoral, sin importar, si son pasivos o activos.

El *Recurso Contencioso Electoral de Nulidad*, es una acción específicamente diseñada para combatir la desvinculación total o parcial de una acción u omisión de las autoridades electorales a la misma Constitución o Ley. Y, aunque, el Recurso anteriormente aludido, contribuye veladamente a restablecer la situación jurídica infringida, éste no es en sí, su verdadero propósito, sino hacer respetar el bloque de la legalidad en un sentido amplio, con la materia electoral. Rachadell dice “En tal sentido, este Recurso tiene la originalidad que combina los elementos del Recurso de Nulidad de actos administrativos con las particularidades de la acción de amparo...” (Rachadell, 1998: 167).

De igual modo, la posición de De Stefano, indicaba que:

la universalidad que ostenta el objeto del control jurisdiccional del recurso contencioso-electoral, que ha conducido que este recurso, se erija como el único medio procesal en la materia, ha provocado entusiasmados elogios en la doctrina a esta figura jurídica, proponiéndola, como un ejemplo a seguir en el contencioso administrativo. (De Stefano, 2008: 265)

Y en vista de lo anterior, Hernández & Urosa exponen “Bajo estos parámetros, es imposible sostener la legitimación de cualquier ciudadano hábil para defender la legalidad de la Administración Electoral.” (Hernández & Urosa, 1998: 227)

Por supuesto, que Hernández, señala:

Desde 1999, la *Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política* (1998) tuvo que reinterpretarse bajo el artículo 26 constitucional, pues es de especial importancia, la mención de tres temas conexos con los presupuestos procesales para entablar el Recurso Contencioso Administrativo Electoral. Se trata, entonces, de analizar, los cambios en la legitimación activa, sobre el lapso de caducidad para recurrir, y sobre el agotamiento de la vía administrativa. (Hernández, 2010: 204-206)

Sin embargo, dada la entrada en vigencia de la nueva Constitución de 1999, la Sala Electoral del TSJ tuvo que amoldar el artículo 236 LOSYPP con el artículo 26 Constitucional, que establecía de una manera muy *sui generis*, la legitimidad activa en el proceso administrativo electoral comicial, y comenzó por reconocer, que ésta era más amplia que en el Administrativo General, al entender “que el legislador no calificó el interés exigido para intentar el Recurso, como si lo hace la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, de lo que puede deducirse expresamente, que basta que el accionante tenga un *simple interés* para ser admitido como legitimado,” según **Sentencia** N° 95 del 04 de Agosto de 2005; criterio posteriormente ratificado por las **Sentencias** N° 49 del 08 de Mayo de 2001, la N° 26 del 18 de Marzo de 2003; la N° 111 del 04 de Agosto de 2004 y la N° 145 del 19 de Octubre de 2005.

Aunque, posteriormente la SE-TSJ sostuvo por medio de la **Sentencia** N° 145 del 11 de Noviembre de 2009 en concordancia con el artículo 179 de la LOTSJ, que:

En atención a la consagración en el artículo 26 Constitucional del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos, considera que el ejercicio del recurso contencioso electoral, en cuanto a la legitimación, está supeditado, únicamente, a que quien lo intente, pueda esgrimir un interés legítimo, entendido éste, como aquél que goza de la tutela legal en virtud del beneficio de cualquier índole (material o moral) que se obtendrá con la eventual satisfacción de la pretensión.

Ahora bien, Hernández indica que “Hay que señalar, que actualmente, el proceso administrativo electoral no se encuentra regulado ni en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ni existe una Ley de la Jurisdicción Contenciosa Electoral” (Hernández, 2010: 211). Y, aunque la regulación, no corresponde al objeto de

la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), ha sido éste texto jurídico, quien, de manera transitoria, ha venido a regular dicho proceso.

De nuevo, Hernández, afirma:

Ello genera como resultado, que en ésta no se hayan organizado los tribunales del orden jurisdiccional electoral conforme lo exige el artículo 297 Constitucional, y que las normas, que gobiernan el proceso administrativo especial electoral, mantengan un carácter transitorio, luego de 10 años de vigencia de la Constitución. (Hernández, 2010: 212)

El artículo 27.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010) señala “Son Competencias de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia: 3. Conocer las demandas de amparo constitucional de contenido electoral, distintas a las atribuidas a la Sala Constitucional.” Y cuando se confronta ésta norma con el artículo 25.21 Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010), se observa:

Son competencias de la Sala Constitucional: 21. Conocer de las demandas y de las pretensiones de amparo para la protección de los intereses difusos o colectivos, cuando la controversia tenga una trascendencia nacional, salvo lo que dispongan leyes especiales y las pretensiones que por su naturaleza incumban al contencioso de los servicios públicos, o al contencioso electoral. (Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, 2010: Art. 25.21)

De tal manera, que las normas competenciales de la Sala Electoral remiten a las competencias de la Sala Constitucional. Y luego, las normas competenciales de la Sala Constitucional remiten a las competencias de la Sala Electoral, los Juicios relacionados con la materia Electoral, aunque dichos juicios asuman la forma de un Juicio de Protección de Derechos Colectivos y Difusos. No obstante, la solución no queda de esa forma con el presente tema, pues, si bien es cierto, que esa conclusión se materializa de esa forma, es necesario acotar de una manera contundente, que la estructura del juicio de protección de Derechos Colectivos y Difusos seguirá siendo la misma a un Juicio de Nulidad Contra una Ley, y, que la competencia de dichos juicios corresponda en esencia a la propia Sala Constitucional.

Cabe señalar, que la LOTSJ (2010) borró a la Sala Electoral su competencia para conocer de las acciones de amparo en la materia electoral, contra autoridades electorales, porque realizando una interpretación en sentido contrario, los amparos constitucionales en materia electoral, constituyen una clara competencia de la Sala Constitucional.

En este sentido, la justicia electoral termina subjetivándose más, que con la simple constitucionalización de los derechos colectivos y difusos como parte del alcance de la garantía de la tutela judicial efectiva, pues los artículos 25 y 27 LOTSJ profundizan mucho más la anterior tendencia constitucional, y jurisprudencial.

Urosa asevera que: “En el ámbito del proceso administrativo, éste reconocimiento implica, que todo particular tiene derecho a una eficaz reposición de su situación jurídica, frente a cualquier lesión antijurídica sufrida, a causa del actuar administrativo, sea éste, se insiste, positivo u omisivo.” (Urosa, 2003: 95).

Por ejemplo, la institución del *Amparo Electoral* contribuyó a subjetivizar más aún, el tema de la “justicia electoral,” pero no es suficiente, porque dicha garantía constitucional procesal, constituye un simple mecanismo de tutela constitucional provisional de los derechos constitucionales de los candidatos, a ocupar los cargos públicos representativos; o, de los grupos electorales en su derecho constitucional a elegir su candidato político de preferencia, entre otras posibilidades adicionales. Pero dicha subjetivización de la Justicia Electoral, acaba ante la Sala Constitucional.

El actual caso, no versa sobre impugnar un acto de totalización de los votos escrutados, ni de la adjudicación, ni de la proclamación por el candidato perdedor en un procedimiento administrativo electoral. Tampoco versa sobre conseguir una orden judicial destinada a cesar la compra de votos con comida o medicamentos; o de la neutralización de la violencia cometida en los respectivos centros de votación para frenar el legítimo ejercicio al derecho individual al voto, o a los simpatizantes del contendor en las elecciones.

En el primer caso, la LOTSJ traza el Juicio Electoral con la legitimación del Recurso Contencioso de Nulidad Electoral para el titular del derecho subjetivo al voto que fue violado; o de la lesión del titular del derecho subjetivo a postularse al cargo representativo respectivo. En cambio, los 2 últimos casos son combatidos con un Amparo Electoral ante la Sala Constitucional del TSJ por actuaciones contrarias al derecho al voto en un Sistema Democrático. Que, si bien existe una Sala Electoral en el TSJ de Venezuela para asuntos de esa naturaleza, el artículo 25.22 de la LOTSJ asigna esa competencia a la Sala Constitucional, insólitamente, según ese ordinal.

Pero ¿Qué ocurre, cuando el Consejo Nacional Electoral como autoridad en asuntos electorales no llama a elecciones? ¿O no llama a elecciones parlamentarias en los 3 distintos niveles de gobierno en el período constitucional correspondiente? ¿O, si ésta lo hace de un modo adelantado? ¿O peor aún, que éste suspende la convocatoria electoral? Plantéese el caso central de la investigación. ¿Qué ocurre si un Grupo de Electores según el Artículo 72 Constitucional, exige un Referéndum Revocatorio contra el Presidente Ejecutivo, tras haberse cumplido sus requisitos? ¿Acaso, no nace en ese preciso momento un *Derecho Supra-Individual de Naturaleza Refrendaria Plena*? La respuesta es sí, porque constitucionalmente la legitimidad de la petición surge del cumplimiento previo de una suma de individuos, que están de acuerdo en clamar la revocación del mandato del Gobernante electo, que ocupa el cargo representativo correspondiente.

Los electores que invocan el Referéndum Revocatorio, se hallan legitimados para demandar en éste orden jurisdiccional, a quien aduzca representar derechos e intereses colectivos o difusos, porque a éste derecho constitucional de convocar un Referéndum Revocatorio, no pertenece a un individuo en particular, sino a una pluralidad de sujetos, que reúne todo un conjunto de requisitos constitucionales y reglamentarios, que les son comunes a ellos por su especial ubicación geográfica, o, por el simple interés común de revocar el mandato de un Gobernante electo. Cabe decir, que éste derecho se diferencia de un derecho constitucional difuso, en que el vínculo jurídico que une de una manera consistente a los mismos individuos, en cuanto al mismo derecho, afecta en intensidad, de diferente manera a cada uno de esos individuos. Y se diferencia de un derecho electoral individual como el voto, porque un simple elector no puede invocar el Referéndum Revocatorio contra un Presidente, Gobernador, Alcalde, o Diputado.

La Sala Constitucional del TSJ por medio de **Sentencia** del 30 de Junio de 2000 (*Caso Dilia Parra G.*) define el *interés jurídico colectivo* como “de aquel interés común a un conjunto de personas vinculadas entre sí, que podían ser identificables (...) donde dichos intereses jurídicos se hallan circunscritos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable,” aun cuando, de ser estos considerados individualmente, pueda que dentro del conjunto de personas exista, o pueda existir, un vínculo jurídico que los una. Ciertamente, la **Sentencia** del 06 de Febrero de 2000 de la Sala Constitucional (*Caso Z. Martínez y Otros*) dice:

Que los intereses colectivos presuponen la existencia de sujetos colectivos. En tal sentido, las naciones, los pueblos, las minorías étnicas, religiosas, o de género, que pese a tener una estructura organizacional, social o cultural, pueden no ser personas jurídicas o morales, en el sentido reconocido por el Derecho Positivo.

No puede confundirse, claro está, los intereses colectivos con los derechos individuales de personas jurídicas, o colectivas, como las Sociedades Mercantiles. Así, la Sala Constitucional por medio de la **Sentencia** del 19 de Diciembre de 2003 (*Caso Fernando Asenjo y Otros*) señala al respecto:

Mientras las personas jurídicas actúan por organicidad, las agrupaciones de individuos, que tienen un interés colectivo, obran por representación, aun en el caso, de que esa sea ejercida por un Grupo de Personas, pues el carácter colectivo de los derechos cuya tutela se invoca, siempre excede al interés de aquel.

De éste modo, que la negativa a celebrar un Referéndum Revocatorio afecta por igual, al conjunto de electores reunidos en torno a la solicitud consignada ante el Consejo Nacional Electoral. La negativa, o el silencio administrativo afecta de un modo: Primero, simultáneo; y Segundo, con la misma intensidad para cualquiera de los firmantes de la solicitud administrativa. Viendo así, entonces ordenado, un *Derecho Constitucional Colectivo*, pues

Convocar a un Referéndum Revocatorio contra un específico funcionario público representativo, es, entonces, un Derecho, que agrupa una aglomeración de intereses jurídicos comunes por un amplio sector de la sociedad.

Hace mucho tiempo, Blanco-Uribe, dijo:

en lo que respecta a los recursos administrativos intentados contra actos administrativos que producen efectos particulares, que afectan a un individuo en particular, o, a una pluralidad de personas determinadas, e indeterminadas, pero determinables, la Ley exige que el recurrente tenga un interés personal, legítimo y directo en la anulación. (Blanco-Uribe, 1989: 40).

Y en vista de esa situación, cualquier miembro de ese grupo de afectados tiene la legitimidad de acudir ante las autoridades judiciales correspondientes para proteger sus derechos e intereses colectivos, mediante las acciones y defensas que pueden interponer ante el sistema judicial. La negativa administrativa expresa del Consejo Nacional Electoral (CNE) es un acto administrativo no normativo dirigido a un grupo de personas decretadas por el Escrito de Convocatoria del Referéndum Revocatorio contra *Nicolás Maduro Moros*.

De hecho, la Constitución de 1999 confiere a esa facultad constitucional al *Ombudsman*, de conformidad con el artículo 281.2, instituyendo una legitimidad o una cualidad jurídica calificada para dicha institución constitucional de protección de los Derechos Humanos, a los puros fines de romper con el paradigma habitual de la cualidad jurídica de la *legitimación personal o directa* en los intereses jurídicos por parte de la víctima, o, del grupo de víctimas.

La Sala Constitucional termina pronunciándose de un modo afín, conteste, y, ratificando ese criterio con el Texto de la Constitución, pues la **Sentencia del 04 de Noviembre de 2003** (*Caso Jaime Barrios*), así mismo lo sostiene, sin necesidad, de solicitar requisitos especiales para el resto de los afectados en ese *especial grupo de interés jurídico*, que persigue ser opuesto, contra un funcionario público electo. Y, aunque dicha sentencia, es anterior a la Ley del TSJ del 2010, ésta en nada afecta, el contenido regulador de dicha Ley.

De hecho, Araujo Juárez, dice “el interés precisa ser personal, es decir, individualizado, respecto a un determinado sujeto, o Grupo, de sujetos,” ... “la noción de interés legítimo, no sólo se refiere a las situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener sujetos de derechos como personas individualizadas, sino también las entidades, representativas de los intereses colectivos o difusos.” (Araujo Juárez, 1998: 439)

De tal modo, que la Sala Constitucional del TSJ reconocía para ese entonces, acciones judiciales de índole especial para representar judicialmente los intereses colectivos de un Grupo de afectados, aunque, el sistema jurídico no dispusiere de acciones especiales para los administrados, sino, que tenían que acudir al auxilio del *Ombudsman* Venezolano. Y de hecho, ese es el principal comentario definitorio que debe hacerse al caso del Referéndum Revocatorio contra Hugo Chávez, que para esa fecha, legalmente no existía una *class action*, ni su procedimiento judicial. Hoy, 9 años después de la entrada en vigencia de la LOTSJ (2010): **sí**.

Importantes son las palabras de Badell, quien, al respecto, señala que:

El derecho e interés colectivo o difuso, ya no es un grado de legitimación para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa, como fue la forma tradicional de interpretación de esa expresión, sino que ahora, éste designa un derecho de acción, a fin de proteger derechos supraindividuales no susceptibles de fragmentación, por la acción, actuación u omisión de sujetos de Derecho Privado o Público. (Badell, 2014: 11)

De hecho, ya tampoco es, un obstáculo o condicionamiento, que comporta una causal de inadmisibilidad ante la justicia administrativa, ni mucho menos a la justicia electoral. **Peter Häberle** dice

que el reconocimiento de una legitimación para recurrir a ciertos grupos podría tener una indudable virtualidad instrumental en orden a la efectividad práctica de los Derechos Fundamentales, porque tal efectividad se produce también, a través del pluralismo de la opinión pública. (Peter Häberle, 1991: 328)

Por ello, condicionar procesalmente, con su regulación, la inadmisibilidad de una acción procesal contra la Resolución denegatoria del CNE, es impedir el accionar de la *tutela judicial efectiva*, y con ello, por la misma orden del artículo 26 Constitucional de los Derechos Humanos allí incluidos, que constituyen su *ratio iuris*, u, objeto de tutela de los poderes jurisdiccionales del Estado Venezolano, hasta tal punto, que el accionar judicial quedaría privado del sustrato axiológico *de la justicia* colocado en el artículo 2 y 257 Constitucional; y, de la igualdad jurídica, como *valor superior* del ordenamiento constitucional.

La configuración de una *Class Action Electoral* en el presente caso simboliza, toda una representación judicial colectiva de un simple actor, o elector afectado en su solicitud de convocar el Referéndum Revocatorio, o en nombre del resto. Así, de la suerte del aludido derecho subjetivo colectivo brota un *derecho subjetivo procesal de subrogación del afectado que se encuentra en ese específico grupo de intereses jurídicos* de, querer representar su interés legítimo, personal y directo ante un tribunal, de una manera simultánea, con los derechos legítimos, personales y directos de otros electores, que se hallan en una situación jurídica igual a la suya, frente a su *legítima expectativa de derecho político*, que siendo eso, no significa que no deba ser protegida.

Conclusiones

La Justicia Electoral Venezolana se encuentra fundamentada por tres pilares esenciales: 1) la *Supremacía Constitucional*; 2) la *Tutela Judicial Efectiva*; y 3) *Contenido Esencial del Derecho*. En el presente caso, no sólo fue violado por el CNE, el *Derecho Constitucional Político Colectivo a Convocar un Referendo Revocatorio* contra Maduro, sino también, la legitimidad del procedimiento administrativo refrendario, y los derechos refrendarios de cada miembro del cuerpo electoral, de modo simultáneo. Las referidas garantías constitucionales inicialmente referidas, fueron creadas con la función de proteger cualquier tipo de Derechos. ¡Y, fueron violadas también! De tal modo, que el Derecho fue violado por la acción estatal del principal organismo electoral: el CNE. Quien al ser el único Árbitro Electoral, éste constituye la principal garantía institucional de los derechos políticos en Venezuela.

Gran parte de la ineffectividad de la Convocatoria del proceso refrendario no se debió a la falta de condiciones político-democráticas en Venezuela. Una gran parte del problema fue, la falta de una cultura jurídica necesaria en los electores y los Abogados en general para cobijar los *Derechos Políticos*, que tienen una especial forma de concretarse su configuración jurídica. Cada *Derecho Subjetivo*, es diferente. Y por vía de consecuencia, las reglas procesales de legitimación en un Tribunal son diferentes. Reglas, que no sólo no son conocidas para el Derecho Político específico que fue analizado, sino, que, tampoco, terminan conociéndose las técnicas jurídicas necesarias para concretar su efectiva invocación en un Tribunal. Más, que el clima de intolerancia por parte del Gobierno contra sus detractores, fue la misma torpeza cometida por las víctimas, para defender su Derecho.

Pero, de igual forma, la ausencia de efectividad de una garantía institucional tan elemental del Estado de Derecho como la *Independencia del Poder Judicial*, frente a los restantes Poderes, impide un clima favorable para valores superiores como el *pluralismo político, la justicia y la igualdad en los procesos electorales*. Y la ausencia de la democraticidad en la sociedad venezolana, contribuye ampliamente a solidificar una tiranía, no solo Ejecutiva, sino también de índole Judicial en Venezuela, y que impide el acceso a una justicia oportuna a las víctimas de Derechos Humanos.

Referencias

ANTELA, R. (2011) *“La Revocatoria del Mandato: (Régimen Jurídico del Referéndum Revocatorio en Venezuela).”* Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, UCAB N° 24. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

AYALA CORAO, C. (2004) *“El Referendo Revocatorio: Una Herramienta Ciudadana de la Democracia.”* Colección Minerva N° 21. Libros de El Nacional. Caracas, Venezuela.

BADELL, R. (2014) *“La Protección de los Intereses Colectivos o Difusos en Venezuela: Class Action.”* Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Caracas, Venezuela.

BLANCO-URIBE QUINTERO, A. (1998) “*La Legitimación del Contencioso-Administrativo de las Asociaciones para la Tutela del Mar y sus Recursos*,” en Revista de Derecho Administrativo N° 3 de la Editorial Sherwood. Caracas, Venezuela.

BREWER-CARIAS, A. (2007) “*Crónica sobre la Injusticia Constitucional: Sala Constitucional y el Autoritarismo en Venezuela*.” Colección Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela N° 2. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

BREWER-CARIAS, A. (2010) “*Introducción General al Régimen del Tribunal Supremo de Justicia y de los Procesos y Procedimientos Constitucionales y Electorales*.” En Colección de Textos Legislativos N° 48. Primera Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

CAPPELLETTI, M. (1993) “*La Protección de los Intereses Colectivos o Difusos*,” En XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Instituto de Investigaciones Jurídicas. (IIJ-UNAM). México, D.F., México.

CASAL, J.M. (2010) “*Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*.” Legis. Caracas, Venezuela.

DE STEFANO, A. (2008) “*Estudio Sobre el Régimen Legal y la Evolución Jurisprudencial del Recurso Contencioso Electoral*.” En Libro Homenaje al Profesor Alfredo Arismendi A. Instituto de Derecho Público-UCV. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela.

HÄBERLE, P. (1991) “*La Jurisprudencia Constitucional de los Derechos Fundamentales: Efectividad de los Derechos Fundamentales*,” en A. López Pina (Coord.) *La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales*. Universidad Complutense de Madrid-Editorial Civitas. Madrid, Venezuela.

HERNÁNDEZ, J.I-Urosa, D. (1998) “*Estudio Analítico de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política: Régimen Jurídico de la Actividad Administrativa Electoral*.” FUNEDA. Caracas, Venezuela.

HERNÁNDEZ, V.R. (2010) “*El Proceso Administrativo-Electoral*,” en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, En Colección de Textos Legislativos N° 48. Primera Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

IZQUIEL, L. (2010) “*El Régimen Sancionatorio de la Ley Orgánica de Procesos Electorales*,” en Colección de Textos Legislativos N° 49: Ley Orgánica de Procesos Electorales. Editorial Jurídica Venezolana-Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteavila. Caracas, Venezuela.

RACHADELL, M. (1998) “*El Régimen de los Recursos en Materia Electoral*.” En Revista de Derecho Administrativo N° 3. Mayo-Agosto. Edit. Sherwood. Caracas, Venezuela.

RONDÓN DE SANZO, H. (2004) “*Los Cuatro Temas Álgidos de las Constitución de 1999*.” Primera Edición. Editorial ExLibris. Caracas, Venezuela.

RUGGERI, A. (1983) “*La Protección de Intereses Difusos, Fragmentarios y Colectivos en el Derecho Venezolano*,” en la Revista de Derecho Público N° 16. Octubre-Diciembre. Editorial Jurídica Venezolana (EJV). Caracas, Venezuela.

UROSA, D. (2003) “*Tutela Judicial Frente a la Inactividad Administrativa en el Derecho Español y Venezolano*.” FUNEDA. Caracas, Venezuela.

UROSA, D. (2009) “*Tendencias de la Jurisdicción Contenciosa Electoral (2000-2006)*.” En Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 Autores en Homenaje al Post-Grado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Tomo II. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela.

GACETA OFICIAL N° 37.942 del 02 de Mayo de 2004. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

GACETA OFICIAL N° 39.451 del 22 de Junio de 2010. Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

GACETA OFICIAL N° **5.928** (Extraordinaria) del 12 de Agosto de 2009. Ley Orgánica de Procesos Electorales.

GACETA OFICIAL N° **5.233** (Extraordinaria) del 29 de Mayo de 1998. Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

SENTENCIA N° **0457** del 05 de Abril de 2001 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (*Caso Francisco Encinas Verde*).

SENTENCIA N° **0759** del 16 de Mayo de 2001 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (*Caso Asamblea Nacional*).

SENTENCIA N° **1139** del 05 de Junio de 2002 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (*Caso Sergio Omar Calderón*).

SENTENCIA N° **0137** del 13 de Febrero de 2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (*Caso Freddy Lepage*).

SENTENCIA N° **2432** del 29 de Agosto de 2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (*Caso Luis Eduardo Franceschi*).

SENTENCIA N° **2750** del 21 de Octubre de 2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (*Caso Carlos E. Herrera M.: Recurso Interpretativo Constitucional del Artículo 72*).

El Teletrabajo y su Regulación en Venezuela¹

Ronny Rafael Rincón Amado²

Marieugenia Mas y Rubí Peña³

Resumen

El presente artículo tuvo como objetivo analizar la modalidad de teletrabajo frente al régimen de trabajo a domicilio establecido en la legislación laboral venezolana. La investigación tuvo una modalidad documental, basada en la doctrina y legislación nacional y extranjera. Como resultado, se obtuvo que la primordial diferencia entre ambas modalidades es el carácter informático de las actividades realizadas por el patrono y el trabajador, dando surgimiento a diferentes características entre ellas, y siendo insuficientes las normas del trabajo a domicilio para regular el teletrabajo por analogía. Se concluyó que el teletrabajo puede regularse alternativamente por vía contractual, o preferentemente, su propio régimen legal especial en Venezuela, sirviendo como referencia a este régimen tendencias jurídicas latinoamericanas de regulación del Teletrabajo.

Palabras clave: Teletrabajo, trabajo a domicilio, modalidad especial de trabajo

Telecommuting and its Regulation in Venezuela

Abstract

The purpose of this article was to analyze the modality of telecommuting as opposed to the regime of home-based work indicated in the Venezuelan labor legislation. The research had a documentative modality, based on doctrine and national and foreign legislation. As a result, it was obtained that the main difference between both modalities is that the activities performed by the employer and the teleworker are made through informatic tools, developing different characteristics between them and having insufficient rules of home-based work to regulate telecommuting which must be regulated by analogy. It was concluded that telecommuting can be established alternatively by contract, or preferably, its own special legal regime in Venezuela, serving as a reference to this regime Latin American legal trends of regulation of Telecommuting.

Keywords: Telecommuting, home-based work, special working modality

Introducción.

El rápido avance de las tecnologías ha causado diferentes impactos en las formas de desenvolvimiento de la vida cotidiana. El trabajo, por supuesto, no se ve exento de este crecimiento tecnológico, y la integración de las Tecnologías de la Información (en adelante, “TIC”) en la realización de actividades laborales ha dado

¹ Recibido: 07/04/2021 Aceptado: 07/06/2021

El presente artículo deriva del Trabajo Especial de Grado titulado: “Análisis de las características esenciales del teletrabajo y sus diferencias frente al Régimen Especial de Trabajo a Domicilio señalado en la legislación de trabajo venezolana”, presentado en la Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela.

² Abogado. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: ronnyrinconam@gmail.com

³ Abogada. Universidad del Zulia. Magister Scientiarum en Derecho del Trabajo (Universidad Rafael Belloso Chacín). Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: marieugeniamaasyrubi@gmail.com

surgimiento a nuevas formas de organización de trabajo, como lo es notoriamente, el teletrabajo. Así, pues, el teletrabajo ha sido ampliamente estudiado por doctrinarios desde finales del siglo XX hasta la actualidad; en cuyos estudios, autores como Thibault Aranda (1998), Saco Barrios (2007), Castillo (2016), Palacios (2017), entre otros, han estudiado diferentes características que determinan al teletrabajo como una nueva modalidad especial de trabajo.

En efecto, el teletrabajo ha alcanzado una proliferación masiva desde los últimos años. —sobre todo— por el auge de la adopción de la modalidad en el contexto de la pandemia por COVID-19. Tanto las legislaciones extranjeras como la doctrina laboralista han hecho importantes avances y contribuciones en establecer criterios en materia de regulación del teletrabajo. Pero en contraposición, la legislación de trabajo venezolana no ha mostrado ningún avance al respecto.

Debido a que actualmente la modalidad de trabajo que más se asemeja al teletrabajo es la del trabajo a domicilio, el teletrabajo se regula primordialmente—y en consecuencia—por analogía de las normas que establece la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012) (en adelante, “LOTTT”) sobre este último régimen. No obstante, existen aspectos esenciales que circundan el teletrabajo que lo hacen ampliamente diferente al trabajo domicilio y, por tanto, se hace imperativo establecer otras alternativas para su regulación en Venezuela.

En razón a lo anterior, la presente investigación se ha propuesto en realizar un análisis comparativo entre los diferentes criterios doctrinales y legislativos que se han establecido respecto al teletrabajo, y compararlos con las normas que nos establece la LOTTT (2012) para regular el trabajo a domicilio, a modo de determinar sus diferencias, cuáles son las más amplias formas de regulación del teletrabajo aceptadas por el ordenamiento jurídico venezolano, y determinar las tendencias jurídicas que el Estado venezolano podría tomar como referencia en la potencial creación de un instrumento jurídico destinado a regular el teletrabajo.

1. Aproximaciones doctrinales del teletrabajo y su naturaleza jurídica.

Debe advertirse que no existe consenso doctrinal en la definición de teletrabajo, pues su naturaleza misma e implicaciones han causado el surgimiento de varias corrientes para su concepción. Una de las primeras acepciones del teletrabajo globalmente aceptadas surge de la denominación planteada por la Organización Internacional del Trabajo la cual fue introducida en el año 1990, y que—hasta la fecha—ha sido ratificada por la organización:

[...] una forma de organización del trabajo con las siguientes características: a) el trabajo se realiza en un lugar distinto del establecimiento principal del empleador o de las plantas de producción, de manera que el trabajador no mantiene un contacto personal con los demás colegas de trabajo, y b) las nuevas tecnologías hacen posible esta separación al facilitar la comunicación [...] (Organización Internacional del Trabajo, 2016: 3)

Otra de las definiciones primigenias sobre teletrabajo es la planteada por Thibault, quien afirma: “El teletrabajo es una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado a distancia, en gran parte o principalmente, mediante el uso intensivo de las técnicas informáticas y/o de telecomunicación” (Thibault, 1998: 210). Resalta el autor como parte esencial del teletrabajo el uso intensivo de las TIC, pues ello genera una nueva forma de trabajar. En palabras del autor:

Teletrabajar no es solo trabajar a distancia y usando las telecomunicaciones y/o la informática, teletrabajar es servirse de estos elementos para trabajar de un modo nuevo. No es teletrabajador todo aquél que emplea las herramientas propias de teletrabajo, sino sólo aquel que por el hecho de utilizarlas escapa el modelo tradicional de organización del trabajo. (Thibault, 1998:211)

Aun así, las discrepancias respecto a la concepción del teletrabajo han perdurado. Para llegar a una definición más aceptada, Castillo, por ejemplo, realizó un estudio comparativo sobre varias definiciones jurídicas de teletrabajo aportadas por varias legislaciones latinoamericanas, y precisó que el teletrabajo se refiere a una prestación de servicios remunerados que realiza una persona fuera de las instalaciones físicas de la empresa y mediante el uso exclusivo de las TIC. (Castillo, 2016)

No obstante, en el contexto de la pandemia por COVID-19 y el auge de la adopción de la modalidad de teletrabajo, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, “OIT”) ha publicado numerosas guías e informas que, nuevamente, centran la discusión en adoptar una definición unánime sobre teletrabajo.

Expone la Organización Internacional del Trabajo como definición actualizada de teletrabajo la siguiente: “[...] es una subcategoría del concepto más amplio de “trabajo a distancia”, que engloba a los trabajadores que utilizan tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) o teléfonos fijos para desempeñar el trabajo remotamente [...]” (OIT, 2020a: 7) De tal modo, se observó el reconocimiento que hace la organización al teletrabajo como una forma de manifestación del trabajo a distancia, o bien, una subcategoría de ella.

Vistas estas definiciones doctrinales, se evidencia que—en esencia—existen dos elementos caracterizadores del teletrabajo: la distancia y el uso de las TIC. Como consecuencia, la utilización de estas tecnologías constituye una nueva forma de trabajar. De tal modo, puede definirse al teletrabajo como una modalidad especial de trabajo en la cual el trabajador realiza sus actividades fuera de las instalaciones de la entidad de trabajo, y usa exclusivamente las TIC para prestar sus servicios, tanto en la producción, como en la entrega de sus resultados.

Ahora bien, la naturaleza jurídica del teletrabajo ha sido otro asunto de debate jurídico, centrándose la mayor discusión en determinar si éste adquiere naturaleza civil o laboral. Con el propósito de dar una respuesta a esta cuestión, Saco, Castillo, y Correa, han dividido sus estudios desde dos ópticas, desde un sentido amplio y un sentido estricto. Sus ideas se exponen en la siguiente Tabla 1.

Tabla 1. Aproximaciones sobre la naturaleza jurídica del teletrabajo.

Aproximaciones sobre la naturaleza jurídica del teletrabajo.	
En un sentido amplio Según Saco y Castillo	La naturaleza del teletrabajo depende de la presencia de la subordinación en la relación. El teletrabajo es de naturaleza civil cuando preste sus servicios de forma independiente, y es de naturaleza laboral cuando el teletrabajador labora por cuenta ajena, bajo subordinación.
En un sentido estricto Según Correa.	La naturaleza del teletrabajo depende de las normas que lo regulen. Si el teletrabajo se reconoce expresamente en una ley laboral, entonces adquirirá naturaleza laboral. De lo contrario, adquirirá naturaleza civil.

Fuente: Elaboración propia, basado en Saco Barrios (2007), Correa Prieto (2015) y Castillo (2016)

A simple vista, pudiera entenderse que la cuestión de la naturaleza jurídica del teletrabajo se resuelve dependiendo de si esta modalidad se ejerce por cuenta propia o por cuenta ajena. Pero sobre este planteamiento, (Durante Calvo 2003, citado en Castillo, 2016: 11) comenta que para que el teletrabajo adquiera naturaleza laboral, es esencial que se cumplan con los requisitos de subordinación que cada legislación ha establecido.

De tal forma, el teletrabajo solo adquirirá naturaleza laboral cuando existan los elementos esenciales que determinan la subordinación, siendo esencialmente: la prestación de un servicio, la remuneración a cambio de la prestación del servicio, la dependencia, y la ajenidad. La falta de existencia de estos elementos no dará paso a la subordinación, y, por tanto, tampoco al nacimiento de una relación de trabajo.

De lo anterior, se puede precisar que en el caso de Estados cuyas legislaciones no cuenten con normas reguladoras del teletrabajo, pero que existan alternativas para su regulación—como el caso venezolano—deben tomarse en cuenta los criterios expuestos *ut supra*, y en consecuencia, la ausencia del reconocimiento del teletrabajo en normas del trabajo dotará a la modalidad de naturaleza civil si se realiza por cuenta propia; dándose aplicación a las normas de contenido civil, preferentemente reguladoras de la actividad contractual. Pero ante la ausencia de regulación laboral del teletrabajo y, de teletrabajar por cuenta ajena, deberán aplicarse normas análogas que permitan regular la relación de trabajo, y/o establecer reglas dentro del contrato de trabajo o convención colectiva para su ejercicio.

1.1. El carácter informático que reviste al patrono y al trabajador.

A la luz de la naturaleza dual del teletrabajo, se entiende que cuando se teletrabaja por cuenta ajena, se constituye una relación de trabajo. Esta relación estará compuesta, igualmente, por un patrono y un trabajador. A pesar de que el teletrabajo—tal como otras modalidades especiales de trabajo reconocidas en el ámbito jurídico—no sufra mayor cambio con respecto a las definiciones de patrono y trabajador, autores como Palacios han aseverado el carácter informático de las actividades y conocimientos con los que deben contar estos sujetos. En cuanto al patrono, por ejemplo, la mencionada autora afirma que el patrono debe reunir estas características:

[...] (1) **Competencia profesional**, que le permite de cierto modo, saber qué es lo que está haciendo el teletrabajador sin necesidad de verle [...]. (2) **Competencia técnica**, que se traduce en los conocimientos que este debe tener respecto al desarrollo del hardware y software de los equipos avanzados [...]; (3) **Ecuanimidad**, pues debe evitar favorecer a los teletrabajadores en perjuicio de los trabajadores presenciales [...] (Palacios, 2017: 18)

De las características mencionadas se evidencia que existe una relación intrínseca entre el patrono con las tecnologías, pues este debe tener un conocimiento sobre ellas. De igual forma sucede con el trabajador (quien en el caso del teletrabajo, se le denomina “teletrabajador”), pues este se tratará de una persona natural que presta servicios al patrono a cambio de una remuneración, pero que a diferencia del trabajador ordinario u otro trabajador sometido a otra modalidad especial, realizará sus actividades y entregará sus resultados bajo el uso de las TIC.

De esta forma, y en concordancia con el criterio expuesto anteriormente por Thibault, el uso de las TIC en el teletrabajo supone necesariamente una nueva forma de trabajar y realizar actividades. (Thibault, 1998) En consecuencia, las actividades realizadas tanto por el patrono como por el teletrabajador serán de estricta índole informática, pues la intervención de las tecnologías generará cambios en aspectos como: las formas de comunicación entre los sujetos, las formas en las que el patrono ejerce el poder de control y vigilancia⁴, y hasta las formas cómo ambos sujetos entregan el resultado de sus actividades.

1.2. Los derechos laborales inherentes al teletrabajador.

Siendo el teletrabajo una modalidad especial de trabajo, los teletrabajadores no podrán ser excluidos del goce de derechos laborales fundamentales individuales y colectivos, como el derecho al salario, al descanso o a la huelga. En efecto, esta es una tendencia jurídica presente en el hemisferio latinoamericano, y que se reconoce en la legislación de trabajo venezolana.

No obstante, tal como se ha precisado anteriormente, los teletrabajadores se diferencian del trabajador común o de trabajadores sometidos a otras modalidades especiales, en virtud de la naturaleza informática de las actividades que éstos realizan. Este carácter informático debe ser tomado en cuenta al momento de reconocer y desarrollar un catálogo de derechos laborales inherentes a todo teletrabajador, pues el uso imperativo de las TIC en la prestación de servicios los hace susceptibles a gozar de derechos relacionados a la esfera informática. Tanto autores como Poquet, Sáenz y Pérez Amorós; así como diferentes legislaciones como la mexicana, reconocen—en esencia—tres derechos inherentes al teletrabajador: el derecho a la intimidad, que trae como derecho conexo el derecho a la protección de datos personales, y, por último, el derecho a la desconexión digital.

A. El derecho a la intimidad y a la protección de datos personales.

La intimidad es un derecho humano que goza de reconocimiento constitucional, señalado en el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁵ (en adelante, “CRBV”). Comenta De Freitas que el derecho a la intimidad se traslada al ámbito del trabajo como un modo de restringir parcialmente el poder de control y vigilancia del patrono sobre el trabajador. Tratándose el teletrabajo de una modalidad especial donde

⁴ El poder de control y vigilancia del patrono es definido por (Rodríguez 1996, citado en De Freitas, 2009: 28) como aquel conjunto de atribuciones en virtud de las cuales el empleador verifica y controla el cumplimiento de sus directivas y, en general, el cumplimiento de parte del trabajador de todas sus obligaciones.

⁵ Refiere dicha norma constitucional que toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

intervienen las TIC, los mecanismos de vigilancia del patrono sobre el teletrabajador podrán realizarse únicamente mediante medios tecnológicos e informáticos. (De Freitas, 2009)

En el teletrabajo, para que el patrono pueda garantizar la intimidad del teletrabajador, éste deberá emprender una serie de conductas—o bien, una inhibición de realizar ciertas conductas—mientras ejerce el control o vigilancia sobre el trabajador. A palabras de Sáenz, los teletrabajadores tienen derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el patrono, por lo que sólo puede acceder a los contenidos derivados del uso de estos medios digitales con dos propósitos: controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales y garantizar la integridad de dichos dispositivos. (Sáenz, 2020)

Por otra parte, Poquet, afirma que para el efectivo goce del derecho a la intimidad por parte de los teletrabajadores, éste debe gozar de las siguientes garantías: (1) la inviolabilidad del domicilio del teletrabajador, refiriéndose a que el patrono no podrá ingresar al hogar del teletrabajador sin su previo consentimiento; (2) el secreto en las comunicaciones, el cual consiste en la privacidad que se le debe reconocer a todo trabajador sobre toda la información que envía y recibe a través de las TIC, y ;(3) la protección de datos personales del teletrabajador, pues la gestión informatizada del personal permite que todos los datos concernientes al contrato de trabajo sean incluidos en la base de datos de la empresa. (Poquet, 2018)

Se observó, entonces, que la garantía del patrono del derecho a la intimidad del teletrabajador presupone la intrínseca protección de sus datos personales. En este sentido, la protección de datos personales representa un modo de satisfacción y garantía del derecho a la intimidad sobre el cual gozan los teletrabajadores, pues se busca para protegerlos ante la filtración, uso inadecuado, manipulación o errónea aplicación de datos personales que se encuentren almacenados en bases de datos informáticas de los principales equipos tecnológicos de la entidad de trabajo, y sobre los cuales el patrono es responsable. Es por ello que, a modo de garantizar la protección de estos datos de sus teletrabajadores, el patrono deberá tomar medidas necesarias sobre los medios tecnológicos de la entidad de trabajo, y con los que el teletrabajador realice sus actividades, a los efectos de: (1) permitir el intercambio de información y de datos protegidos, y; (2) evitar la filtración pública o manipulación de dichos datos por cualquier persona.

En razón de todo lo expuesto, autores como Luzón han recomendado que el patrono adopte una serie de conductas que contribuyan a la ciberseguridad en el ejercicio del teletrabajo, tales como: la provisión al teletrabajador de redes privadas de comunicación, y elaborar y poner en práctica políticas de seguridad en el caso de filtración de datos personales. (Luzón, 2020)

B. El derecho a la desconexión digital.

Pérez Amorós define a la desconexión digital como: “un derecho subjetivo (derecho necesario) limitado y limitable a no responder la comunicación del empresario o cargo”. (Pérez, 2020: 260) De tal modo, afirma que el reconocimiento del derecho a la desconexión digital se objetiva a proteger al teletrabajador de la prolongación indebida de la jornada; especialmente de aquellos casos donde el patrono no pretenda dar remuneración económica a cambio de ella. Que el trabajador siga “conectado” de forma irregular durante los descansos o fuera de jornada es una de las manifestaciones de la prolongación indebida de la jornada. (Pérez, 2020)

En este sentido, la desconexión digital faculta al trabajador de desconectarse o dejar de hacer uso de los equipos tecnológicos para la realización de sus actividades informáticas en el trabajo, cuando éste se encuentre en su tiempo de descanso o cuando ya haya finalizado la jornada de trabajo. Por tanto, se le faculta, inclusive, a inhibirse a prestar servicios de fuera de dicha jornada o descanso; y el patrono no podrá sancionarlo por dicha inhibición.

La desconexión digital es un derecho que ha sido progresivamente acogido por legislaciones como la española o la argentina, pero el hecho que éste no sea recogido por un determinado instrumento jurídico no limita al teletrabajador a su goce y ejercicio, pues como lo afirma Jaime (2020), ante estas situaciones, sería necesario que las empresas acuerden condiciones con los teletrabajadores o implementen políticas para garantizar el respeto al tiempo de descanso.

1.3. Las obligaciones del patrono sobre el teletrabajador.

El patrono, como sujeto de la relación de trabajo, deberá dar cumplimiento de ciertas obligaciones fundamentales para el desenvolvimiento de la relación laboral, como: el pago del salario, el respeto debido hacia el trabajador y sus familiares, entre otras. Pero como caso similar sucede con el teletrabajador, las actividades que realiza el patrono en la modalidad de teletrabajo también se verán revestidas de un carácter informático. Esto genera una imputación de obligaciones especiales a los patronos sobre los teletrabajadores, las cuales se relacionan, igualmente, con las tecnologías.

Estudios de autores como Fulladosa, Cataño y Gómez y normas de legislaciones como la argentina, recogen—en esencia—tres obligaciones especiales del patrono: el suministro de medios tecnológicos, que trae como obligación conexa la compensación por gastos relacionados por sus usos, y la garantía de las condiciones de salud y seguridad en el espacio donde se realice el teletrabajo. (Fulladosa, 2015), (Cataño y Gómez, 2014)

A. El suministro de medios tecnológicos y la compensación de gastos por sus usos.

Se entiende al suministro de los medios tecnológicos como una de las obligaciones con las que cuenta el patrono de proveer al teletrabajador de todas las herramientas tecnológicas, recursos informáticos y telemáticos, y cualquier aparato que resulte esencial para que los sujetos dentro de la relación de trabajo puedan comunicarse, y para que el teletrabajador pueda prestar sus servicios de forma efectiva.

En el contexto venezolano, no podrá entenderse este suministro de medios tecnológicos como una percepción salarial, pues como lo dispone el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, no revisten de carácter salarial percepciones o suministros que proporcionaren al trabajador medios, elementos o facilidades para la ejecución de su labor, tales como herramientas, uniformes, implementos de seguridad o provisión de habitación. (Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, 2006: Art. 72 literal D)

Afirma Fulladosa: “Como regla general, el empleador está encargado de proporcionar, instalar y mantener los equipos necesarios para el teletrabajo regular, excepto si el teletrabajador utiliza su propio equipo” (Fulladosa, 2015: párr. 25). Pero en adición, afirma el autor que el cumplimiento de esta obligación también implica que el patrono ha de proporcionar al teletrabajador un servicio adecuado de apoyo técnico. De tal modo, no solo basta con la entrega e instalación de las tecnologías, pues el patrono deberá velar por que éstas sean mantenidas, y deberá poner a disposición del teletrabajador cualquier medio de soporte técnico, cuando éstas presenten averías.

En este sentido, surge para el patrono la obligación adicional de compensar al teletrabajador por todos los gastos adicionales que se le generen por el uso de estos medios tecnológicos con ocasión al trabajo, como el aumento en los costos de electricidad, por ejemplo. Estas obligaciones se correlacionan con aquella establecida sobre la compensación de gastos conexos (Ley Organica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, 2012: Art. 213).

Así lo expresan Casas y Delle Femine, cuyos estudios precisan que esta obligación debe ser reconocida bien sea: en la legislación laboral de los Estados, o bien en el contrato individual de trabajo o la convención colectiva aplicable. A tal efecto, las compensaciones son exigibles en cuanto a los gastos que requieran el establecimiento, funcionamiento y mantenimiento de los medios tecnológicos suministrados; es decir, la electricidad, el mobiliario y el internet. (Casas, 2020) y (Delle Femine, 2020)

B. La garantía de condiciones de salud y seguridad para el teletrabajador.

Al constituir el teletrabajo una nueva forma de organización de trabajo debe entenderse que las condiciones específicas de salud y seguridad podrán variar de las requeridas para un trabajador común. Para el cumplimiento de esta obligación, el patrono debe tomar en cuenta una serie de criterios al momento de establecer medidas destinadas a garantizar estas condiciones de salud y seguridad. Esta obligación general se reconoce en la legislación venezolana en la Ley de Prevención, Condiciones, y Medio Ambiente de Trabajo, en donde menciona que se debe:

[...] garantizar a los trabajadores y trabajadoras, condiciones de seguridad, salud y bienestar en un ambiente de trabajo adecuado y propicio para el ejercicio pleno de sus facultades físicas y mentales, mediante la promoción del trabajo seguro y saludable, la prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades ocupacionales, la reparación integral del daño sufrido y la promoción e incentivo al desarrollo de programas para la recreación, utilización del tiempo libre, descanso y turismo social [...] (Ley de Prevención, Condiciones, y Medio Ambiente de Trabajo, 2005: Art. 1 numeral 1)

Señalan Cataño y Gómez que para determinar óptimas condiciones de salud y seguridad en el teletrabajo, deben considerarse los inconvenientes que se deriven de la aplicación del teletrabajo y del comportamiento inapropiado que asuma el teletrabajador; inconvenientes que pueden ser: (1) de tipo ergonómico (mala ubicación física del puesto de trabajo en el conjunto de la casa, mal equipamiento del espacio físico de trabajo, problemas de luz, etc.); (2) complicaciones con los horarios (trabajar en exceso o poco), y; (3) descoordinación entre el horario laboral y los biorritmos naturales del trabajador. (Cataño y Gómez, 2014)

De Paz *et al.*, por ejemplo, afirman que el patrono tendrá el deber de informar al teletrabajador sobre los riesgos que puedan presentarse en el desempeño de sus funciones, en atención a: (1) riesgos locativos, refiriéndose a aquellos causados por objetos que puedan provocar daño a la salud del teletrabajador; (2) riesgos eléctricos, los cuales son producidos por aparatos eléctricos que presenten fallas; (3) riesgos físicos, haciendo referencia a aquellos derivados de factores ambientales, y; (4) riesgos ergonómicos, los cuales son originados cuando el teletrabajador realiza movimientos de forma inadecuada. (De Paz *et al.*, 2020)

2. Precisiones sobre el trabajo a domicilio en el marco de la legislación de trabajo venezolana.

Ante todo, debe mencionarse que la LOTTT no establece una definición jurídica sobre el trabajo a domicilio, pero a análisis de las disposiciones establecidas dentro del régimen especial del trabajo a domicilio éste puede entenderse como una modalidad especial de trabajo en la que un trabajador presta sus servicios estrictamente desde su domicilio, pudiendo recibir del patrono o no, los medios para la ejecución del trabajo. (LOTTT, 2012: Art. 209 al 217)

En cuanto a la naturaleza jurídica, este ha sido un asunto que ha sido ampliamente discutido por la doctrina, pero ha sido superado en Venezuela, pues la tipificación de esta modalidad especial de trabajo dentro de leyes del trabajo es suficiente para que se le reconozca naturaleza laboral.

Ahora bien, en cuanto a los sujetos, la LOTTT contiene a los dos sujetos partícipes de la relación: patrono y trabajador a domicilio. Define el mismo artículo al trabajador a domicilio como a toda persona que realiza labores remuneradas en su hogar, bajo una relación de subordinación, quienes realizarán sus labores con los medios de ejecución que le son propios o que se le sean suministrados por el patrono. (LOTTT, 2012: Art. 209) Por otra parte, menciona la misma ley que en el marco del trabajo a domicilio, se considerará patrono o patrona, a la persona natural o jurídica que se beneficie o contrate directa o indirectamente al trabajador o la trabajadora a domicilio y, estando obligado al pago de todos los derechos y obligaciones establecidos en la referida ley. La relación de trabajo nacida en el marco del trabajo a domicilio se encontrará investida por una presunción de laboralidad, la cual será de tipo *juris et de jure*, (LOTT, 2012: Art. 209).

Los trabajadores a domicilio no solo gozarán de los derechos equivalentes al trabajador común, como el derecho al salario, al descanso, entre otros derechos; pues, en efecto, la LOTTT les reconoce la protección del goce de derechos laborales inherente a todo trabajador. En específico, enuncia la Ley que los trabajadores a domicilio cuentan con el derecho a la protección a la jornada de trabajo y a los días de descanso, dictaminando que esta clase de trabajadores se registrarán por los límites de la jornada laboral, y tienen el derecho al disfrute y al pago de los días de descanso semanal establecidos en la norma laboral. (LOTT, 2012: Art. 211) Además, gozarán del derecho a la protección al salario, la cual variará dependiendo de si el patrono contrate exclusivamente trabajadores a domicilio, o si el patrono tenga trabajadores comunes y trabajadores a domicilio a su servicio. (LOTT, 2012: Art.

212) Por último, la ley se le reconoce el derecho a la seguridad social, en las mismas condiciones y términos que a los trabajadores comunes. (LOTT, 2012: Art. 209)

Por último, en cuanto a las obligaciones del patrono, reconoce la LOTTT en la parte que el patrono deberá publicar en un lugar visible en los centros de trabajo o en lugares donde se proporciona o reciben el trabajo, los salarios y beneficios que paga por las labores que realizan los trabajadores a domicilio. Además, la misma ley enuncia que el patrono deberá dar una compensación por gastos conexos; es decir, hacer las debidas erogaciones para el mantenimiento de los medios con los que el trabajador realiza sus labores y cubrir otros costos que afecten al trabajador, en razón del trabajo. (LOTT, 2012: Art. 213) Por último, el patrono deberá llevar un debido registro con todos los datos de los trabajadores a domicilio, y deberá proveerles a los trabajadores a domicilio unas libretas donde se les ponga de conocimiento de sus labores, responsabilidades, salarios y beneficios. (LOTT, 2012: Art. 214 y 2015)

3. La regulación del Teletrabajo en Venezuela.

Como en efecto se ha afirmado, actualmente la legislación venezolana no cuenta con normas expresas destinadas a la regulación del teletrabajo. Sin embargo, no puede entenderse que, por falta de regulación normativa, los teletrabajadores no gozarán de una completa protección jurídica para el ejercicio de sus actividades y, en efecto, el ejercicio de su derecho al trabajo; La constitución nacional reconoce a todos los derechos al trabajo:

[...] Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona puede obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo [...] (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: Art. 87)

De igual manera, goza de reconocimiento constitucional la igualdad de trato y equidad entre todos los trabajadores, tal como lo dispone el artículo 88 de nuestra Carta Magna⁶, en cuya interpretación extensiva, no solo debe reconocerse una igualdad entre trabajadores y trabajadoras, sino también entre todos los trabajadores, en cualesquiera que sean sus formas de organización del trabajo.

Es por ello que el teletrabajo, aun cuando no cuente con un régimen especial que lo regule, se considera una forma de organización de trabajo válida en Venezuela, pues tampoco se encuentra expresamente prohibida en ningún instrumento jurídico. En este orden de ideas, sería erróneo afirmar que no existen formas de regulación del teletrabajo en Venezuela, pues aun cuando éste no cuente con una regulación expresa en textos legales, las relaciones patrono-teletrabajador son actualmente reguladas por analogía de las normas del trabajo a domicilio que nos establece la LOTTT.

Señala Arévalo que esta regulación análoga se debe a que la categoría de trabajadores que más se asemeja a los teletrabajadores serían los trabajadores a domicilio, pues ambas modalidades especiales de trabajo han sido tradicionalmente consideradas formas de manifestación del trabajo a distancia. (Arévalo, 2020)

Dado que hasta la actualidad no existe un instrumento internacional destinado a la regulación del teletrabajo ni el trabajo a distancia *per se*, la OIT ha mencionado que existen Convenios de la Organización que revisten importancia en relación con los cambios en el mercado de trabajo a raíz de la propagación de las TIC, como es el caso del Convenio 177/96 de la OIT sobre el Trabajo a Domicilio de 1996. Este convenio ha venido funcionando como un instrumento internacional que, a pesar de no mencionar disposiciones relativas al teletrabajo, sus disposiciones sirven como guía para su regulación internacional.

Pero resulta oportuno mencionar que el mencionado Convenio 177/96 no ha sido ratificado por el Estado venezolano. Por esta razón, el teletrabajo tampoco puede hallar su regulación en Venezuela dentro del marco de las normas del derecho internacional del trabajo.

⁶ Enuncia la referida disposición constitucional que el Estado garantizará la igualdad y equidad de hombres y mujeres en el ejercicio del derecho al trabajo.

No obstante, debe precisarse que las condiciones en las que un trabajador a domicilio presta sus servicios no pueden entenderse como las mismas en las que las desempeña un teletrabajador, pues en concordancia con criterios doctrinales previamente estudiados, la intervención de las TIC produce un efecto directo en el desempeño de sus funciones, siendo imperativo su uso para que pueda estarse en presencia del teletrabajo. En contraposición, los trabajadores a domicilio no dependen estrictamente del uso de tecnologías para realizar sus actividades.

En el contexto venezolano, la falta de normas especiales que regulen modalidades especiales de trabajo trae como consecuencia la equivalencia o el igualamiento de derechos laborales fundamentales para los trabajadores comunes, a los trabajadores especiales; por ejemplo, el derecho al salario, a la sindicalización, entre otros derechos laborales individuales y colectivos, tal como lo enuncia la exposición de motivos de la LOTTT.

A tenor de lo expuesto anteriormente, aun cuando la aplicación análoga de las normas relativas al trabajo a domicilio y otros principios expuestos en la LOTTT. pudiera tener un grado de eficacia para regular el teletrabajo, es evidente que el carácter informático de las actividades que desempeñan los teletrabajadores los hacen susceptibles de una regulación más amplia, que tome en cuenta el impacto de las tecnologías tanto en el ejercicio de los derechos laborales de los teletrabajadores, y en el cumplimiento de las obligaciones del patrono. En efecto, cuando los sujetos de la relación laboral consideren que las normas dispuestas en la ley vigente del trabajo no fueren suficientes para regular la modalidad del teletrabajo, éstos pueden optar por convenir formas adicionales de regulación.

El contrato de trabajo se presenta como una forma de regulación alternativa para reglamentar las formas de actuación del patrono y el teletrabajador, pudiendo el patrono establecer sus obligaciones, y reconocerle derechos de índole informático al teletrabajador, así lo afirma Guilarte. Específicamente, el capítulo II de la LOTTT establece el régimen legal preestablecido para la celebración de contratos de trabajo, disponiendo del artículo 59 para establecer los requisitos esenciales que debe contener todo contrato de esta naturaleza. Dispone el numeral 13° de dicho artículo que el contrato podrá establecer cualquier estipulación lícita que acuerden las partes, además de los otros requisitos enunciados en la norma. (Guilarte, 2020)

De esta forma, tanto el patrono y el teletrabajador se ven habilitados a establecer cláusulas contractuales que se destinen a una mejor regulación de la modalidad del teletrabajo, adicionales a las que establece el artículo 59 de la ley del trabajo. Ahora bien, tal como sucede en cualquier contrato típico de trabajo, éste deberá ser celebrado preferentemente por escrito, caso en el cual, de no celebrarse de dicha forma, se entenderá como cierto todas las afirmaciones que establezca el teletrabajador sobre su contenido, salvo prueba en contrario. (LOTTT, 2012: Art. 58)

Otra alternativa planteada por Guilarte es de establecer las condiciones de la relación bajo modalidad de teletrabajo en las convenciones colectivas. (Guilarte, 2020) A su criterio, indiferentemente del modo mediante el que se regule—sea por contrato individual de trabajo o convención colectiva—estos instrumentos deben reunir un cúmulo de lineamientos de reglamentación del teletrabajo que deben estar incluidos en estos pactos, tales como: el momento de la adopción de la modalidad, lo relativo a la capacitación al teletrabajador, a las condiciones de salud y seguridad, y los derechos y obligaciones del teletrabajador y el patrono, respectivamente.

Resulta oportuno mencionar que aun cuando el teletrabajo halle alternativamente sus formas de regulación por vía contractual, los contratos individuales o colectivos suscritos entre los teletrabajadores y sus patronos, no podrán contrariar las normas ni principios dispuestos en la CRBV, la LOTTT, el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, ni el Reglamento Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, sobre el Tiempo de Trabajo.

Ahora bien, la cuestión de la naturaleza jurídica del teletrabajo en Venezuela se responde siguiendo los criterios doctrinales previamente expuestos: en un sentido amplio, si el teletrabajador presta sus servicios por cuenta propia, entonces la naturaleza de los servicios que presta es de tipo civil, pues sus servicios no se regulan por normas laborales algunas. Por el contrario, si el teletrabajador suscribe un contrato de trabajo—indiferentemente de que establezca cláusulas específicas para regular el teletrabajo—entonces se entiende que éste se encuentra en

una relación de subordinación, la cual se rige por normas del trabajo y, por tanto, la relación patrono-trabajador se constituye como una relación de naturaleza laboral.

4. El teletrabajo en el contexto legislativo latinoamericano.

En el presente punto se pretende describir la positivización del teletrabajo en Latinoamérica, realizando un estudio de derecho comparado sobre diversos instrumentos legales reguladores del teletrabajo. Como referencia, se utilizarán instrumentos jurídicos provenientes de Argentina, Chile y México; con el propósito de determinar tendencias comunes sobre la regulación legal del teletrabajo a nivel latinoamericano, y que pudiera acoger como referencia el legislador venezolano en el caso de crear normas para regular el teletrabajo.

A. México.

Entra en vigencia en enero del año 2021 un Decreto Presidencial que modifica disposiciones de la Ley Federal del Trabajo de México, y que incluye nuevas normas en materia de teletrabajo. A tal efecto, se incluye en la referida ley el artículo 330-A, el cual anuncia como definición jurídica de teletrabajo:

El teletrabajo es una forma de organización laboral subordinada que consiste en el desempeño de actividades remuneradas, en lugares distintos al establecimiento o establecimientos del patrón, por lo que no se requiere la presencia física de la persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo, en el centro de trabajo, utilizando primordialmente las tecnologías de la información y comunicación, para el contacto y mando entre la persona trabajadora bajo la modalidad de teletrabajo y el patrón.

Esta definición adopta tres elementos esenciales y caracterizadores del teletrabajo: la distancia, el uso de las TIC para prestación de servicios y otras actividades, y cuyo uso genera una nueva forma de organización laboral. No obstante, dispone la ley mexicana que solo en aquellas relaciones laborales donde se establece teletrabajo por un tiempo mayor al cuarenta por ciento (40%) de la jornada laboral, podrá la modalidad ser considerada como teletrabajo. A tal efecto, se excluye el teletrabajo “esporádico”, y se reconoce el teletrabajo en una jornada parcial, aunque con dicha limitación, pues así lo dispone las partes *in fine* del artículo 330-A de la ley.

Además, en cuanto a la adopción de la modalidad, precisa el artículo 330-G que el teletrabajo solo se adoptará cuando el teletrabajador manifieste su voluntad para ello, bien sea al inicio de la relación o en su transcurso, pudiendo el teletrabajador solicitar la reversión a la modalidad presencial o tradicional en cualquier momento. Solo bajo los casos de fuerza mayor, se verá forzado el inicio de la modalidad del teletrabajo.

En cuanto a las obligaciones especiales para el patrono sobre el teletrabajador, de las cuales se destacan mayormente en el artículo 330-E de la referida ley, siendo: el suministro de medios tecnológicos y la compensación por sus usos (literales I y III), la garantía de las condiciones de salud y seguridad (literal IV), la capacitación para el uso de los medios tecnológicos (literal VIII), y el respeto a los derechos de los teletrabajadores.

Respecto a los derechos de los teletrabajadores, menciona el artículo 330-E que el patrono deberá garantizar a los teletrabajadores, la privacidad de datos personales (literal V), y el derecho a: la desconexión digital (literal VI). Además, reconoce el artículo 330-I el derecho a la intimidad del teletrabajador, y retoma la obligación de protegerse sus datos personales. Finalmente, se enuncia para los teletrabajadores un catálogo de obligaciones que deberán cumplir durante el transcurso de la modalidad del teletrabajo, los cuales en esencia, versan sobre el resguardo de los equipos tecnológicos y el cumplimiento de normas empresariales. Estas obligaciones se enuncian en el artículo 330-F de la referida Ley.

B. Chile.

El teletrabajo se regula en Chile según la Ley 21220 de 2020. Enuncia el artículo 152 quáter G de la ley, una definición jurídica de teletrabajo, señalando: “Se denominará teletrabajo si los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios”. A efectos de esta definición, también podrán ser considerados teletrabajadores aquellos

trabajadores que presten sus servicios mediante una forma de organización tradicional del trabajo, siempre que sea las tecnologías sean el medio único o esencial por el cual éstos puedan entregar o reportar los resultados de sus actividades o servicios.

En cuanto al tiempo de inicio de la modalidad, enuncia artículo 152 quáter G, que las partes podrán pactar al inicio o durante la vigencia de la relación laboral, en el contrato de trabajo o en documento anexo al mismo, la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo; es decir, la causa jurídica de la constitución de la modalidad de teletrabajo no es exclusiva desde el inicio de la relación patrono-trabajador. Además, en cuanto a las modalidades, establece el artículo 152 quáter H que el lugar de donde el teletrabajador vaya a prestar el servicio deberá ser fijado de común acuerdo ente éste y el patrono. De tal modo, reconoce la ley que el teletrabajo podrá ser realizado: en el domicilio del teletrabajador, de forma móvil o itinerante o, en un centro de trabajo⁷. No obstante, no será reconocida la modalidad de teletrabajo si el trabajador presta sus servicios desde un telecentro⁸, pues así lo indica la parte *in fine* del mencionado artículo.

El artículo 152 quáter J de la ley, el cual dispone sobre la jornada laboral que el teletrabajo puede ser realizado de forma total o parcial. Se reconoce, además, la flexibilización de la jornada de trabajo de los teletrabajadores.

Las obligaciones especiales del patrono sobre el teletrabajador recogidas en la ley Ley 21220 son: el suministro de los medios tecnológicos (artículo 152 quáter L), la garantía de la salud y seguridad en el espacio donde el teletrabajador realice sus actividades tecnológicas (artículo 152 quáter N). Por otra parte, los derechos reconocidos a los trabajadores en dicha ley son: el derecho a la desconexión digital (artículo 152 quáter J), a la sindicalización (artículo 152 quáter M), y el acceso a las instalaciones físicas de la empresa (artículo 152 quáter).

C. Argentina.

El teletrabajo en Argentina se regula por la Ley 27555 de 2020 sobre el Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo. El artículo 2 de dicha ley enuncia la modificación del artículo 102 de la Ley de Contrato de Trabajo, incluyendo una definición sobre teletrabajo, siendo:

Habrá contrato de teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios [...] sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación.

Recoge este concepto las modalidades de teletrabajo según el lugar en el que el teletrabajador presta el servicio, pues reconoce que el teletrabajo puede ser prestado en el domicilio del trabajador, o cualquier otro lugar diferente a las instalaciones de la entidad de trabajo. A efectos de la Ley 27555, la modalidad del teletrabajo podrá ser adoptada, bien al inicio de la relación de trabajo, o durante su vigencia, y siempre que los trabajadores lo hagan de forma voluntaria y manifestando esta voluntad por escrito⁹; a excepción de los casos de fuerza mayor. Se reconoce, inclusive, la reversibilidad de la modalidad de teletrabajo; pues así lo dispone el artículo 7 de la ley. Además, en cuanto a la jornada laboral, el artículo 4 de la ley dispone que: “La jornada laboral debe ser pactada previamente por escrito en el contrato de trabajo de conformidad con los límites legales y convencionales vigentes, tanto en lo que respecta a lo convenido por hora como por objetivos”.

En cuanto a los derechos que se les reconocen a los teletrabajadores, enuncia la referida ley que los derechos y obligaciones de los teletrabajadores serán equivalentes a aquellos de los de un trabajador común. Y en cuanto a los derechos reconocidos a los teletrabajadores, encontramos: el derecho a la desconexión digital (artículo 5), a la intimidad (artículo 15), a la protección de datos personales (artículo 16), al gozo de derechos colectivos del trabajo (artículo 12), y a la compensación de gastos (artículo 10).

⁷ El centro de trabajo es cualquier lugar alejado de las instalaciones de la entidad de trabajo en el cual el teletrabajador desempeña sus actividades, no confundiendo este lugar con su domicilio. (Saco Barrios, 2007).

⁸ El telecentro es un tipo de centro de trabajo del que el patrono es propietario, y el cual se encuentra equipado de todas las tecnologías necesarias para ponerlo a disposición de sus teletrabajadores, y que éstos puedan realizar sus actividades.

⁹ Véase artículo 7 de la Ley 27555.

Y, sobre las obligaciones especiales atribuibles al patrono, se enuncia el suministro de los medios tecnológicos, la capacitación, y la garantía de condiciones de salud y seguridad en el espacio donde se preste el servicio. Al momento de suministrar los medios tecnológicos, también concurre su mantenimiento, reparación y compensación por algún gasto conexo que haya podido ser provocado por el uso de las tecnologías con ocasión al trabajo.

4.1 Tendencias jurídicas de regulación del teletrabajo en Latinoamérica.

Realizado el análisis de derecho comparado sobre diversos instrumentos normativos que regulan el teletrabajo en Latinoamérica, se identifica una serie de similitudes en cuanto a la adopción de la modalidad, jornada de trabajo, modalidades de teletrabajo, derechos y obligaciones. Estas numerosas similitudes podrían considerarse como tendencias jurídicas de regulación del teletrabajo; es decir, aspectos jurídicos sobre el teletrabajo sobre los cuales se inclina América Latina para poder actualizar o producir nuevos instrumentos jurídicos sobre teletrabajo.

En cuanto a la adopción de la modalidad, se observa que existe una tendencia de reconocer la adopción de la modalidad del teletrabajo bien sea al inicio de la relación de trabajo, o durante su transcurso, y siempre que el trabajador manifieste su voluntad para adoptarla, salvo casos de fuerza mayor. Además, se apunta hacia la posibilidad de reversibilidad de las modalidades.

Ahora bien, en cuanto a la jornada de trabajo, se evidencia como semejanza entre las legislaciones estudiadas, se evidencia que la tendencia sea de reconocer jornadas totales o parciales en el teletrabajo, asunto que será convenido entre el patrono y el teletrabajador. Por otra parte, en cuanto a las modalidades del teletrabajo, se evidencia que Latinoamérica apunta hacia el reconocimiento del teletrabajo móvil, en un centro de trabajo (excluyéndose los telecentros), o en el domicilio del teletrabajador.

En cuanto a los derechos de los teletrabajadores, resulta evidente que los ordenamientos jurídicos latinoamericanos opten por equivalerles todos los derechos laborales fundamentales e inherentes a los trabajadores comunes, bien sean derechos individuales o colectivos. Además, se apunta comúnmente hacia el reconocimiento del derecho a la desconexión digital y a la intimidad.

Por último, en cuanto a las obligaciones del patrono sobre el teletrabajador, se observa que la tendencia sea que se le impute al patrono la obligación de suministrar al teletrabajador los medios tecnológicos, cubrir con los gastos por sus usos, la capacitación, y garantizar las condiciones de salud y seguridad, además de las otras obligaciones establecidas en las respectivas leyes sustantivas del trabajo.

Conclusiones

Siendo considerado el teletrabajo como una manifestación del trabajo a distancia, se aplican por analogía las normas referidas al régimen de trabajo a domicilio señalado en la LOTTT para su regulación en Venezuela, debido a la cierta similitud en sus naturalezas. No obstante, tal como se ha evidenciado de acuerdo a lo desarrollado en esta investigación, el uso imperativo de las TIC en la prestación de servicios hace del teletrabajo una forma de organización del trabajo especial, donde las actividades son restrictivamente realizadas mediante equipos tecnológicos; cosa que no necesariamente ocurre en el trabajo a domicilio. En consecuencia, se generan diferencias ostensibles en cuanto a la naturaleza jurídica, sujetos, derechos del trabajador y obligaciones del patrono entre el teletrabajo y el trabajo a domicilio.

Se identifica como primera diferencia entre ambas modalidades, a la naturaleza jurídica; pues el Teletrabajo cuenta con doble naturaleza jurídica: (1) civil, si se ejerce la actividad por cuenta propia o si no existen normas laborales que lo regulen, y: (2) laboral, si se ejerce bajo una relación de subordinación y/o sea jurídicamente reconocida la modalidad por leyes del trabajo. Por otra parte, en Venezuela, el trabajo a domicilio adquiere naturaleza estrictamente laboral, pues esta modalidad especial se acoge dentro de forma expresa dentro de la LOTTT.

En cuanto a los sujetos, ambas modalidades se componen de un trabajador y un patrono, con la especial precisión que en el teletrabajo, el trabajador es denominado “teletrabajador”. El teletrabajador realizará sus actividades mediante el uso de las TIC y cualquier lugar fuera de las instalaciones de la entidad de trabajo. El patrono del teletrabajador lo contratará para que realice actividades estrictamente mediante equipos tecnológicos. Por el contrario, el trabajador a domicilio realiza sus actividades mediante cualquier medio de ejecución y estrictamente en su hogar, y su patrono lo contratará para que realice cualquier actividad que pueda ser completada en su hogar, no necesariamente mediante las TIC.

En cuanto a las obligaciones del patrono, en el caso del trabajo a domicilio, la LOTTT (2012) le imputa las obligaciones de: compensar a los trabajadores a domicilio por gastos conexos, publicar sus salarios y beneficios, hacérselos saber mediante una libreta que será provista a ellos, y llevar un registro de todos estos trabajadores. Pero en el caso del teletrabajo, la doctrina y la mayoría de las legislaciones extranjeras estudiadas en este artículo, reconocen que el patrono tendrá la obligación de: suministrar los medios tecnológicos, compensar los gastos relacionados a sus usos y a garantizar las condiciones de salud y seguridad.

Y, en cuanto a los derechos del trabajador, la LOTTT (2012) les reconoce a los trabajadores a domicilio los derechos a la seguridad social, a la protección al salario y a la protección a la jornada de trabajo y al descanso. Pero en contraposición, se observa que la doctrina y legislaciones extranjeras reconocen que los teletrabajadores gozarán de los derechos a la intimidad, a la privacidad de datos personales y a la desconexión digital

En virtud a las referidas diferencias, las normas reguladoras del trabajo a domicilio resultan insuficientes para regular el teletrabajo en Venezuela, debido al carácter informático de las actividades que prestan los teletrabajadores. Como respuesta a esta problemática, se ha concluido que el teletrabajo puede ser adicionalmente regulado mediante pacto entre el patrono y el teletrabajador, cuando se teletrabaje por cuenta ajena, bien sea a través del contrato de trabajo o una respectiva convención colectiva. Pero aun existiendo estas alternativas de regulación, no puede existir omisión por parte del Estado venezolano de reconocer legalmente nuevas modalidades de trabajo que surjan, tal como lo expresa la exposición de motivos de nuestra ley de trabajo. La producción legislativa de textos reguladores de estas nuevas modalidades—como el teletrabajo—representa una forma de garantía Estatal del ejercicio al derecho del trabajo, respetando el carácter tuitivo de las normas laborales.

Observando que Latinoamérica ha tenido un creciente y novedoso avance en la regulación jurídica del teletrabajo, sobre todo por la pandemia del COVID-19, se ha llegado al punto de poder determinar cuáles son las presentes tendencias jurídicas de su regulación en el hemisferio.

Al estudiar mediante el derecho comparado diversos textos jurídicos provenientes de Estados como Argentina, Chile y México, se encontraron ciertas bases sobre cómo debería ser regulado el teletrabajo (al menos en un contexto latinoamericano); obteniendo como resultado del análisis que para regular esta modalidad no solo basta con equivalerle derechos de los trabajadores comunes a los teletrabajadores, sino que también deben producirse normas destinadas a determinar la adopción de la modalidad de teletrabajo, resolver el asunto de la jornada de trabajo, reconocer las modalidades admitidas del teletrabajo y—por supuesto—reconocer los derechos y obligaciones especiales de los teletrabajadores y sus patronos. De tal modo, estas tendencias jurídicas pudieren servir como marco de referencia en la eventual y urgentemente requerida creación de normas reguladoras del teletrabajo en Venezuela.

Referencias

ARÉVALO, Gabriela. 2020. “Aspectos legales del teletrabajo en Venezuela”. En: <https://actualidadlaboral.com.ve/seccion/detalles/aspectos-legales-del-teletrabajo-en-venezuela>. Fecha de consulta: 5 de marzo de 2021.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1999. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. En Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.680 de fecha 30 de diciembre de 1999.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2005. **Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo**. En Gaceta Oficial N° 38.236 de fecha 206 de julio de 2005.

CASAS, Josep. 2020. “**La próxima batalla laboral: las compensaciones por el teletrabajo**”. En https://www.economiadigital.es/politica-y-sociedad/proxima-batalla-laboral-compensaciones-teletrabajo_20101183_102.html. Fecha de consulta: 1 de marzo de 2021.

CASTILLO, José Alejandro. 2016. “El teletrabajo y la importancia de su adopción en los sistemas jurídicos laborales de los países centroamericanos”. En **Cuaderno Jurídico y Político**, Vol. 2, No 6. Universidad Politécnica de Nicaragua. Managua.

CATAÑO, Sara y GÓMEZ, Natalia. 2014. “El concepto de teletrabajo: aspectos para la seguridad y salud en el empleo”. En **Revista CES Salud Pública**, Vol. 5, No 1. Universidad CES. Medellín.

CONFERENCIA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1996. **Convenio 177/96 sobre el Trabajo a Domicilio**. Adoptado en la 83ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de fecha 20 de junio de 1996.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. 2020. **Ley 27555 sobre Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo**. En Boletín Oficial bajo el Decreto 673/2020 de fecha 14 de agosto de 2020.

CORREA-PRIETO, Fiorella. 2015. “**El Teletrabajo: Una Nueva Forma de Organización del Trabajo**”. Tesis de Grado. Universidad de Piura. Piura.

DE FREITAS, Jair. 2009. “**El derecho a la intimidad como límite de poder de control y vigilancia del patrono**”. Trabajo Especial de Grado. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.

DE PAZ, Natalia; MENDOZA, Katuska y SEPÚLVEDA, Teylú. 2020. “**Seguridad e Higiene en el Teletrabajo ante la COVID-19**”. En <https://lega.law/lega-in-depth-27/>. Fecha de consulta: 5 de marzo de 2021.

DELLE FEMINE, Laura. 2020. “**Qué gastos tiene que pagar la empresa y otros puntos que el decreto del teletrabajo no aclara**”. En <https://elpais.com/economia/2020-09-23/que-gastos-tiene-que-pagar-la-empresa-y-otros-puntos-que-el-decreto-del-teletrabajo-no-aclara.html>. Fecha de consulta: 1 de marzo de 2021.

FULLADOSA, Miquel. 2015. “**Teletrabajo: Aspectos normativos y dudas comunes**”. En <https://prevencontrol.com/prevenblog/teletrabajo-aspectos-normativos-y-dudas-comunes/>. Fecha de consulta: 2 de marzo de 2021.

GUILARTE. Reinaldo. 2020. “**Regulación del Teletrabajo**”. En <https://naymaconsultores.com/la-regulacion-del-teletrabajo-en-venezuela/>. Fecha de consulta: 5 de marzo de 2021.

JAIME, Daniel. 2020. “**Venezuela: El derecho a la desconexión, una aproximación local en tiempos de Covid-19**”. En https://actualidadlaboral.com.ve/seccion/detalles/venezuela-el-derecho-a-la-desconexion-una-aproximacion-local-en-tiempos-de-covid-19#_ftn5. Fecha de consulta: 1 de marzo de 2021

LUZÓN, Loli. 2020. “**Teletrabajo y Protección de Datos**”. En <https://maserlegal.es/proteccion-de-datos/teletrabajo-proteccion-datos/>. Fecha de consulta: 1 de marzo de 2021.

MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 2020. **Ley N° 21220 que Modifica el Código del Trabajo en materia de Trabajo a Distancia**. En Diario Oficial Núm. 42.615 de fecha 26 de marzo de 2020.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO 2020a. “**Definición y medición del trabajo a distancia, el teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo basado en el domicilio**”. En <https://www.ilo.org/>

wcm5/groups/public/---dgreports/--- stat/documents/publication/wcms_758333.pdf. Fecha de consulta: 07 de abril de 2021.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO 2020b. “**Manual de Buenas Prácticas en el Teletrabajo**”. En https://www.ilo.org/wcm5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_bai_pub_143.pdf. Fecha de consulta: 07 de abril de 2021.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 2016. “**Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) y financieros**”. En https://www.ilo.org/wcm5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_531116.pdf. Fecha de consulta: 1 de marzo de 2021.

PALACIOS, María. 2017. “**El teletrabajo: hacia una regulación garantista en el Ecuador**”. Tesis de grado. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Quito.

PÉREZ AMORÓS, Francisco. 2020. “Derecho de los trabajadores a la desconexión digital: *mail on holiday*”. En *Nueva Época*, Vol. 14, No 45. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México. Puebla.

POQUET, Raquel. 2018. “La protección del derecho a la intimidad del teletrabajador”. En *Lex Social*, Vol. 8, No 1. Universidad Pablo de Olavide. Sevilla.

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2006. **Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo**. En Gaceta Oficial N° 4.447 de fecha 25 de abril de 2006.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2012. **Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras**. En Gaceta Oficial N° 6.076 de fecha 07 de mayo de 2012.

PRESIDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2021. **Decreto por el que se reforma el artículo 311 y se adiciona el capítulo XII Bis de la Ley Federal del Trabajo, en materia de Teletrabajo**. En Diario Oficial de fecha 11 de enero de 2021 – Edición Matutina.

SACO BARRIOS, Raúl. 2007. “El teletrabajo”. En *Derecho PUCP*, No. 60. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

SÁENZ, Maite. 2020. “**Los 6 derechos digitales de los teletrabajadores**”. En <https://www.observatoriorh.com/orh-posts/los-6-derechos-digitales-de-los-teletrabajadores.html>. Fecha de consulta: 1 de marzo de 2021.

THIBAUT ARANDA, Javier; FANDOS, José; BRIZ, José y ÁLVAREZ, Juan. 1998. “El teletrabajo”. En *Acciones e Investigaciones Sociales*, N°8. Universidad de Zaragoza. Zaragoza.

Sucesión a Título Universal y las Disposiciones Testamentarias¹

Diangela Alexandra Sacco Urdaneta²

Luis Alberto Acosta Vásquez³

Resumen

La presente investigación, tuvo como objetivo general analizar la situación jurídica de la sucesión a título universal frente a la disposición patrimonial realizada por el causante vía testamentaria y de este modo precisar el límite de la responsabilidad patrimonial, que se origina en la persona del heredero y del legatario y conforme a estos límites visualizar los posibles vacíos legales que dan paso a una potencial vulneración al tan fundamental principio de la seguridad jurídica. Los teóricos principales que sustentaron la investigación fueron: Esparza (1993), Sojo (1982), López (2009), entre otros. La investigación fue de tipo aplicada, con un alcance socio jurídico, de diseño documental, el método utilizado fue el análisis y síntesis de la investigación. Se concluyó que la falta de regulación en materia de disposiciones testamentaria le permite al testador manipular el principio de la voluntad póstuma con el objeto de evadir obligaciones y defraudar a sus acreedores.

Palabras clave: Responsabilidad patrimonial, sucesión, seguridad jurídica.

Succession on a Universal Basis and Testamentary Dispositions

Abstract

This investigation had as general objective to analyze the legal status of succession on a universal basis, against the property disposal made by the deceased through a will and like this, specify the limit of the property liability that originates in the person of the heir and the legatee, and according to these limits, visualize the possible legal gaps that lead to a potential violation of the fundamental principle of legal certainty. The main authors who supported the research were: Esparza (1993), Sojo (1982), Lopez (2009), among others. This research was based on an applied method, with a socio-legal scope, documentary design and using the analysis and synthesis. It was concluded that the lack of regulation regarding testamentary provisions allows the testator to manipulate the principle of posthumous will, in order to evade obligations and defraud its creditors.

Key words: property liability, succession, legal certainty.

¹ Recibido: 07/04/2021 Aceptado: 12/06/2021

Este artículo es derivado del Trabajo Especial de Grado titulado: “Sucesión a Título Universal y las Disposiciones Testamentarias” en la Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo-Venezuela.

² Abogada. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: Diangelasacco@hotmail.com

³ Abogado. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: laav2071@gmail.com

Introducción

El derecho sucesorio nace con la necesidad de regular relaciones jurídicas, producto de la muerte de un sujeto de derecho. Por lo que tenemos que el derecho sucesorio es aquel conjunto de normas que tienen por objetivo regular el destino del patrimonio de una persona natural, posterior al hecho de su muerte, el artículo 1,163 del Código Civil venezolano (1942), establece una presunción, en virtud de la cual la ley considera que aquel que contrata lo hace para sí y sus herederos y causahabientes, cuando no se ha convenido lo contrario, lo que implica la continuidad del patrimonio del causante en la persona del heredero o legatario, para (Sojo 1982: 307) el fundamento del derecho sucesorio “estriba en la necesidad no solo moral, sino social, política y económica de que la muerte no rompa las relaciones jurídicas de quien deja de existir, asegurando que estas continúen vigentes a través de sus herederos y causahabientes”. Con el objetivo de resguardar no solo al causante, sino además a quienes en vida mantuvieron relaciones jurídicas con él, establece la necesidad de que estas relaciones jurídicas sobrevivan a la muerte de la persona, con la finalidad de asegurar la estabilidad económica de los grupos sociales.

El Código Civil (1942) establece en su artículo 796, los medios de transmisión y adquisición patrimonial, entre estos la sucesión, que bien puede ser *inter vivos* o sucesión *mortis causa*, a los efectos de esta investigación, abordaremos únicamente la sucesión *mortis causa*, que para (Sojo 1942: 309) “es aquella mediante la cual, a causa de la muerte de un sujeto de derecho, se realiza una transferencia de estos derechos a otro u otros sujetos, que continúan vivos”. Lo que hace necesario aclarar que son objeto de transmisión solo aquellos derechos que no se extinguen con el hecho de muerte de la persona natural, debido a que dentro de las categorías de los derechos nos encontramos aquellos personalísimos, que solo pueden ser ejercidos por la persona del *de cuius*, como ejemplo el usufructo.

El patrimonio de un sujeto de derecho está conformado por un conjunto de bienes, derechos y obligaciones reconocidos por el derecho como una universalidad jurídica, lo que nos permite asegurar que las obligaciones bien pueden ser objeto de transmisión patrimonial, en principio el sucesor adquiere tanto los derechos como las obligaciones obtenidas por el difunto en vida, en algunos casos podría ocurrir que el sucesor adquiriera algunos derechos y ninguna obligación, lo que nos exige diferenciar entre un sucesor a título universal y un sucesor a título particular, el primero de estos es aquel reconocido por la doctrina y nuestra legislación como heredero, el heredero es aquel que sucede activa y pasivamente al causante, de manera total y absoluta de acuerdo a los lineamientos establecidos en nuestro Código Civil (1942) mientras que el sucesor a título particular denominado legatario, sucede al causante solo en los derechos y obligaciones que se refieren exclusivamente a un bien o un conjunto de bienes determinado, que fueron expresamente señalado por el causante vía testamentaria, por lo que perfectamente puede presentarse la transmisión de un bien sobre el cual no recae ninguna obligación, nuestra investigación tiene por finalidad determinar el límite de la responsabilidad patrimonial, producto de aquellos derechos y obligaciones transmitidos bajo la modalidad de sucesión a título universal y sucesión a título particular, buscando resguardar el derecho de quienes en vida mantuvieron relaciones jurídicas con el causante y que aun después de la muerte del *de cuius* requieren del cumplimiento satisfactorio de las obligaciones contraídas con este.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico Venezolano son pocas las limitaciones legales impuestas para regular las disposiciones vía testamentaria, siendo estas únicamente las incapacidades y la legítima, cuando el testador cumple a cabalidad esta obligación, posee la libertad de disponer del total de sus activos patrimonial vía testamentaria, siempre que este incluidos dentro de sus disposiciones los herederos legitimarios, transmitiendo el sobrante de su patrimonio, conforme a los lineamientos contemplados en la ley que regulan la sucesión a título universal, constituyéndose una herencia dañosa, en la que el pasivo hereditario supera al activo y careciendo de suficientes activos que administras para alcanzar la satisfacción de las obligaciones contraídas por el causante en vida y es en este momento donde nuestra legislación carece de medios óptimos que garanticen el principio de la seguridad jurídica, afectado el equilibrio y estabilidad económico-social de la población.

1. Las formas de transmisión patrimonial por acto *mortis causa*.

La palabra *mortis causa* es una expresión de la lengua latín, cuya traducción al idioma castellano sería “por causa de muerte” y se refiere a los efectos que se producen en ocasión a la muerte de un individuo, consecuencias que serían reguladas por el derecho sucesorio, el cual para Sojo Bianco es “Aquel conjunto de normas jurídicas que, dentro del derecho privado, regulan el destino del patrimonio de una persona natural, después de su muerte” (Sojo, 1982:305). La muerte es un hecho jurídico, comprendido como el fin de la vida, producto de acontecimientos sobrevenidos o por causas naturales, que traen consigo una serie de consecuencias relevantes para el mundo del derecho, las cuales para Yury Naranjo “Son aquellos que son debidos a causa no dependientes de la voluntad humana” (Naranjo, 1975:188) la consecuencia inmediata a la muerte de un individuo es la apertura de la sucesión, acontecimiento que solo puede ser regulado a través de las normas impuestas por el derecho sucesorio, con la finalidad de determinar el destino de los bienes, derechos y obligaciones que conforman el patrimonio del causante.

La doctrina venezolana que nutre el derecho sucesorio, divide la sucesión en dos tipos, la primera de estas es conocida como sucesión a título universal, la cual para López Herrera “Se entiende por sucesión universal o a título universal, el cambio de la titularidad de la totalidad de las relaciones jurídicas de carácter patrimonial de una persona” (López, 2009:19) por lo que su principal característica radica en que la sucesión universal trasmite la totalidad de las relaciones jurídicas celebradas en vida por el causante, lo que implica una transmisión global desde el objeto que integra la relación jurídica, hasta la obligación que de esta se desprende, a la persona del sucesor, que en este caso se denomina heredero.

El segundo tipo de sucesión se conoce como sucesión a título particular o sucesión particular la cual para López Herrera es “El cambio de la titularidad de una o más relaciones jurídicas de carácter patrimonial, determinadas individualmente, es decir individualizadas. Este tipo de sucesión puede resultar de un acto entre vivos o por causa de muerte” (López, 2009:19) la sucesión a título particular que deriva de actos entre vivos están referidas a la donación, la venta, la dación en pago entre otros medios de transmisión de la propiedad consagrados en el Código Civil (1942) pero que no forman parte de los medios de transmisión *mortis causa*. Sin embargo la sucesión a título particular también puede originarse en ocasión a la muerte de un individuo y esto solo es posible a través de la figura del legado, en la cual el causante determina el destino de un bien, derecho u obligación determinado a un sujeto que puede o no ser heredero mediante la creación de un testamento, la principal característica de la sucesión particular es la individualidad, debido a que solo será transmitido bajo esta modalidad únicamente lo expresado en el testamento.

Comprendida la diferencia fundamental entre la sucesión universal y la sucesión particular es importante abarcar nuevamente el desarrollo de la sucesión a título universal, Sojo Bianco establece que “La sucesión universal es una *universitas iuris*, una universalidad de derechos, entendiendo en este complejo patrimonial no solo derechos propiamente, sino también las obligaciones del sujeto que fallece, en tantos estos derechos y obligaciones no sean por su propia naturaleza intransferibles” (Sojo, 1982:311).

Esta universalidad de derechos conocida como herencia se encuentra conformada por dos aspectos, el primero de estos es el aspecto objetivo que hace referencia a la totalidad de las relaciones jurídicas dejadas por el causante a su muerte, y el segundo de estos es aspecto subjetivo el cual para Sojo Bianco, se define como “la subrogación del heredero en los derechos y obligaciones del causante, y en la condición que aquel asume como consecuencia de tal hecho” (Sojo, 1982:316) de esta manera se configura la oportunidad en la cual el heredero subentra en la condición del causante, es decir en el total de las relaciones jurídicas dejadas a su muerte, creándose la ilusión de una continuidad del patrimonio del causante en la persona del heredero. La doctrina venezolana aporta un conjunto de principios que orientan la sucesión universal y sus efectos:

1. El heredero continúa y representa la voluntad del causante.

Sería errado afirmar que con la muerte del *de cuius* se configura una especie de transmisión de la personalidad del causante, debido a que la personalidad se extingue en el mismo momento en que se presenta el hecho de la desaparición física del difunto, como tampoco podríamos afirmar que la voluntad del causante pasa a ser un mandato para el heredero, por lo que López Herrera explica:

La muerte del causante no determina, ni puede determinar, un espacio o vacío alguno, en cuanto a la titularidad de las relaciones que constituyen la herencia, pues se considera que las mismas pasan automáticamente al patrimonio del nuevo titular (heredero) en el preciso instante del fallecimiento del anterior (causante). (López 2009:29)

La sucesión es la garantía de una continuidad en el patrimonio del causante, que será ejercida por la persona del heredero, una vez configurada la aceptación de la herencia, buscando que este asuma la posición antes contraída por el *de cuius* en cada una de las relaciones jurídicas que conforma su patrimonio.

2. La circunstancia de que haya más de un heredero no afecta la unidad conceptual del patrimonio hereditario.

Este principio nos determina que aun ante la existencia de varios herederos, la herencia siempre será considerada una universalidad jurídica, un todo, por tanto no se disgrega, debido a que la transmisión se da en ocasión a un único patrimonio, que será transmitido de acuerdo a la cuota correspondiente a cada heredero, de esta manera Lopez Herrera explica que:

Por ser la herencia nomen juris, no es susceptible de división en partes materiales: por tal motivo, si en una sucesión universal hay varios sucesores, a cada uno de ellos debe corresponder una fracción ideal del patrimonio hereditario, considerada en relación con el todo, es decir, una parte alícuota. En consecuencia la circunstancia de que existan varios sucesores universales, no disgrega la unidad conceptual del patrimonio hereditario, pues simplemente determina que a cada uno de ellos corresponde un derecho de propiedad sobre toda esa unidad. (López 2009:29).

3. Puede haber a la vez sucesión universal y sucesión particular.

Este principio hace referencia a la coexistencia, de sucesores a título universal y a título particular en una única oportunidad, para (Sojo 1982:312) “la universalidad de la adquisición no se opone que una o varias relaciones singulares (legado) se atribuyan a otras personas distintas de los herederos”. Por lo que tenemos que la sucesión universal y la sucesión particular no son excluyentes entre sí.

4. Puede haber a la vez sucesión universal testamentaria e intestada.

La legislación venezolana concibe la concurrencia de una institución vía testamentaria de sucesores universales y *ab intestato*, para (López Herrera 2009:31) “pueden coexistir respecto de una misma herencia, la institución testamentaria y la sucesión *ad intestato* de sucesores universales”, esto se presenta cuando en una única sucesión se han instituido herederos vía testamentaria, y a su vez por ser insuficiente lo dispuesto por testamento la ley suple la voluntad del causante, transmitiendo parte del patrimonio de acuerdo a lo regulado por el ordenamiento jurídico .

5. La transmisión patrimonial que determina la sucesión a título universal, no modifica las relaciones jurídicas o de hecho que correspondían a la persona que fallece.

Este principio consagra, que la sucesión en general bien sea *mortis causa* o *inter vivos*, implica una transmisión patrimonial sin alterar el objeto de las relaciones jurídicas que la integra, para (López 2009:31) “la sucesión concite en el simple cambio de la titularidad de una relación jurídica patrimonial, sin modificación en el objeto o conteniendo de la misma”, de manera que el derecho sucesorio garantiza el cumplimiento de las obligaciones que se desprende de la herencia o del legado, en los términos que fueron acordadas por el difunto en vida.

6. La aceptación de la herencia produce confusión de los patrimonios del difunto y de su heredero.

Una vez dada la aceptación pura y simple del llamado a suceder, pasa a ser reconocido como heredero, momento en el cual se configura la confusión entre el patrimonio del sucesor y la del causante, lo que le permite a los acreedores que surgen de las relaciones jurídicas que integran la herencia, exigir el cumplimiento de su acreencia al heredero, Sojo Bianco explica que “el heredero responde ante los acreedores del difunto “*ultra vires hereditatis*”, sin que pueda limitar su responsabilidad a la cuantía de la herencia”. (Sojo 1982:313) este último elemento que aporó Sojo Bianco, hace referencia al valor económico de la herencia, explicando que una vez aceptada la herencia el heredero asume como suya tanto los activos como los pasivos que la conforman, por lo que si los pasivos supera el activo hereditario el heredero tiene la obligación de sufragar las deudas que comportan los pasivos, siempre que dicha aceptación sea realizada pura y simple, esto quiere decir que el heredero no haya recurrido a ningún otro modelo de aceptación, como lo es la aceptación a beneficio de inventario, el Código Civil (1942) establece que “la herencia puede aceptarse pura y simplemente o a beneficio de inventario” (Código Civil 1942: Art. 996) una aceptación pura y simple se traduce en una aceptación total en todos los términos en los que ha de ser diferida la sucesión, sin el uso de las medidas que prevé el derecho sucesorio que ampara el patrimonio personal del heredero.

El desarrollo de estos principios nos permite definir los efectos que produce la sucesión universal y observar con mayor claridad la aplicabilidad del derecho sucesorio a través de una de sus modalidades de regulación, pero adicionalmente evidencia el fundamento y finalidad del derecho sucesorio, entre estas tenemos la seguridad jurídica, Yury Naranjo explica que “el hombre posee la necesidad de la seguridad, es decir que su propia persona, núcleo familiar y bienes estén garantizados por el derecho positivo” (Naranjo,1975:45) en continuidad con esta definición Yury Naranjo define el derecho positivo como “el derecho puesto o impuesto por la autoridad soberana a los ciudadanos del Estado” (Naranjo, 1975:28) el derecho positivo es aquel impuesto por autoridad competente en nuestro caso el poder legislativo, representado por la Asamblea Nacional a los sujetos que integran el Estado, con el objetivo de regular una situación en particular.

En materia del derecho sucesorio el Código Civil (1942) instaura como garantía una presunción que establece “La ley presupone que la persona contrata para sí y sus herederos y causahabientes, salvo que se haya convenido expresamente lo contrario o cuando ello no resulte de la naturaleza del contrato” (Código Civil, 1942: Art. 1.163). De este modo se asegura la transmisión tanto de los derechos como de las obligaciones que derivan de la herencia a la persona del heredero, sin alterar la situación jurídica del patrimonio, esta presunción tiene como objetivo asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas que integran el patrimonio del causante, velando por el correcto cumplimiento de las obligaciones que de esta se desprenden.

El segundo fundamento es el reconocimiento de la voluntad póstuma, como su expresión lo denota se habla de voluntad, la voluntad es el deseo de ejecutar una determinada conducta o al contrario limitar la ejecución de una conducta, pero en este caso se hace referencia a la voluntad posterior a la muerte, según (Esparza 1993:8). “En nuestro sistema jurídico la propiedad y otros derechos tienen carácter individual, de manera que sería la libre voluntad personal la única llamada a determinar el destino de estos derechos (reales y de crédito) más allá de la vida”. Lo que se traduce como el reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico del derecho de propiedad que tiene cada individuo sobre sus bienes aun posterior al hecho de la muerte, permitiendo una disposición patrimonial que solo es posible mediante la figura del testamento.

Conforme a lo antes desarrollado concluimos que el único medio de transmisión patrimonial por acto *mortis causa* es la sucesión, entendiendo que al hablar de sucesión nos referimos únicamente a la sucesión producto del hecho de la muerte de un individuo, debido a que la legislación venezolana así lo expresa en el Código Civil (1942) “La propiedad y demás derechos se adquieren y transmiten por ley, por sucesión, por efectos de contratos” (Código Civil, 1942: Art. 796). A su vez existen autores que aseguran que el único medio de transmisión patrimonial es la sucesión, fundamentando su hipótesis en la teoría del patrimonio personalidad, que determina que el patrimonio forma parte de la personalidad del individuo por lo que mal puede transferirse el patrimonio de un sujeto en vida, ya que esto indicaría la transferencia de su personalidad, por esta razón debemos estar consiente que no es lo mismo referirse a la transmisión en vida de la titularidad de uno o varios bienes determinado, a referirse a la

transmisión del patrimonio, el cual está conformado por una universalidad jurídica, debido a esto solo es posible su transmisión por acto *mortis causa*.

El desarrollo de estas premisas nos permite comprender los fundamentos sobre los cuales se sustentan el derecho sucesorio. Podemos concluir el desarrollo de esta categoría afirmando que el derecho sucesorio tiene como objetivo principal determinar el destino del patrimonio del causante con el fin de resguardar las relaciones jurídicas celebradas por el en vida, con el propósito de garantizar uno de los principios rectores del derecho, conocido como la seguridad jurídica.

2. Contenido, alcance y forma de las instituciones de legado.

La sucesión está conformada por un conjunto de modalidades, donde cada una de estas atiende a circunstancias diferentes de acuerdo al modo de ser deferida, conforme al Código Civil (1942) "La sucesión se defiere por ley o por testamento" (Código Civil, 1942 Art.807). Esta disposición prevé la existencia de dos modalidades, en la primera se ejecutara la transmisión patrimonial de acuerdo a los lineamientos consagrados en la ley, conocida como sucesión intestada y la segunda modalidad en la cual el destino del patrimonio será determinado por el mismo causante en vida. Esta segunda modalidad atiende al fundamento de la voluntad póstuma, el cual tiene un carácter de prioridad y su máxima revelación se presenta una vez otorgado el testamento.

El Código Civil (1942) establece que "no hay lugar a la sucesión intestada si no cuando en todo o en parte falte la sucesión testamentaria" (Código Civil, 1942: Art. 807). Por lo que la sucesión testamentaria es la regla y la sucesión intestada es la excepción, para Esparza la sucesión testamentaria es:

Esta sucesión se da en virtud del acto voluntario individual, unilateral y revocable por el cual una persona dispone *mortis causa* de todo o de parte de su patrimonio en favor de otra u otras personas, bien sea a título universal en institución de heredero o a título particular en institución de legatarios. (Esparza 1993:30).

La sucesión testamentaria es un acto voluntario e individual debido a que a través de lo dispuesto en él testamento se determina el destino del patrimonio del causante de acuerdo a sus deseos, siendo así una manifestación del impacto que tiene el derecho de propiedad, debido a que produce el reconocimiento legal de la capacidad de disposición que tiene el *de cuius* sobre sus bienes aun después del hecho la muerte, siendo además unilateral debido a que no necesita de la aceptación o participación de otro individuo para poder testar y por último es un acto esencialmente revocable debido a que el testador puede dejar sin efectos el testamento cuando lo desee.

Un individuo opta por una sucesión testamentaria al momento en que decide realizar un testamento, el cual para el Código Civil (1942) es "El testamento es un acto revocable por el cual una persona dispone para después de su muerte de la totalidad o parte de su patrimonio, o hace alguna ordenación, según las reglas establecidas en la ley" (Código Civil 1942: Art. 833) por lo que en líneas generales el testamento se entiende como un acto jurídico unilateral debido a que solo se manifiesta la voluntad del testador, así mismo es un acto personalísimo por consecuencia la única persona capaz de otorgar un testamento es el titular del patrimonio al que se refiere, además es un acto solemne por estar orientado por un conjunto de pasos estrictos, que ante su omisión se tiene como nulo el testamento, es considerado a su vez un acto de última voluntad, en la que el testador orienta el destino de su patrimonio para después de su muerte con la posibilidad de revocar el testamento si así lo desea posteriormente, el Código Civil (1942) establece "todo testamento puede ser revocado por el testador, de la misma manera y con las mismas formalidades que se requieren para testar" (Código Civil 1942: Art. 990) el testamento puede ser revocado de forma tácita con la creación de un nuevo testamento o expresa manifestando el deseo de dejar sin efectos el testamento, adicionalmente el Código Civil (1942) no consagra una cantidad de veces limitadas para revocar y otorgar testamentos, por lo que el testador bien puede revocar el testamento cada vez que lo crea necesario.

El testamento es el único medio que permite la creación de legados el Código Civil (1942) establece "Las disposiciones testamentarias que comprendan la universalidad o parte alícuota de los bienes del testador, son a título universal y atribuyen la cualidad de heredero. Las demás son a título particular y atribuyen la cualidad de

legatario''. El legado son disposiciones testamentarias en el cual se trasmite a un sujeto determinado, un bien o crédito que forma parte del caudal hereditario.

La principal diferencia que podemos extraer entre un heredero y un legatario, radica en el tipo de sucesión a la cual se refiere, debido a que dentro de la sucesión universal nos encontramos una disposición testamentaria que atribuye a un sujeto la universalidad o una alícuota parte del patrimonio hereditario, lo que le otorga la cualidad de heredero, mientras que, cuando nos referimos a una sucesión particular, esto solo implica la disposición de uno o varios bienes en beneficio de un individuo, sin que esto implique la disposición de una alícuota parte o la universalidad del patrimonio hereditario, atribuyéndole la cualidad de legatario a quien ha sido instituido bajo esta modalidad.

Para Sojo Bianco los legados ``son instituciones testamentarias cuyo objeto no es la universalidad del patrimonio hereditario, ni tampoco una parte alícuota de el'' (Sojo 1982:320). Explica Sojo Bianco que el legado tiene por objeto una o varias relaciones jurídicas de carácter económico, que forman parte del caudal hereditario, esta institución está conformada por diversas modalidades que atienden a los elementos particulares de cada objeto, denominándolos legados especiales, como por ejemplo el legado de la cosa ajena, el legado de crédito o de liberación de deuda, Sojo Bianco explica que ``el testador goza de una amplísima libertad en cuanto a la escogencia del objeto de sus instituciones a título particular. Tal libertad deriva del principio de la autonomía de la voluntad que, precisamente, constituye el fundamento de la sucesión testamentaria.'' (Sojo 1982:324) debido a esto podemos afirmar que cualquier bien o derecho real y económico puede ser objeto de un legado, siempre que se respete los límites que determina la ley, el orden público y las buenas costumbres, sin embargo tenemos claro que el testamento es un acto formal por lo que la determinación del objeto de un legado no está excepto de este principio, es importante la claridad del bien o derecho que será objeto el legado para validar su existencia, salvo las excepciones que la ley prevea.

Una vez que hemos comprendido el objeto del legado debemos determinar a quién va dirigido, el Código Civil (1942) establece que ``Puede recibir por testamento todos los que no están declarados incapaces de ello por la ley'' (Código Civil, 1942: Art. 839). Por lo que en principio todo sujeto capaz puede ser legatario, sin embargo, al igual que el objeto la persona en virtud de la cual se otorga un legado siempre debe estar debidamente identificada, salvo las excepciones que la ley prevea. Sojo Bianco explica que ``El beneficiario de una institución testamentaria a título particular, generalmente es un tercero extraño a la herencia; pero también puede serlo alguno o algunos de los mismos herederos'' (Sojo 1982:323). Así mismo Sojo Bianco explica que un heredero a su vez puede ser beneficiario de los legados.

Normalmente el prelegado solo tiene sentido cuando existen varios herederos, sin embargo, no es del todo descartable la figura del prelegatario cuando el propio tiempo, se trata de un único y universal heredero, puesto que en este caso, el gozara de la ventaja de poder renunciar a la herencia, conservando el legado. (Sojo, 1982:323)

Esta ventaja a la que hace referencia Sojo Bianco radica en la posibilidad de repudiar una herencia en la que el pasivo supera al activo hereditario, debido a que el heredero soporta todas las obligaciones que resultan de las relaciones jurídicas de carácter económico que forman parte del caudal hereditario, siendo esta una de las características que diferencia a un heredero de un legatario, pero Sojo Bianco menciona a su vez la posibilidad de repudiar la herencia y conservar el legado, esta modalidad atiende a las reglas de la aceptación de la herencia, entre estas, quien repudia la herencia, puede aceptar los legados instituidos en su favor, adquiriendo solo la cualidad de legatario, debido a que el sucesor a título particular limita su responsabilidad patrimonial solo a las obligaciones que resulten del legado instituido en su beneficio, por lo que en estos casos la condición de heredero o legatario lo determinará únicamente el ejercicio de la aceptación.

En cuanto a la aceptación y la renuncia de un legado existen un conjunto de reglas aplicadas por analogía, estas son las disposiciones legales referentes a la aceptación y la renuncia de la herencia, (Sojo Bianco 1982:347) explica que:

1. La aceptación del legado no está sujeta a formalidad alguna.

Esto significa que al momento de la apertura de la sucesión el legatario perfectamente puede hacerse del bien objeto del legado sin protocolo alguno, configurándose una aceptación tácita del legado. A diferencia de la herencia la aceptación del legado no puede estar sometida a término o condición.

2. La renuncia del legado no está sujeta a formalidad alguna.

Por lo que en el caso del legado no se aplica las reglas referidas a la renuncia de la herencia, en la que se exige que la renuncia conste por escrito, en documento autentico, por lo que la renuncia puede entenderse tácitamente, cuando el legatario no se beneficie de dicho legado.

3. La aceptación del legado es retractable.

En los casos de legado no se exige el cumplimiento del principio que rige la aceptación de la herencia que determina que una vez heredero, se es heredero para siempre. Perfectamente el legatario puede devolver el objeto del legado, sin embargo el heredero no está en obligación de aceptarlo.

Una vez ejercida la aceptación del legado, nace la obligación de entregar el legado, el Código Civil (1942) establece que ``La persona obligada de pagar el legado debe hacerlo entregado su objeto al legatario, en el mismo estado que tenía para el día de la muerte del testador``. (Código Civil, 1942: Art. 939) en consecuencia esta disposición establece un deber para la persona obligada a pagar el legado, y es el de conservar el objeto en las mismas condiciones en las que fue dejada por el testador a su muerte, sin embargo nada dice la ley sobre quien es la persona obligada a pagar el legado, por cuanto esto lo puede establecer el testador en el testamento.

Tras el desarrollo de la sucesión testamentaria, podemos observar que el legado es únicamente una disposición testamentaria, creada con el objetivo de destinar uno o varios bienes debidamente determinados a un sujeto que puede o no ser heredero cuya responsabilidad patrimonial se limita al cumplimiento de las obligaciones que nacen de dicho legado, a diferencia del heredero universal que soporta en su patrimonio las cargas de todas las obligaciones que nacen del total de las relaciones jurídicas del causante, conjuntamente hemos observado los principios que orientan la aceptación, de entre estos es importante destacar que nadie está obligado a aceptar los legados instituidos a su beneficio, así como no se exige el cumplimiento de formalidades para el ejercicio de la aceptación, entre otros, hemos observado como a diferencia de la cualidad de heredero universal, la cualidad del legatario no es perpetua y el legatario puede después de ejercida la aceptación renunciar a el legado, en este punto podemos afirmar la gran diferencia entre ambos tipo de sucesión, desde los medios que orientan el destino de los bienes del patrimonio del causante hasta los principios que la orientan y de este modo determinar los beneficios característico de ser instituido como legatario.

3. La situación de los pasivos hereditarios, cuando el activo se ha dispuesto testamentariamente.

De acuerdo a todo lo estudiado anteriormente referente al derecho sucesorio y los dos tipos de sucesiones que conforman su objeto de estudio, es importante extraer la situación de los activos y pasivos que conforman el caudal hereditario, al hablar de sucesión particular *mortis causa*, observamos como la responsabilidad patrimonial del legatario se limita únicamente a las obligaciones que provienen del objeto del legado, por lo que el pasivo que se incorporaba al patrimonio del legatario, es mucho menor en proporción al de un heredero, debido a que el heredero asume como propia tanto el activo como el pasivo que se desprenden del total de las relaciones jurídicas que conforman el caudal hereditario, debido a esto es importante comprender que la expresión pasivos hereditarios, hace referencia a aquellas cargas u obligaciones que nacen de las relaciones jurídicas contraídas por el causante en vida y que después del hecho de la muerte pasan a formar parte del caudal hereditario.

El derecho sucesorio nace como una necesidad de regular el destino los bienes, derechos y obligaciones que conforman el patrimonio del *de cuius* con un propósito fundamental impuesto por la seguridad jurídica, el cual se resume en velar por el cumplimiento efectivo de las obligaciones que nacen del caudal hereditario, debido a

que el solo hecho de la muerte de un individuo no extingue las relaciones jurídicas contraídas por él, ya que de lo contrario el acto de contratar se vería jurídicamente débil, debido a que la muerte es un hecho incierto, imposible de predecir, lo que crea una obligación en el mundo del derecho de garantizar que las relaciones jurídicas sobrevivan a la muerte de los sujetos que la celebraron.

Es de suma importancia comprender en materia de sucesión testamentaria, la posibilidad que le brinda el legislador al testador de disponer de todo o parte de patrimonio hereditario, por lo que en principio no sería descartable pensar que el testador disponga del total de su activo patrimonial a través del otorgamiento de legados, sin embargo la ley establece una limitante conocida como la legítima, el Código Civil establece “La legítima es una cuota de la herencia que se debe en plena propiedad a los ascendientes, a los descendientes y al conyugue sobreviviente que no esté separado legalmente de bienes”. (Código Civil, 1942: Art.883).

Para comprender la institución de la legítima es necesario distinguir entre herederos legitimarios y herederos legítimos, la primera de estas clasificaciones hace referencia a aquellos herederos a los que se le debe de pleno derecho el reconocimiento de la legítima, estos son hijos, padres y conyugue sobreviviente, de este modo se impide que el testador disponga de su patrimonio excluyendo a los herederos legitimarios o alterando la cuota que le corresponde por ley, el Código Civil (1942) establece “ la legítima de cada descendiente o ascendiente, legítimos o naturales, y la del cónyuge, será la mitad de sus respectivos derechos en la sucesión intestada” (Código Civil, 1942: Art. 884) por lo que la cuantía de la legítima es la mitad de la cuota de la herencia que le hubiese correspondido al heredero en una sucesión deferida por ley.

Ante el incumplimiento de la legítima el Código Civil consagra una acción en favor del heredero legitimario, denominada reducción del testamento, el Código Civil establece “Las disposiciones testamentarias que excedan de la porción disponible, se reducirá a dicha proporción en la época en que se abra la sucesión” (Código Civil, 1942: Art. 888). Por lo que un heredero legitimario tras la vulneración de su legítima puede solicitar judicialmente al momento de la apertura de la sucesión se reduzcan las disposiciones testamentarias hechas por el testador al punto en que se cumpla debidamente con la legítima, la segunda clasificación referente a los herederos legítimos, hace referencia a aquellos sujetos que pueden ser considerados como herederos, pero que sin embargo no se le debe de pleno derecho el reconocimiento de la legítima, por ejemplo estos pueden ser hermanos, sobrinos, tíos entre otros miembros familiares.

Debemos resaltar que el incumplimiento de la legítima es la única causa que justifica la reducción de las disposiciones testamentarias así que basta con la incorporación efectiva de los herederos legitimarios entre las disposiciones testamentaria para que el testador pueda disponer del total de su activo patrimonial, sin discriminar entre legados o instituciones de herederos, debido a esto existe la posibilidad de que el testador disponga de todo su activo patrimonial a través de la figura del legado, esto implica una alta probabilidad de que herencia carezca de activo suficientes para cumplir con el pago de las obligaciones que se desprenden de las relaciones jurídicas que la integran, convirtiendo la herencia en dañosa para el patrimonio del heredero que la acepte pura y simplemente.

Una herencia dañosa, es aquella que su pasivo hereditario supera el activo, en muchos casos el activo puede administrarse para salvar las obligaciones sin que estas afecten directamente el patrimonio del heredero, pero esto solo es posible a través de la modalidad de la aceptación a beneficio de inventario, la cual es una figura que busca el resguardo del patrimonio del heredero el Código Civil (1942) expresa como ventajas del beneficio de inventario “No confundir sus bienes personales con los de la herencia, y conservar contra ella el derecho de obtener el pago de sus propios créditos” (Código Civil, 1942: Art. 1036) como observamos en el desarrollo de nuestra investigación una vez dada la aceptación pura y simple se produce una confusión entre el patrimonio del heredero y del causante, lo que implicaba que heredero asuma como propias todas la relaciones jurídicas que integran la herencia.

No obstante el beneficio de inventario implica una barrera que impide la confusión entre los patrimonios, por lo que el beneficiado no está obligado a pagar las obligaciones de la herencia hasta tanto no culmine el beneficio, debido a que durante el tiempo que dure este mecanismo deben ser administrados los activos de la herencia con el objetivo de cumplir con tales obligaciones, pero sin activos que administrar es poco útil por cuanto

la figura del inventario en algún momento cesará de acuerdo a los términos de la ley y el heredero deberá aceptar pura y simple la herencia y adquirir todas las obligaciones o repudiar la herencia.

El repudio de la herencia se presenta en los casos donde la aceptación implica un riesgo económico para el patrimonio personal del llamado a suceder, debido a que la aceptación de una herencia dañosa implica que el heredero deba soportar las deudas sobre su patrimonio personal, ante este supuesto el llamado bien puede aceptar los legados instituidos en su favor y repudiar la herencia, limitando su responsabilidad patrimonial únicamente a las obligaciones que acompañan al objeto del legado.

Antes el supuesto de la falta de herederos las disposiciones legales que regulan el orden de suceder establecen ``a falta de todos los herederos ad intestado designados en artículos presentes, los bienes del *de cuius* pasan al patrimonio de la Nación, previo el pago de las obligaciones insolutas``. (Código Civil, 1982: Art. 832) de este modo se establece el ultimo orden a suceder, a falta de todos los herederos, el derecho sucesorio debe brindar un mecanismo que impida que la herencia quede al aire, con el objetivo de proteger la seguridad jurídica de cada una de las relaciones jurídicas que integran el caudal hereditario, sin embargo en la disposición se expresa que solo pasara al patrimonio de la nación una vez cumplida debidamente las obligaciones que la conforman, por lo que el Estado solo acepta a través de la modalidad de inventario, al igual que en los casos de los herederos, una herencia dañosa perjudica el patrimonio de la Nación, lo que provoca que la herencia nunca sea asumida por el Estado y en consecuencia las relaciones jurídicas que integran la herencia queden al aire, afectando el derecho de los acreedores del *de cuius*, debido que la ley no prevé ninguna acción que los proteja de tal supuesto.

Debemos afirmar que el objetivo fundamental del derecho sucesorio es regular la continuidad de las relaciones jurídicas celebradas por el causante en vida para alcanzar el ideal cumplimiento de las obligaciones que de estas se desprenden, aun posterior a la muerte, si bien uno de los fundamentos del derecho sucesorio es la voluntad póstuma, el cual se manifiesta al permitir que el testador disponga de sus bienes conforme a sus deseos, hemos observado que tal libertad permite la manipulación de este principio, pudiéndose ejecutar conscientemente un fraude en perjuicio de los acreedores, al disponer de todos los activos del caudal hereditario a través de la figura del legados, limitando así la responsabilidad patrimonial del sucesor únicamente a las obligaciones que se desprenden de los legados y en algunos casos los legatarios son puro receptor de activos, por lo que no se incorpora a su patrimonio personal ningún tipo de carga, ante este supuesto donde la herencia implica un alto riesgo económico para el llamado a suceder la única opción es el repudio de la herencia y la aceptación del legado.

Debemos concluir señalando que tanto la voluntad póstuma como la seguridad jurídica, son principios que deben coexistir en toda sucesión, y esto solo es posible con la creación de acciones legales que garanticen el derecho de los acreedores del *de cuius*, al igual que la reducción de las disposiciones testamentarias en materia de la legítima.

Conclusión

La sucesión es el único medio de transmisión patrimonial por acto *mortis causa* y nace producto de una necesidad económica, política y social de que exista una institución jurídica que regule el destino del patrimonio de quien ha fallecido, con el objetivo de garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas que han quedado insatisfechas para el momento de la muerte del *de cuius*, para alcanzar el justo cumplimiento de las obligaciones que de estas se desprenden.

La continuidad de las relaciones patrimoniales serán asumidas por los sucesores del causante y estos responderán por las obligaciones del caudal hereditario de acuerdo al límite de la responsabilidad patrimonial que adquiera cada uno según su cualidad de heredero o legatario, la diferencia fundamental en entre uno y otro responde al tipo de sucesión a la cual se refiere, el heredero es el receptor de la herencia o de una alícuota parte de esta, la figura del heredero se visualiza claramente en la sucesión a título universal, sin embargo el heredero puede ser instituido testamentariamente. El heredero adquiere como propias la titularidad de la totalidad de las relaciones jurídicas que integran el patrimonio del causante o una alícuota parte de esta, asumiendo como propios tantos los activos como los pasivos que conforman la herencia, una vez ejercida la aceptación pura y simplemente.

Mientras que el legatario resulta de la sucesión a título particular, a través del otorgamiento del testamento, la cual comprende el cambio de la titularidad de uno o varios bienes individuales denominados legados, su responsabilidad patrimonial se limita únicamente a las obligaciones que se desprenden del legado.

El derecho sucesorio se fundamenta en el principio de la seguridad jurídica y la voluntad póstuma del causante, estos principios necesariamente deben coexistir en toda sucesión, ya que de manera contraria puede transgredirse su finalidad, los legados son la máxima representación del fundamento de la voluntad póstuma pero al no ser debidamente regulados por la ley este mecanismo puede ser utilizado con el fin de evadir las cargas u obligaciones producto del caudal hereditario, a lo largo de nuestra investigación observamos que el testador puede disponer de todo su activo patrimonial mediante esta figura, siempre que se respete el límite impuesto por la legítima.

El problema resulta en el caso de los pasivos que no están enlazado a ningún activo transmitido vía testamentaria, en este supuesto el testamento se hace insuficiente al patrimonio, produciéndose la concurrencia de los dos tipos de sucesión, debido a que la sucesión universal entra en acción para deferir los pasivos que no han sido considerados en el testamento, lo que conllevaría a un repudio inmediato de la herencia por parte del llamado a suceder, en vista de que esta sucesión resulta dañosa a su patrimonio personal, por estar conformada por pasivos, y a carencia de activos que administrar se convierte en un riesgo económico para el llamado. Una vez repudiada la herencia el llamado a suceder se vuelve ajeno a esta, por lo que los acreedores de la herencia mal pueden actuar en su contra, aun cuando el heredero conserve los legados instituidos en su favor.

La voluntad póstuma ha sido considerada como el reconocimiento que otorga la ley al derecho de propiedad que tiene el *de cuius* sobre sus bienes aun posterior a su muerte, pero al igual que todo derecho tiene su límite impuesto por los principios rectores del derecho, como la seguridad jurídica la cual es uno de los principios que orientan la creación del derecho en su globalidad lo que hace necesario que prevalezca y orienten el correcto uso de los mecanismos que aportan el derecho, la seguridad jurídica es la garantía para las partes que integra una relación jurídica de que sus bienes, derechos y obligaciones serán amparados por el derecho.

Es por esto que la legislación tiene la obligación de establecer acción legal, que le permita a los acreedores del causante atacar las disposiciones testamentarias desmedidas, que impiden el justo pago de su acreencia.

Se concluyó que existe una falta de regulación en materia de creación de legados que le permite al testador manipular el principio de la voluntad póstuma y utilizar la figura de los legados como un mecanismo de evasión de las obligaciones que integran el caudal hereditario, afectado directamente la finalidad del derecho sucesorio y aún más grave el derecho de los acreedores del causante.

Referencias.

LOPEZ HERRERA, Francisco. 2009. Derecho de Sucesiones. Caracas, Venezuela.

SOJO BIANCO, Raúl. 1982. Apuntes de derecho de familia y sucesiones. Caracas, Venezuela.

ESPARZA BRACHO, Jesús. 1993. Derecho sucesorio. Ediciones Astro Data S.A. Maracaibo, Venezuela.

NARANJO, Yury. 1975. Introducción Al Derecho. Ediciones Librería Destino Avenida Lecuna-Parque Central. Caracas, Venezuela.

CONGRESO DE VENEZUELA. 1942. Código Civil Venezolano. Gaceta Oficial N°2.990, del 26 de junio de 1982 (reforma parcial) https://www.oas.org/del/esp/codigo_civil_venezuela.pdf

La Prueba de la Cesión de Acciones en Venezuela¹

*Juan Pablo Ordaz Pineda*²

*Javier Sosa*³

Resumen

El artículo se destinó a determinar la prueba de la cesión de acciones en Venezuela, ya que existía una ambigüedad para la documentación de la cesión de acciones y de cómo tiene que ser probada ante un juicio para demostrar la cualidad de accionista. La investigación utilizada fue de tipo documental con el auxilio del método hermenéutico, mediante el empleo de doctrina, jurisprudencia y ley. Como resultado, la prueba de la cesión de acciones por defecto es el libro de accionistas y para que el contrato sea oponible de forma general, el asiento de libro de accionistas que contiene dicho negocio debe ser presentada en el registro mercantil donde se encuentra el acta constitutiva de la sociedad mercantil, para que surta efectos tanto a terceros interesados y ajenos.

Palabras Clave: Prueba, cesión, acciones.

Proof of the Transfer of Shares in Venezuela

Abstract

The article was intended to determine the proof of the transfer of shares in Venezuela, as there was an ambiguity for the documentation of the transfer of shares and how it has to be proven in a trial to demonstrate the quality of shareholder. The research used was of a documentary type with the help of the hermeneutical method, through the use of doctrine, jurisprudence and law. As a result, the proof of the transfer of shares by default is the shareholders' book and for the contract to be generally opposable, the shareholders' book entry must be filed in the commercial register where the constitutive act of the mercantile company is located, to have an effect in relation to interested third parties and others.

Key Words: Proof, transfer, actions.

Introducción

El contrato de cesión de acciones no se encuentra definido por la doctrina, esto ha ocasionado que la cataloguen como una venta/transferencia de acciones societarias, ya que se asocia con la compraventa, porque con el simple consentimiento se perfecciona el contrato y se transfieren las acciones societarias. El consentimiento es un elemento clave en los contratos, lo que significa que las formalidades de ley son relevantes, y, en materia mercantil, son un elemento clave en todo negocio jurídico.

¹ Recibido: 16/03/2021 Aceptado: 12/06/2021

Este artículo es derivado del Trabajo Especial de Grado titulado: "La prueba de la cesión de acciones en Venezuela" en la Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo-Venezuela.

² Abogado. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: juanpablo_2202@hotmail.com

³ 3 Doctor en Derecho. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: jj_sosa_3@hotmail.com

Cabe destacar, que el Código de Comercio fue aprobado y publicado en el año de 1955 y únicamente ha recibido una reforma parcial en ese mismo año, esto ocasiona que no se encuentre en sincronía con la costumbre y la práctica mercantil. Pues, es oportuno señalar que conforme a los cambios que se presentan en la sociedad, se perfecciona la ley para que contenga nuevos aspectos, elementos y figuras societarias, tales como; Joint Venture, Consorcios, Holding, entre otros. Cabe destacar, que muchas veces las sentencias suplen la deficiencia de la ley, pero por desconocimiento sobre su contenido se genera confusión e incertidumbre y afecta a los contratos, ya que ocasiona un ‘limbo jurídico’ sobre su ejecución, y, es esta situación la que repercute significativamente sobre la cesión de acciones.

Es muy importante, que todo negocio que se celebre en materia mercantil se lleve a cabo de forma correcta y que ese documento conste adecuadamente, de lo contrario, pueden generarse detrimentos económicos y sobre todo en un juicio, porque quien no pruebe la cualidad de accionista, tampoco tendrá como parte de un juicio y como resultado, el proceso se extingue. Debido a esto, la documentación de los contratos que se celebran entre comerciantes es vital, para así proteger sus intereses frente a terceras personas.

Esta investigación permite, orientar a los societarios la forma de emplear la figura contractual bajo estudio, cuando ya no desean formar parte de la entidad societaria o cuando quieren integrar a un sujeto ajeno de la relación societaria y que una vez ejecutada, surta efectos ante terceros. Toda sociedad mercantil, al momento de contratar, necesitan asegurar con quien contratan, sean diligentes, solventes y de buena reputación. Indiscutiblemente, las personas que reúnen estas características y resalta en la persona jurídica, son los accionistas que forman parte de la sociedad o compañía.

Por tanto, determinar la prueba de la cesión de acciones en Venezuela, mediante el uso de doctrina y jurisprudencia, ya que permite aclarar la inseguridad jurídica de las personas quienes emplean este tipo de contrato y orientar la forma de su documentación para hacer valer sus derechos como accionistas ante terceros, y probar de forma idónea su existencia en un juicio y demostrar su calidad como accionista y como parte de un proceso.

1. Generalidades de la Cesión de Acciones.

En Venezuela, la cesión de acciones es una particularidad proveniente de la cesión de derechos y en la actualidad, es catalogado como tal, una cesión de créditos. Sin embargo, en el área mercantil, se transfieren objetos distintos y su documentación es totalmente diferente que en el área civil. No obstante, la cesión de derechos como la transferencia de acciones tiene similitudes en sí, como las partes y un bien intangible.

En vista de la ausencia de una definición sobre la venta de acciones en el Código de Comercio y que tampoco define la cesión de acciones, pues no es labor del legislador definir los contratos, se aludió al Código Civil Venezolano, pues el mismo ofrece una aproximación sobre el fenómeno contractual estudiado e indica lo siguiente:

[...] La venta o cesión de un crédito, de un derecho o de una acción son perfectas, y el derecho cedido se transmite al cesionario, desde que haya convenio sobre el crédito o derecho cedido y el precio, aunque no se haya hecho tradición [...] (Código civil, 1982: Art 1549)

En todo caso, la intención del legislador fue incluir la acción dentro de la cesión de derechos debido a la ausencia de una definición del Código de Comercio, por otro lado, establecieron que una vez exista convenio entre las partes e indicado el precio, es decir, mediante el consentimiento, se transmite aun no habiéndose entregado el título. La venta de acciones es equiparable con la norma en cuestión, solo que, en el caso de la cesión de créditos, tiene elementos que la distinguen de la venta de acciones, que su ejecución, objeto y deudor. Hay que tener sumo cuidado con la terminología, ya que, si el objeto del que se trate posee un deudor, estamos en presencia de una cesión de créditos y no de acciones, por ende, su transmisibilidad es totalmente distinta a la venta de acciones y esta contiene una relación jurídica donde existe un acreedor y un deudor.

Adicionalmente, Colin *et al.*, define el contrato de cesión de créditos “Es el convenio por el cual el acreedor cede voluntariamente sus derechos contra el deudor a un tercero que, en su lugar pasa a ser el acreedor” (Colin *et al.*, 1955: 331). El autor se refirió al acreedor como beneficiario del derecho, y este último, es un beneficio devenido de un contrato celebrado por el mismo acreedor y deudor; tal es el caso, de una letra de cambio, cheque y pagare; pues al momento de que sea transferida, se transfiere tanto el derecho como el deudor al tercero, y adquiere la cualidad de acreedor con las mismas prerrogativas de su antiguo titular.

Por tanto, Aguilar Gorrondona, establece que la cesión de créditos es:

Es el contrato por el cual una persona llamada cedente, se obliga a transferir y garantizar a otra llamada cesionario, la cual se obliga a pagar un precio en dinero, el crédito que tiene frente a un tercero llamado cedido (Aguilar Gorrondona, 2005: 329).

Con respecto a la definición proporcionada, da a entender que este tipo de contrato es un negocio jurídico por el que una persona (cedente) transfiere su derecho que ostenta sobre un tercero denominado cedido, hacia otra persona (cesionario) la cual debe pagar el precio acordado y una vez realizado, adquiere en la misma posición y beneficio que el acreedor primario cuando celebros el contrato con el deudor.

Por otro lado, ya que se encuentra relacionado la cesión de créditos con la cesión de acciones, que los sujetos son denominados de la misma forma, pero el objeto que forma parte de cada una de ellas son diferentes y de cómo esta es transmitida, y es que en la cesión de créditos se tratan de derechos intangibles. Pero en este caso, el objeto que la integra se le denomina acción, y Morles lo definió de la siguiente forma: “La acción es un título representativo que incorpora el capital social y confiere la cualidad de accionista a quien resulte su tenedor legítimo” (Morles, 2007: 1180).

Cuando se han referido a un título representativo, es que la acción forma parte del capital social, que en su totalidad conforma el valor neto de la sociedad, el cual se encuentra establecido en el acta constitutiva estatutaria y contiene a los sujetos quienes aportaron para su creación y una vez que constituida, sus aportantes adquieren la denominación de accionista. Por otro lado, son también considerados:

[...] Derechos y obligaciones que corresponden a la parte de capital que representa la acción, esta atribuye a su legítimo poseedor el “estado de socio”, que como vimos en el capítulo anterior, es el conjunto de derechos y obligaciones, facultades y poderes que se integran en lo que se ha llamado “derecho de miembro” o “participación” o “status” de socio [...] (Acedo Mendoza y Acedo de Lepervanche, 1996: 227).

Básicamente, la acción es considerada como un título que contiene derechos y obligaciones, el cual estar íntegramente pagada por cada aportante, considerada como una porción del capital social, otorga a su legítimo titular como un socio y confiere una serie de facultades, como el derecho al voto sobre las decisiones que se llevarán a cabo para el mejor provecho de la entidad mercantil, acudir a las asambleas ordinarias y extraordinarias y la debida información sobre el manejo de la sociedad. Ahora bien, se debe tener cuidado cuando se utiliza la palabra acción, porque, por un lado, se refiere al derecho que poseen todas las personas de acceder ante los órganos de administración de justicia y proteger sus derechos, colectivos o difusos; y en este caso como un título mercantil que le confiere a su portador, la calidad de socio/accionista, derechos y obligaciones.

Si bien es cierto que distingue la cesión de acciones sobre la cesión de crédito, por el objeto que se transfiere, que es la acción. Para aclararlo, tenemos dos tipos de acciones societarias de los cuales se encuentran contemplados en el Código de Comercio y son nominativas y al portador, y cuál de estas actualmente es la más aceptada y permitida en la ley. Para dar comienzo sobre la distinción de cada una de ellas, comenzamos por las acciones nominativas y Vivante establece que “Son aquellas que se emiten a nombre de un titular. Su transferencia se efectúa a través de un aviso a la empresa emisora, firmado por vendedor y comprador, con el fin de actualizar el registro de accionistas”. (Vivante, 2002: 542)

Son consideradas títulos nominativos, ya que son identificables mediante el nombre y apellido de su legítimo dueño, y para efectuar la transferencia de acciones este debe notificar a la empresa de donde deviene la acción societaria, que sea firmado tanto por el comprador y vendedor con el propósito de manifestar su consentimiento y una vez ahí, se transfieren el título y se debe actualizar el registro de accionistas de la empresa, para así constatar los nuevos accionistas que forman ahora parte de la sociedad.

No obstante, Acedo Mendoza y Acedo de Lepervanche, afirman que:

[...] Una acción al portador es aquella donde el propietario es quien posee el título físicamente. Y por lo cual, no existe nombre alguno del propietario en el mismo. Su mera tenencia presupone la propiedad de las acciones y por tanto otorga la calidad de accionista [...]. (Acedo Mendoza y Acedo Lepervanche 1996: 232)

En relación de las acciones al portador, son títulos que con la simple posesión detenta la titularidad, a pesar de que no contenga la misma la identificación de su poseedor. En Venezuela, a pesar de que el Código de Comercio contempla las acciones al portador en el artículo 297, pero actualmente, predominan las acciones nominativas, debido a que estas permiten un control sobre quiénes son los verdaderos titulares y el valor que detentan por ello.

Adicionalmente, quien enajene un bien en específico, necesariamente debe tener el derecho de disposición y este se prueba con un documento que contiene la identificación del propietario. Es asociado a la compraventa, ya que quien venda, debe tener el derecho de disposición sobre objeto que forma parte del contrato y este poder transmitir la titularidad del bien a la otra persona y convertirse el nuevo titular.

Ahora bien, a pesar de que el artículo 553 del Código Civil indica que son bienes muebles y uno de ellos son las acciones, pero únicamente cuando se liquide o se extinga la sociedad, por ende, no aplica la titularidad de las acciones mediante la simple tenencia como las acciones al portador, y a pesar de que tienen cabida en Venezuela, el título debe contener la identificación de su dueño y por ello este tipo de figura se encuentra en desuso, ergo, las acciones nominativas son las que predominan en toda sociedad mercantil que se constituya en Venezuela.

Asimismo, Boulanger, Messineo y Planiol y Ripert comparten los elementos explicados sobre la cesión de créditos (Boulanger, 1963; Messineo, 1954 y Planiol y Ripert, 1945), debido a la ausencia de una definición en concreto de la transferencia de acciones, esta es totalmente equiparable con la cesión de créditos según lo establecido en el artículo 1.549 del Código Civil Venezolano pero distinguiéndola de la materia civil, ya que se trata de un contrato que se encuentra relacionado con una figura mercantil denominada, sociedades mercantiles.

Por otro lado, en relación con la definición de acción, Aguilar Gorrondona, Vivante y Acedo de Lepervanche apoyan los elementos y características analizadas sobre la acción, (Aguilar Gorrondona, 2005; Vivante, 2002 y Acedo de Lepervanche, 2011), pues, para que esta pueda ser transmitida, requiere un titular o dueño y que el monto que vale haya sido pagada en su totalidad, según lo establecido en el artículo 293 del Código de Comercio.

En relación al tratamiento de las acciones nominativas y las acciones al portador, es importante resaltar que las acciones a pesar de ser un objeto intangible, en materia mercantil, la escritura es una característica primigenia de todo negocio jurídico y sobre todo, de la creación y constitución de una sociedad mercantil, ya que a través de ella, integran los accionistas y estos son identificados por sus nombres y por el aporte que contribuyeron para la existencia de la empresa. (Acedo de Lepervanche, 2011; Acedo Mendoza, 1996 y Morles, 2005).

Cabe destacar, que la cesión de acciones, equiparándolo con los elementos de la cesión de créditos, es un negocio jurídico por el que una persona (cedente) transfiere su título que ostenta en la sociedad mercantil, hacia otra persona (cesionario) y es esta última quien sule a la primera en la relación jurídica mercantil y poseerá todas las cargas y derechos devenidas del título que adquirió.

Por otra parte, la acción es destacada como un título, que contiene derechos y obligaciones una vez que es creada una sociedad mercantil, el cual su valor viene expresada por una fracción del capital social de la empresa dada por el aporte de cada una de las personas que intervinieron para su constitución. Dicha acción confiere a su portador la calidad de accionista, socio o derecho a miembro de la sociedad o ente mercantil y es muy importante

mencionar, que entre mayor número de acciones posea, mayor es el valor del sufragio del resto de los accionistas sobre las decisiones que se llevaran a cabo, para el mejor desarrollo de la empresa.

En toda sociedad mercantil, las acciones nominativas prevalecen sobre las acciones al portador, porque estas contienen la identidad del sujeto del cual es su titular y el monto por el cual las detenta, las acciones al portador es básicamente equiparable con una figura mercantil denominada “cheques al portador” el cual era muy practicado, y esta dejó de ser usada debido que todo cheque debe ir dirigido a una persona en específico, y al igual que las acciones, debe estar plenamente y suficientemente relacionado a un único individuo, denominado accionista.

2. Momento de perfeccionamiento de la cesión de acciones.

Si bien es cierto que todo contrato, en su mayoría, se perfecciona a través del simple consentimiento de las partes, como lo es la compraventa y el arrendamiento. Sin embargo, hay contratos por los que se deben cumplir formalidades y que, si no se cumplen alguno de ellos, el contrato es nulo de nulidad absoluta, como la hipoteca. En el caso de la cesión de acciones, existe un sector que se perfecciona con el consentimiento y por otro lado mediante el cumplimiento de una formalidad de ley.

2.1. Consentimiento vs Solemnidad.

Según el Código Civil indica que la cesión de derechos se perfecciona con el consentimiento (Código civil, 1982: Art 1549); en el Código de Comercio establece que la transmisión de acciones se realiza de una manera diferente que en la norma civil. Debido a esta confusión entre las normas, se debe descartar el Código Civil porque el tema de la cesión de acciones es de área mercantil. No obstante, existen algunos autores que tienen posiciones distintas sobre su perfeccionamiento, como Goldschmidt que establece: “Las acciones nominativas se transfieren entre las partes por el simple consentimiento” (Goldschmidt, 1979: 285)

El Consentimiento es el acto inequívoco e inconfundible de que las partes desean celebrar un contrato. Por ello, la cesión de acciones es asociado nuevamente con la compraventa porque este último se perfecciona con el consentimiento tal como el artículo 1.549 del Código Civil establece, se transfieren las acciones societarias aun sin haberse cumplido otra formalidad establecida en la ley y se convierte en el nuevo accionista de la empresa.

No obstante, Arismendi añade lo siguiente: “El artículo 296 del Código de Comercio establece que la cesión de las acciones nominativas se hace por declaración en los libros de la compañía, firmada por el cedente y por el cesionario o por sus apoderados” (Arismendi, 1950: 397) Cabe destacar, que la intención del legislador y la del autor, es que no basta el consentimiento para que se transfieran las acciones societarias y se lleve a cabo la perfección del contrato, ya que la declaración debe constar en los libros de la empresa por las partes o sus apoderados debidamente facultados. y que dichos libros deben estar firmado por el juez en el primer folio con su fecha y sellada por el registro o el tribunal en todos los folios. (Código de Comercio, 1955: Art 33).

Si bien el consentimiento es un elemento crucial en los contratos, pero en ciertos casos, se deben cumplir determinadas formalidades para que esta se perfeccione y en el caso de la cesión de acciones, es la combinación de ambos elementos, ya que primeramente se debe acordar entre las partes el negocio jurídico a través del consentimiento; y segundo, la ley indica que el traspaso de las acciones se debe firmar por parte del cedente y del cesionario en los libros de la compañía. Ambos elementos cooperan conjuntamente, para que dicha venta de acciones exista en el mundo del derecho.

Ahora bien, para el perfeccionamiento de la venta de acciones, el consentimiento es fundamental aun sin haberse realizado la tradición del título (Acedo Mendoza, 1996; Morles, 2005 y Acedo de Lepervanche, 2011), debido a que, en la actualidad, el consentimiento es obligatorio en todo negocio jurídico según lo establecido en el artículo 1.549 del Código Civil. No obstante, para su existencia, las partes deben firmar en los libros de la empresa, para que el negocio jurídico se complete, tal como se indica en el artículo 296 del Código de Comercio.

Básicamente, la cesión de acciones es un contrato, que al igual que la compraventa, se perfecciona con el simple consentimiento de las partes y produce sus efectos una vez que se haya acordado el negocio jurídico. Pero, que tal acto es insuficiente para transferir las acciones societarias, porque se debe dejar constancia en los libros de la empresa, firmado por las partes para su existencia, sin necesidad de realizar la tradición del título, ya que es un formalismo adicional que, de no cumplirse, no acarrea consecuencia alguna.

3. Surtimiento de efectos de la cesión de acciones.

Se ha establecido que el contrato de cesión de acciones se perfecciona con el consentimiento. No obstante, el artículo 296 del Código de Comercio no indica el momento en que empiece a surtir efectos el contrato de cesión de acciones ya sea entre las partes o los terceros, además para la producción de efectos, es necesario que se halle plasmado en el libro de la empresa. Sin embargo, en la mencionada ley, no indica que libro se debe dejar constancia el negocio jurídico, ya que toda empresa, compañía o sociedad anónima, para su buen funcionamiento, se lleva a cabo mediante unos libros que deben cumplir una serie de formalidades contempladas en el artículo 33 del Código de Comercio (1955). Por ello, Pineda establece lo siguiente:

[...] Para que la cesión de acciones nominativas surta efectos entre la sociedad y los terceros, se registra en los libros de la compañía y se afirma el acto por el cedente y por el cesionario o por sus apoderados. El convenio es perfecto, entre las partes, como en toda operación asimilable, desde el instante mismo en que están acordes en los elementos del negocio, pero sus efectos con respecto a terceros están supeditados al formal requisito del registro en los libros, y sólo después de lleno este formalismo la sociedad considera la acción como salida del patrimonio del cedente [...] (Pineda, 1964: 418)

Es importante destacar de este autor, que empezara a producir sus efectos tanto a terceros como la propia sociedad mercantil una vez quede plasmada la firma de las partes en los libros de la empresa, dejando en claro que el acuerdo de voluntades surte efectos entre las partes (cedente y cesionario) a partir del consentimiento, tal y como varios autores lo exponen para su perfeccionamiento; pero en el caso de ocurrir alguna incidencia por parte del vendedor que esté actuando de mala fe, la otra parte no tendría manera de como probar ante el juez, sobre el contrato en cuestión para exigir la transferencia del título, porque por si solo el consentimiento no es un elemento de convicción suficiente para el juez para poder determinarlo, se tendría que recurrir a otros medios probatorios como por ejemplo, testigos, posiciones juradas, etc.

Adicionalmente, indica Goldschmidt: “Por lo que respecta a la compañía y a los terceros, la propiedad de las acciones nominativas no se funda en la tradición del título, sino únicamente en la inscripción en el libro de accionistas” (Goldschmidt 1979: 285). En consecuencia, para que comience ser oponible a terceros y la compañía es necesario que las voluntades queden establecidas en el libro de accionistas de la empresa, ya que una vez manifestada la voluntad de las partes de celebrar el contrato, deberán notificar a la empresa y sobre todo al administrador, porque según el artículo 260 numeral 1 del Código de Comercio detenta el libro de accionistas que contiene la identidad de los accionistas, domicilio, la cantidad de acciones que poseen y el valor neto aportado por cada uno de ellos, para que se deje constancia de quienes son los nuevos accionistas de la compañía. A diferencia del criterio de la doctrina sobre el surtimiento de efectos, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia indico lo siguiente:

Ahora bien, a los fines de determinar si la contribuyente Agropecuaria Flora, C.A. (AGROFLORA), incumplió con el deber formal de retener el impuesto sobre la renta de los dividendos disponibles para el 31 de diciembre de 1991, es necesario determinar la naturaleza jurídica de los accionistas a quienes ella debía pagar o abonar en cuenta dichos dividendos.

En este sentido, los apoderados judiciales de la contribuyente consignaron copia simple del Libro de Accionistas de su representada, contentivo de los asientos de traspaso de las acciones en él registradas (folios 90 al 99), con el objeto de “evidenciar quién era su accionista para el 31 de diciembre de 1991”.

A los fines de dilucidar lo atinente al valor probatorio de las referidas probanzas, juzga necesario esta Sala, transcribir los dispositivos contenidos en nuestro Código de Comercio, referidos unos a las obligaciones de los comerciantes respecto de los documentos que deben registrarse y publicarse (artículos 19, ordinal 9° y 25), y otros relacionados a la forma de los contratos de sociedad (artículos 212, 215, 217 y 221), que a la letra señalan:

“Artículo 19.- **Los Documentos que deben anotarse en el Registro de Comercio**, según el artículo 17, son los siguientes:

(...)

9° Un extracto de las escrituras en que se forma, se prorroga, se hace alteración que interese a tercero o se disuelve una sociedad y las en que se nombren liquidadores.

Artículo 25.- **Los documentos expresados en los números 1°, 2°, 3°, 7°, 8°, 9°, 10, 11,12 y 13 del artículo 19, no producen efecto sino después de registrados y fijados.** (Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, 2009: Sentencia de 24 de marzo. Caso Agroflora)

El caso se trataba sobre un incumplimiento sobre la retención de la renta en fecha del 31 de diciembre de 1991 y por ello requería determinar los accionistas de Agroflora. Las partes consignaron como prueba fehaciente copia simple del libro de accionistas, no certificada porque ya el libro se encuentra autenticado por el registrador o juez, pero que la prueba no era el libro en sí, sino los asientos, es decir, las notas marginales que contiene cada folio del libro.

Por otra parte, la Sala hizo alusión a dichas disposiciones normativas, ya que el artículo 19 del Código de Comercio los documentos que deben ser anotados en el Registro de Comercio se refiere a extractos en los que se crea, altera o modifique la sociedad mercantil que interese a un tercero y concatena con el artículo 25 del mismo texto íntegro, estableciendo que los documentos no comienzan a surtir efectos a terceros si estos no son registrados. Además, TSJ dictamino en relación con la prueba de la parte promovida:

En el caso de la prueba promovida por la contribuyente, relativa al traspaso de las acciones para el 20 de noviembre de 1991, a fin de mostrar quiénes eran sus accionistas para esa fecha, debe esta Alzada observar que tales inscripciones demuestran la titularidad de las acciones entre el accionista y la propia sociedad, pero no así frente a terceros; por tanto, dicho documento no resulta oponible ante el Fisco Nacional para comprobar el traspaso de acciones asentado, mientras no se haya efectuado su registro y publicación, conforme a los términos de las aludidas normas. En razón de ello, resulta forzoso para esta Sala desestimar el pretendido valor probatorio de las inscripciones asentadas en el referido libro de accionistas, promovido por la contribuyente. Así se declara.

Del referido instrumento pudo apreciarse un sello estampado del cual se evidencia que fue presentado ante el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo; sin embargo, de las actas procesales no consta que se haya cumplido con el requisito atinente a su publicación, como lo establece y exige la normativa citada *supra*, pues se trata de una resolución que reforma el contrato social de la constitución de la referida sociedad mercantil, en una cláusula que debe registrarse y publicarse, de conformidad con los postulados previstos en los dispositivos antes transcritos. Ello así, a fin de que dichos acuerdos produjeran sus efectos. (Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, 2009: Sentencia de 24 de marzo. Caso Agroflora)

La decisión de la Sala fue, si bien es cierto que el libro de accionistas demuestra tal cualidad ante la sociedad, no aplica sus efectos ante terceros ya que se debe ser registrado, conforme a las normas del Código de Comercio (1955) para que se verifique que la venta ha sido efectuada de forma correcta. Sin embargo, la sala destacó que el libro cumplió con los requisitos de ley, pero que no se dejó en actas su registro o publicación del negocio

celebrado, porque al llevarse a cabo dicho contrato, significa un acto de reforma del contrato de constitución de sociedad, sobre todo en los accionistas de la empresa.

Posteriormente, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado establece una presunción en materia de registro de actos que indica “La inscripción de un acto en el Registro Mercantil y su posterior publicación, cuando ésta es requerida, crea una presunción, que no puede ser desvirtuada, sobre el conocimiento universal del acto inscrito.” (Ley de Registros y del notariado, 2014: Art 53). La intención del legislador en relación de la norma es que todo acto que se celebrado y sea registrado y publicado, ya sea en un registro civil o mercantil, adquiere una presunción *iuris et de iure*, es decir, surte efectos ante terceros, sean los interesados o ajenos de la relación jurídico-celebrada y que absolutamente nadie puede invocar o probar el desconocimiento de un acto celebrado, ya que es un principio de carácter absoluto y no admite prueba en contrario.

Por otro lado, la Resolución Núm. 019 del Ministerio del poder popular para las relaciones interiores, justicia y paz que establece el Manual de Requisitos Únicos y Obligatorios para la Tramitación de Actos o Negocio jurídicos en los Registros Principales, Mercantiles, Públicos y Notarias, establece lo contenido a la venta de acciones:

Para la venta de acciones de Sociedades Mercantiles además de los requisitos obligatorios deberá presentar los siguientes requisitos:

1. Copia de la cédula de identidad vigente de los accionistas y del comprador. Si es extranjero copia del Pasaporte con la respectiva Visa TR-N (transeúnte de negocios), TR-I (transeúnte inversionista). TR-E (transeúnte empresario).
2. Copia del Registro de Información Fiscal (RIF) de la Sociedad Mercantil.
3. Solvencia del Seguro Social o Constancia de No Afiliados.
4. **Presentación obligatoria del vendedor y comprador para la firma, o en su defecto, presentación del original del libro de accionistas de la sociedad mercantil.**
5. Autorización emanada del órgano competente, según el caso.

(Manual de Requisitos Únicos y Obligatorios para la Tramitación de Actos o Negocio jurídicos en los Registros Principales, Mercantiles, Públicos y Notarias, 2014: Art 17)

En el caso de la resolución, no establece de forma taxativa la obligación del registro de la cesión de acciones, pero que de realizarse el acto en presencia del registrador se deben cumplir dichos requisitos. Por otra parte, en el caso de no poseer el libro de accionistas, porque no se ha llevado a cabo conforme las reglas de ley o lo ocultan de forma maliciosa, permite que la venta de acciones se realice en un documento público y que el acto se lleve a cabo ante el registrador y de fe pública del negocio celebrado. En este caso, solo surte efectos entre terceros y no ante la sociedad mercantil; ya que se le debe notificar a esta última sobre la venta de acciones, para que sea insertado en los libros de la compañía.

Asimismo, sobre el momento en que empieza a surtir efectos la cesión de acciones, una vez dado el consentimiento de las partes, se entiende perfecto que el contrato es oponible entre las partes (Acedo de Lepervanche, 2011; Acedo Mendoza, 1996 y Morles, 2005). Aunque, se destaca que el libro de accionistas es el documento por defecto para plasmar dicho negocio y que produzca sus efectos antes terceros y la sociedad. Por otra parte, la regla del registro de los negocios jurídicos, lo catalogan como un acto generador de seguridad jurídica, porque al registrarlos, no podrá ser desvirtuada.

El surtimiento de efectos de la cesión de acciones entre las partes comienza a partir en que las partes hayan acordado el contrato, como la compraventa. Para los terceros y la sociedad, mediante la inserción de firmas del comprador y vendedor en el libro de accionistas. No obstante, para que el acto adquiera autenticidad, perfectamente pueden presentar ante el registrador mercantil el libro de accionistas o estar contenido en un documento para llevar a cabo tal transacción o en caso de que no posean tal libro y ya celebrado el acto, las partes tienen la obligación de dejar constancia de que se celebró el contrato, en el libro de accionistas para que se produzcan todos sus efectos ante la sociedad mercantil.

Conclusión

Según lo expuesto anteriormente, la cesión de acciones es considerado un contrato mercantil, caracterizado por la transferencia de acciones societarias nominativas, ya que estas se encuentran vinculadas, identificadas y valorizadas mediante el aporte económico personal que realizó el cedente para la constitución de la empresa, el cual conviene con el cesionario para transferirle dichos títulos de forma gratuita u onerosa.

Este tipo de contrato se perfecciona con el consentimiento, pero únicamente entre las partes, debido que tal acto no es suficiente para transferir las acciones, ya que para que produzca sus efectos ante terceros y la compañía, debe estar constatado en el libro de accionistas y si las partes lo convienen, que el acto se lleve a cabo en presencia del registrador mercantil, para que adquiera fe pública.

Visto y considerado los elementos doctrinarios, legales y jurisprudencial, la prueba de la cesión de acciones por defecto es el libro de accionistas, pero no todo el texto en sí, sino específicamente el asiento que contiene las firmas del cedente y del cesionario sobre el negocio jurídico acordado. Para que este contrato sea oponible tanto a terceros de forma general y a la sociedad, las partes deben presentar el libro de accionistas ante el registrador, para que deje constancia sobre el negocio jurídico celebrado y sea registrado y publicado, para adquirir una presunción de carácter absoluto y que no podrá ser desvirtuada, ya que en el caso de demostrar la cualidad de accionista o de una reivindicación de un tercero alegando ser el titular de esas acciones, el libro de accionistas es el medio por excelencia para demostrar la propiedad de las acciones y quede enervada la pretensión del tercero en caso de existir un proceso judicial.

Sin embargo, se debe destacar que no es el único medio probatorio, ya que perfectamente puede estar constituido el contrato en un documento redactado entre las partes, y una vez presentada y publicada en el registro mercantil, las partes tienen la obligación de que conste en el libro de accionistas de la empresa, y surta sus efectos. Por otra parte, en caso de que el negocio quede plasmado en el mencionado libro, pero que no ha sido registrado, esta puede ser atacada por terceros, ya que permite prueba en contrario.

No obstante, este estudio, presento algunas limitaciones académicas como que la doctrina empleada en la investigación no es lo suficientemente contemporánea al igual que el Código de Comercio ya que, desde su creación, solo ha recibido una reforma parcial, lo cual se encuentra en un abandono total por los legisladores. Por otra parte, esta investigación se considera una base para el desarrollo de futuros estudios que abarquen de una forma extendida la problemática planteada, en relación de la naturaleza jurídica de la cesión de acciones y su imperatividad registral a efectos de su validez, debido que los criterios jurisprudenciales han modificado y creado aspectos jurídicos que no se han contemplado en los cuerpos normativos.

Referencias

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1982. **Código Civil**. Publicado en Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982. Caracas, Venezuela.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1955. **Código de Comercio**. Publicado en Gaceta N°475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955. Caracas, Venezuela.

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2014. **Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado**. Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Núm. 6.156. Extraordinaria del 19 de noviembre de 2014. Caracas, Venezuela.

MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA LAS RELACIONES DE INTERIOR, JUSTICIA Y PAZ. 2014. **Manual de requisitos únicos y obligatorios para la tramitación de actos o negocios jurídicos en los registros principales, mercantiles, públicos y las notarías**. Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinaria en Núm. 40.332 Extraordinario del 13 de enero de 2014. Caracas, Venezuela.

ACEDO de LEPERVANCHE, Luisa. 2011. **El Traspaso de las Acciones de una sociedad Anónima**. En: <http://www.menpa.com/serve/file/assets%2Fuploads%2F445D5A2E8BE656234.pdf> [consultado el 9 de noviembre del 2020]

ACEDO MENDOZA, Manuel y ACEDO de LEPERVANCHE, L. 1996. **La Sociedad Anónima**. Tercera Edición. Vadell Hermanos Editores. Caracas. Venezuela.

AGUILAR GORRONDONA, José Luis. 2005. **Contratos y Garantías Derecho Civil IV**. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Venezuela.

ARISMENDI, José Loreto. 1950. **Tratado de las Sociedades Civiles y Mercantiles**. Segunda edición revisada, aumentada y adaptada a la legislación vigente por el Doctor José Loreto Arismendi (hijo). Caracas. Venezuela.

BOULANGER, Ripert. 1963. **Tratado de Derecho Civil Tomo V**. Editorial La Ley. Buenos Aires. Argentina.

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. 1955. **Curso Elemental de Derecho Civil Vol. III**. Instituto Editorial Reus. Madrid. España.

GOLDSCHMIDT, Roberto. 1979. **Curso de derecho mercantil**. Editorial Ediar venezolana, S.R.L. Caracas. Venezuela.

MESSINEO, Francesco. 1954. **Manual de Derecho Civil y Comercial Tomo I**. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina.

MORLES, Alfredo. 2005. **El Sistema Registral de la Transferencia de Acciones**. En: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RUVM/4/uvvm_2005_4_11-32.pdf [consultado el 15 de noviembre del 2020]

MORLES, Alfredo. 2007. **Curso de Derecho Mercantil II-A**. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. Venezuela.

PINEDA LEON, Pedro. 1964. **Principios de Derecho Mercantil**. Talleres Gráficos Universitarios. Mérida. Venezuela.

PLANIOL, Marcelo y RIPERT, J. 1945. **Tratado Practico de Derecho Civil Frances Tomo VII**. Editorial Cultural, S.A. La Habana. Cuba.

VIVANTE, Cesare. 2002. **Derecho Mercantil**. Traducción, Prologo y Notas por Francisco Blanco Constans. Editorial La España Moderna. Madrid.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Político-Administrativa. 2009. Sentencia del 24 de marzo del 2009. Caso Agroflora. En: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Mayo/441-6513-2013-12-0290.html> [consultado el 7 de septiembre de 2020]

El Principio de Incidencia Internacional de los Medios Digitales en la Empresa Venezolana¹

Gianpaolo Scionti Perez²

Innes Faria Villarreal³

Resumen

El presente trabajo de investigación tuvo como propósito analizar los efectos generados por la digitalización en la empresa venezolana, por medio de la delimitación del ciberespacio y los actos ahí realizados. Con el uso del método descriptivo, se analizaron desarrollos doctrinarios de Kulesza, Ward, Oyarzábal y otras fuentes legislativas a nivel internacional. Como resultado, se plantearon consideraciones doctrinarias sobre el ciberespacio, se introdujo el principio de incidencia internacional de los medios digitales y se delimitaron ciertas consecuencias para la empresa venezolana, por las cuales se recomienda incorporar un protocolo de debida diligencia sobre estas materias.

Palabras Clave: Derecho internacional, comercio electrónico, ciberespacio, jurisdicción, derecho mercantil.

The Principle of International Impact of Digital Media in Venezuelan Company

Abstract

The present paper had the purpose of analysing the effects caused by digitalization in the Venezuelan companies, through the determination of cyberspace and the acts that are carried through there. Through the use of the descriptive approach, it was analysed the doctrinal developments of Kulesza, Ward, Oyarzábal, and other legislative sources at an international level. Consequently, doctrinal considerations on cyberspace arose, with the introduction of the principle of international impact of digital media as well as certain implications for the Venezuelan company, whereby a due diligence protocol on these matters is suggested.

Keywords: International law, electronic commerce, cyberspace, jurisdiction, trade law.

Introducción

En el 2019, según estimaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones [ITU], (2019), cerca del cincuenta y siete por ciento (57%) de la población mundial tenía acceso a internet y, con esto, a una herramienta de comunicación instantánea y accesible con la cual entablar y desarrollar relaciones sociales. El espacio resultante, conocido como el ‘ciberespacio’, se ha convertido en una vía casi indispensable para el desarrollo de iniciativas empresariales y nuevos proyectos enfocados en un mercado internacional abierto y una posibilidad de expansión

¹ Recibido: 16/03/2021 Aceptado: 12/06/2021

Este artículo fue realizado para optar al título de Abogado de la República Bolivariana de Venezuela; en la Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y Sociales de la Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela.

² Abogado. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: gianscionti@gmail.com

³ Profesora de la Universidad Rafael Urdaneta. Profesora del Programa de Especialización en Derecho Administrativo de la División de Estudios para Graduados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de La Universidad del Zulia. Correo: innesfariav@gmail.com

virtualmente infinita, resultado de la migración social a las plataformas virtuales y la desaparición del aspecto presencial de los procesos negociales y volitivos anteriormente determinantes en las relaciones comerciales.

Los medios digitales, como páginas web o redes sociales, se han convertido en el nuevo punto de encuentro para las empresas con sus consumidores, resultado de la facilidad brindada por estas para acercarse a su mercado destino; solo en febrero de 2019 casi el veinte por ciento (20%) de los usuarios estadounidenses de plataformas como Facebook, Twitter e Instagram, usaban estas para adquirir productos directamente, sin mediar otro medio de comunicación con sus compradores (eMarketer, 2019).

Por otro lado, este nuevo escenario internacional plantea una serie de problemáticas centradas precisamente en la manifestación internacional del fenómeno de la internet y el espacio cibernético, donde se realizan todas las interacciones digitales; un espacio carente de determinación territorial precisa y simultáneamente presente en todo el mundo. La posibilidad de acceso global al ciberespacio lleva inherentemente la capacidad de incidir, con lo presentado en él, a nivel internacional y se convierte simultáneamente en un elemento extranjero relevante y un aspecto interno para el derecho de los Estados.

Como resultado de la falta de una normativa clara sobre el fenómeno, el comercio ha pretendido limitar sus efectos por medio de la creación de una norma acordada, un concierto de voluntades expresado a través de estos medios electrónicos -un contrato digital-, sin percatarse de los riesgos a la seguridad jurídica provocados por las posibles transgresiones a elementos esenciales del contrato y sus limitaciones. Actualmente, la costumbre generalizada de aceptación obligatoria de los contratos de términos y servicios, se ha transformado en la inexistencia de voluntad real sobre la aceptación de dichos contratos, atentando contra la seguridad jurídica de ambas partes ante un limbo de posibles jurisdicciones aplicables.

Por otro lado, la formulación de dichos acuerdos también podría verse viciada como resultado de la -comprensible- inobservancia respecto a la totalidad de regímenes jurídicos existentes a los cuales se consideraría sujeto cualquier acuerdo en este ambiente impreciso; la limitación del orden público impuestas al Derecho Internacional Privado resultan en la imposibilidad de aplicar normas de parte sobre asuntos regulados por dicho orden jurídico esencial en la esfera interna estatal o internacional.

Como resultado de las situaciones planteadas con anterioridad, en un panorama de desconocimiento generalizado sobre las implicaciones del comercio electrónico en Venezuela (Llovera, 2016) y la inexistencia de un ordenamiento jurídico único con el desarrollo necesario sobre estos elementos, es menester presentar, con esta investigación, un marco inicial sobre el fenómeno del ciberespacio, con especial atención a los efectos producidos por este nuevo terreno comercial, carente de limitaciones territoriales, sobre la empresa venezolana.

1. Consideraciones jurídicas del ciberespacio.

El ciberespacio, como término acuñado en el año 1984 por William Gibson (Rattay *et al.*, 2010) es definido de manera diversa por investigadores, especialistas y entes gubernamentales a nivel internacional, pero todos mantienen elementos comunes con los cuales es posible determinar sus características esenciales. El Gobierno de España (2019: 17) define al ciberespacio como “[...] un espacio común global caracterizado por su apertura funcional y su dinamismo [...]” y presenta un elemento esencial, la globalidad, apoyado por Denmark y Mulventon (2010) y su concepción del ciberespacio como un *Global Common* o Espacio Común Internacional, como una de las cuatro *res nullius usus communis*, junto con el espacio aéreo, ultraterrestre y el Alta Mar.

Así mismo, el ciberespacio comprende otros elementos esenciales, la organización Internacional de Estandarización [ISO] (2012) define al ciberespacio como un complejo ambiente resultado de la interacción de personas, software y servicios en la internet por medio de equipos tecnológicos y las redes conectadas a estos, sin forma física alguna; dicha definición, concibe al ciberespacio con una mayor extensión, supera la idea del mero ambiente digital, como resultado de las interacciones humanas y digitales necesarias para su constitución, pero lo excluye de la esfera física.

Sin embargo, autores como Rattay, Evans y Healey (2010) describen al ciberespacio como un ambiente fundamentalmente físico, creado tras conectar sistemas y redes físicas; mientras el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América (2016) plantea una mixtura de ambientes físicos y virtuales como elemento del ciberespacio, contemplando, también como componente tecnológico, a las infraestructuras como parte del mismo Espacio Común cibernético.

Por lo tanto, el ciberespacio puede definirse como el conjunto de medios físicos (hardware) y digitales (software) entramados, conformantes de un espacio común global, accesible por medio de la internet y de difícil determinación territorial, donde las personas pueden transmitir o recibir información, entablar relaciones sociales y concretar relaciones jurídicas a una escala internacional.

De este concepto fundamental, pueden desprenderse características clave para la comprensión del fenómeno en sí y sus efectos en la esfera jurídica de las personas. Hildebrandt (2013) presenta al ciberespacio como un enlace variado de espacios físicos y virtuales, indudablemente real por las consecuencias perceptibles generadas por este entorno, presentando la clara dualidad presente en el espacio cibernético.

Alemania, en su proyecto a la resolución A/68/156, 7 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, puntualiza la característica dual del ciberespacio como espacio común y bien público, reafirmando su carácter Global (Alemania *Cit. Pos. Morgus y Maruer*, 2014) y como tal, se debe considerar como una *Res Nullius Communis Usus* de acuerdo a la definición de Rousseau (1966) sobre estos espacios particulares y, por tanto, la naturaleza jurídica del ciberespacio debe asemejarse a estos espacios con regímenes especialísimos.

Por tanto, se presenta la imposibilidad de ser controlada o adquirida como propiedad por entidad alguna y contiene, a su vez, valor y utilidad como una unidad, los cuales se reducen con la separación de sus partes; tanto Estados como no Estados pueden acceder a ella con los requisitos tecnológicos mínimos y usarlos para propósitos científicos, culturales, políticos o económicos y, como resultado, también pueden ser usados como medio para atentar contra otros o amenazar con hacerlo (Denmark y Mulvenon, 2010).

Por último, tal como lo describe Johnson y Post (1996), el ciberespacio se caracteriza por no tener límites territoriales, pues los costos y la velocidad de transmisión en la Red son casi completamente independientes de la ubicación física, los mensajes pueden ser transmitidos de una ubicación física a otra sin degradarse, decaer o retrasarse sustancialmente y sin ninguna otra barrera territorial.

2. La incidencia global de los medios digitales en el marco del derecho internacional.

De esta forma, si el ciberespacio se caracteriza por trascender las nociones tradicionales de territorio, como la “[...] porción del globo terráqueo donde se asienta el Estado [...]” (La Roche, 1987: 158), los actos incluidos dentro de dicho espacio común podrían verse inmersos en un conjunto de conflicto de leyes aplicables en función de la locación de los efectos o materialización de estos en la diversidad de Estados donde pueda visualizarse, en consideración del Derecho Internacional Privado.

A propósito de estas situaciones, la autonomía de la voluntad se configura como elemento esencial a la hora de reducir esta clase de incidencias, por medio de una elección de foro acordada por las partes, hasta el punto de convertirse en un elemento usual dentro de los contratos electrónicos (Oyarzábal, 2006); pero en el caso de una imprecisión legal sobre el tema o, en líneas generales, la ausencia de cláusula de elección de foro alguna, para determinar la ley aplicable será necesario recurrir a las normas del Derecho Internacional Privado relativas a los factores de conexión.

Para Carmona (2010), los factores de conexión dentro del Derecho Internacional Privado pueden clasificarse de varias formas según una serie de elementos clave y sobre la mutabilidad del factor, pueden clasificarse en: Mutables, aquellos factores de conexión con la capacidad cambiar en el tiempo, como la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual; e Inmutables, aquellos factores de conexión dependientes de elementos no variables en el tiempo, como el lugar de situación de un bien inmueble o el lugar de comisión de un delito.

Mientras los factores de conexión mutables no generan mayor inconveniente al tratar relaciones jurídicas en el ciberespacio, pues su determinación es independiente de donde se realicen; los factores de conexión inmutables, centrados en la ubicación, ya sea de los efectos cómo de las partes involucradas, de un acto jurídico, generan una serie de inconvenientes al momento de tratar las actividades producidas dentro de dicho espacio común internacional, debido a la imprecisión técnica relativa al lugar de ejecución de una actividad dentro del ciberespacio o, en general, sobre los efectos relativos a dichas actuaciones, tal como lo establece Kulesza:

The application of territorial jurisdiction over cyberspace must be done with much caution, since territoriality directly contradicts the nature of transnational online interactions. [...] Such application of territoriality would in fact result in global jurisdiction over all Internet activities, since consequences of actions taken using the electronic network affect simultaneously (*sic*) any place in which the Internet may be accessed. [...] (Kulesza, 2012: 14)

De tal forma, no solo hace referencia a la jurisdicción en el sentido de la competencia internacional, pues también se ve involucrada la determinación de la ley aplicable a dichas actuaciones con interés jurídico cuando podría discutirse la extensión de sus efectos a una escala global. La posibilidad de acceder a una página web desde cualquier parte del mundo y percibir su contenido, permite materializar indudablemente ciertos efectos en el espacio donde se visibiliza, mas su mera incidencia no puede considerarse suficiente para la determinación de la ley aplicable o la jurisdicción.

Al respecto, Ward *et al.* (2016) reafirma imposibilidad fáctica de considerar la mera accesibilidad de los medios digitales como elemento suficiente para determinar la ley aplicable o la jurisdicción sobre estos y adelanta un par de enfoques centrados en la escala de interacción digital y la prueba de los efectos para precisar correctamente la extensión de la incidencia internacional de los actos dentro del ciberespacio.

Con base en el Caso Zippo Mfg. Co. contra Zippo Dot Com, Inc de 1997, Ward *et al.* (2016) introduce el primero de los enfoques, la escala de interacción digital, por la cual una actuación en el ciberespacio -como la presentación de una página web- tendrá incidencia en un Estado de forma proporcional al grado de “interactividad” o el intercambio de información de la misma con los usuarios.

Bajo esta consideración, se delimitan tres puntos clave en la escala: la mera presentación de información, donde solo hay un acto unilateral y no puede considerarse, de forma alguna, incidencia suficiente para aplicar la ley del Estado donde se percibe; el intercambio de información, donde los usuarios intercambian también información y la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción dependerá de un análisis más profundo del intercambio y su incidencia en el Estado; y el intercambio comercial, donde existe una clara intención de concretar algún negocio jurídico y se puede considerar incidente para la aplicación de la ley y jurisdicción del Estado donde se presenta (Ward *et al.*, 2016).

Sin embargo, este enfoque se ve afectado principalmente por la extinción de las actuaciones de mera presentación de información -en especial sobre el caso de las páginas web, donde la personalización basada en *cookies*⁵ se ha convertido en el estándar internacional- y la falta de precisión sobre las actuaciones de ‘intercambio de información’, limitando la efectividad de dicha escala a la determinación relativa a las actuaciones de intercambio comercial, aportando un factor esencial sobre las relaciones en el ciberespacio: la intención.

Con esta base, Ward *et al.* (2016: 10) presentan el segundo enfoque sobre las actuaciones dentro del ciberespacio, el test de los efectos, el cual “[...] examines the defendant’s activities to determine whether those activities were directed at parties within the forum state [...]”⁶. Este enfoque recopila el aspecto útil de la escala de

⁴ Traducción: La aplicación de la jurisdicción territorial sobre el ciberespacio debe realizarse con mucho cuidado, puesto que la territorialidad contradice directamente la naturaleza de las interacciones transnacionales en línea. [...] Dicha aplicación de la territorialidad podría, de hecho, resultar en una jurisdicción global sobre todas las actividades en la Internet, puesto que las consecuencias de las acciones realizadas con el uso de las redes electrónicas afectan simultáneamente cualquier lugar en donde pueda accederse a Internet.

⁵ Google define a las cookies como un “archivo pequeño que se guarda en las computadoras de las personas para ayudar a almacenar las preferencias y demás información que se utiliza en las páginas web que visitan” (Google, 2020: parr. 1)

⁶ Traducción: examina las actividades de la parte defensora para determinar si estas actividades fueron dirigidas a sujetos dentro del foro estatal.

interacción digital y la extiende a una regla aplicable al momento de determinar la extensión de los efectos de los actos producidos en el ciberespacio, limitando la incidencia internacional de los medios digitales hasta una escala menos excesiva.

Adicionalmente, Kohl (2007) presenta una corriente doctrinal aplicable a la consideración incidental de los medios digitales, en relación a los efectos no físicos perceptibles en distintos Estados, los cuales, *a priori*, pudieran vincular a una multiplicidad de jurisdicciones y leyes aplicables sobre un mismo acto. Dicha corriente, plantea una serie de factores de análisis para considerar aplicable una jurisdicción particular, pues la actividad debe tener un efecto sustancial, directo o previsible dentro del territorio, junto al carácter de la actividad, la existencia de expectativas justificadas y la consistencia con las costumbres del sistema internacional.

Bajo estos enfoques ulteriores y la aplicación del carácter intencional extraído de la escala de interacción digital, es posible definir con mayor precisión el principio de incidencia internacional de los medios digitales, por el cual una actuación producida en el ciberespacio podrá verse sujeta a las consideraciones legales de los Estados donde pretende visualizarse o surtir efectos de forma sustancial, directa o previsible, limitando así el número de jurisdicciones a las cuales puede verse sujeta una persona por sus actuaciones en el ciberespacio.

3. La materialización de la incidencia global de los medios digitales sobre la empresa venezolana en el marco del derecho internacional.

Con base a lo dispuesto anteriormente, la empresa venezolana se encuentra en una delicada situación en lo relativo al ejercicio del comercio dentro del ciberespacio o el comercio electrónico, en ausencia de una regulación nacional o internacional sobre la misma, razón por la cual la determinación de las normativas aplicables debe considerarse como una diligencia fundamental para evitar la sujeción inadvertida a leyes extranjeras.

Con respecto al comercio electrónico, como fundamento de las actuaciones de la empresa venezolana en el ciberespacio, Fangfei establece lo siguiente:

[...] It is reflected in any form of business transactions in which the parties interact electronically rather than by physical exchanges. It can be carried out by an electronic ordering of tangible goods that are delivered physically using traditional channels such as postal services or commercial couriers. Alternatively, it can be completed directly online by electronic ordering, payment and delivery of intangible goods and services such as computer software, entertainment content, or information services. [...] ⁷ (Fangfei, 2010: 3)

El comercio electrónico es el resultado de una interacción electrónica con el propósito de concretar una transacción comercial y por tanto es independiente de la configuración específica de dicha transacción y su perfeccionamiento, la cual puede ser física o enteramente virtual, mas carece de precisión alguna sobre los elementos necesarios para entablar dicha interacción en un principio. Davidson (2009: 1) reafirma dicha consideración, definiendo el comercio electrónico como “[...] all commercial transactions based on the electronic processing and transmission of data, including text, sound and images [...]”⁸.

Por otro lado, para Vega Clemente (2015: 7), el comercio electrónico puede extenderse más allá de la mera transacción comercial y entenderse de forma más abierta como “[...] cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación [...]” y basados en esta definición, no solo se encuentra inmerso el mero acto comercial concretado entre las partes, sino también, las actuaciones previas y posteriores relacionadas a dicho acto.

⁷Traducción: Se refleja en cualquier forma de transacción comercial donde las partes interactúan electrónicamente, en vez de un intercambio físico. Puede llevarse a cabo por medio de una solicitud electrónica de bienes tangibles que son enviados físicamente por medios tradicionales, como el servicio postal o mensajería internacional. Alternativamente, puede completarse directamente en línea por medio de una solicitud, pago y envío electrónico de bienes intangibles o servicios, tales como los softwares para computadoras, el contenido de entretenimiento o servicios de información.

⁸Traducción: toda transacción comercial basada en el procesamiento y transmisión de información electrónica, incluyendo texto, sonido e imágenes.

Sobre esta base, es posible arropar como parte de la definición de comercio electrónico a los actos preparatorios a la transacción, especialmente la creación de una página web o usuario de redes sociales con fines comerciales, por la cual será posible entablar la relación comercial en un futuro, pues esta posee la voluntad de ofrecer un servicio comercial y, por tanto, la oportunidad de precisar el carácter de la relación entablada con ella, como medios electrónicos de la empresa.

Ahora bien, para determinar la normativa aplicable a las empresas venezolanas en ejercicio del comercio electrónico internacionalmente enfocado, es menester analizar una serie de legislaciones a nivel internacional para asegurar o limitar el alcance de dichas actuaciones comerciales o precisar las regulaciones a las cuales deberá adecuarse en función de dichas actuaciones, ya sea con la transacción comercial misma o las interacciones accesorias a esta.

3.1 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Aun cuando las consideraciones emanadas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) no tienen carácter vinculante dentro del Derecho Internacional Privado, presentan una guía fundamental para resolver controversias en ocasión de vacíos jurídicos o inexistencia de ley aplicable, por cuanto adquiere especial valor en la interpretación de casos sobre comercio electrónico en Estados ausentes de legislación respectiva.

De esta forma, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996, se convierte en un precedente histórico para la determinación de los actos ejercidos en el ciberespacio y sus efectos en el mundo material, como establece Davidson:

[...] The UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce [...] was intended to provide national legislatures with a template of internationally acceptable rules that would remove legal obstacles and create a more secure legal environment for electronic commerce. [...] was intended to facilitate the use of electronic communication and storage of information [...].⁹
(Davidson, 2009: 26)

Aun cuando la ley modelo no versa directamente sobre las transacciones comerciales, presenta uno de los principios fundamentales para el comercio electrónico, la equivalencia funcional de los actos electrónicos sobre los físicos y presenta una serie de definiciones relativas a los procesos comerciales en el ciberespacio. El mensaje de datos, para la CNUDMI (1996: Art. 1.a), se entiende como “la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares” y dicha definición puede aplicarse, en mayor o menor medida, para toda actuación producida en el ciberespacio.

Por otro lado, en un informe relativo a la contratación en la nube, la CNUDMI presentó una serie de consideraciones relativas a la incidencia de ciertos actos producidos en el ciberespacio sobre la esfera jurídica de otros Estados:

[...] Entre los factores que podrían tenerse en cuenta para determinar si será aplicable esa ley figuran la utilización de un dominio de nivel superior de un determinado país vinculado a un lugar determinado, el uso del idioma local en un sitio web, la fijación de los precios en la moneda local y la mención de personas de contacto locales. (CNUDMI, 2019: 53)

Aun cuando refieren a un tipo específico de actuación comercial en el ciberespacio, los contratos de computación en la nube, estas consideraciones no se encuentran exentas en el panorama general, pues también en estos casos se consideran elementos fácticos con la capacidad de determinar la región a la cual están destinadas dichas actuaciones comerciales. Se entiende, por tanto, la existencia de una intención comercial al plantear características de accesibilidad a ciertos grupos anteriormente separados por elementos eminentemente territoriales.

⁹ Traducción: La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico [...] tenía el propósito de proveer a legislaciones nacionales con un formato de reglas internacionalmente aceptadas que podrían remover obstáculos legales y crear un ambiente más seguro para el comercio electrónico. [...] tenía la intención de facilitar el uso de las comunicaciones electrónicas y el almacenamiento de información.

3.2 Unión Europea.

Aun cuando dentro de Europa existe una multiplicidad de jurisdicciones y, por tanto, una multiplicidad de legislaciones sobre temas diversos, la Unión Europea se ha encargado de mantener una guía macro para la solución de los conflictos de jurisdicción y la elección de la ley aplicable en los casos competentes. En ese caso, existen dos marcos legales esenciales para cada planteamiento: el Reglamento de Roma I y Roma II para la elección de la ley aplicable; y el Reglamento de Bruselas I para la solución a los conflictos jurisdiccionales.

Aun cuando la definición de mensaje de datos se mantiene en el contexto de la Unión Europea, la Directiva sobre Comercio Electrónico plantea una definición especial en materia comercial, definiendo a la comunicación comercial como “[...] todas las formas de comunicación destinadas a proporcionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones reguladas [...]” (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2000: Art. 2.f).

Por otro lado, el Reglamento de Bruselas I, en el segundo numeral del artículo 25, plantea el principio de equivalencia funcional de los medios digitales, por el cual “2. Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.” (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2015: Art. 25), donde se hace especial énfasis en el registro, como elemento clave para determinar la legalidad de actuaciones comerciales como la formación de acuerdos sobre Términos y Condiciones.

Sobre los conflictos jurisdiccionales en el ciberespacio, adelanta el *Institute for Research on Internet and Society* [IRIS] (2017), la determinación del domicilio se convierte en una labor especialmente complicada, bajo la multiplicidad de sedes posiblemente intervinientes en el cumplimiento de una obligación y remite a la Directiva sobre Comercio Electrónico para determinarla por el sitio donde se lleva la actividad económica y, cuando exista multiplicidad de estas, deberá precisarse cuál es el centro de servicio.

No obstante, Fangfei puntualiza la inexistencia, dentro de la normativa anteriormente señalada, de reglas especiales de Derecho Internacional Privado centradas en la solución de dichos conflictos, por lo cual acude al Reglamento de Bruselas I, como normativa europea relativa a conflictos de jurisdicción entre Estados donde al menos uno de estos es parte, en donde generalmente se entenderá aplicable la jurisdicción del domicilio del Defendido (Fangfei, 2010).

Sobre la base de esta regla de determinación general, el IRIS (2017) considera la existencia de una serie de competencias especiales, planteadas en el artículo 7 del Reglamento, con fuerte relación al tema de los asuntos en el ciberespacio. El primer numeral configura como jurisdicción competente a la del lugar donde deba cumplirse la obligación, ya sea la entrega de un bien o la prestación de un servicio, en los casos de obligaciones contractuales; en materia de obligaciones extracontractuales, se entenderá competente la jurisdicción de donde se haya producido o pueda producirse el daño (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2015).

Con respecto a la determinación de la ley sustantiva aplicable, según lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento de Roma I (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2008) y el artículo 3 del Reglamento de Roma II (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2007), serán estas normativas europeas las adecuadas para resolver incluso los conflictos de leyes existentes entre Estados miembros y no miembros.

Por otro lado, en los casos de ausencia expresa o tácita de elección de ley sustantiva, el Reglamento de Roma I, según lo dispuesto por el IRIS (2017), se apegan al principio general de la conexión más cercana y contempla, dentro de los párrafos del artículo 4 de dicha normativa, como factor decisivo la residencia habitual de la parte con la obligación característica del contrato, ya sea el vendedor en contratos de compra venta; el prestador de servicios en los contratos de prestación de servicios, y otros de forma similar.

De forma similar regula el Reglamento de Roma II lo relativo a las obligaciones extracontractuales, por lo cual, comenta el IRIS, la ley aplicable en estos casos donde, por tratarse de una obligación generada sin acuerdo entre partes, no existe posibilidad de convenir en una ley sobre la materia; se aplicará la norma sustantiva del

Estado donde se produjo el daño, en ausencia de un domicilio común entre las partes, en cuyo caso se aplicará la ley de dicho domicilio (IRIS, 2017).

3.3 Estados Unidos de América.

Como resultado de la organización política particular y las características esenciales del sistema anglo americano a nivel judicial, no existe una sola normativa de Derecho Internacional Privado a la cual acudir para poder responder las dudas relativas a los conflictos de jurisdicción y leyes aplicables, mas las conclusiones son el resultado de consideraciones jurisdiccionales mantenidas en el tiempo, con ciertas excepciones de carácter federal las cuales son menester mencionar.

Sobre esto, el IRIS (2017) introduce un principio jurisprudencial por el cual se debe basar cualquier análisis sobre jurisdicción en el sistema anglo americano, el principio *forum non conveniens*, por el cual la corte deberá rechazar el ejercicio de su jurisdicción con el propósito de evitar una solución injusta o ineficiente de la controversia, en comparación a una jurisdicción extranjera. Este principio, aun cuando base para el análisis, carece de determinación alguna y depende, de forma absoluta, de lo considerado por la corte como ‘justo’ o ‘eficiente’ en relación a las posibles actuaciones de jurisdicciones extranjeras.

Para Fangfei (2010), el asunto de la jurisdicción se encuentra vinculado a los conceptos de residencia, domicilio y nacionalidad, similar a las proposiciones del Reglamento de Bruselas I, pero con una extensión mayor sobre otros elementos territoriales, independientes del carácter de la contención. Bajo los preceptos iniciales, uno de los elementos de análisis fundamentales para la precisión de la jurisdicción se encuentra en el test de los contactos mínimos, por el cual un contacto continuo y sistemático podría vincular a las partes a la jurisdicción nacional.

En este sentido, el IRIS (2017) agrega otro conjunto de pruebas analíticas con el propósito de precisar de mejor manera la vinculación con el régimen jurídico norte americano, a su consideración, sobre la base de los casos de Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc y Calder v Jones, sobre el test de la escala de interacción y, posteriormente, el test de los efectos, con los cuales se puede determinar la cantidad de “contactos” o incidencia real con el Estado norteamericano y, por tanto, precisar la consideración sobre la aplicación de su jurisdicción.

Sobre la determinación de la ley aplicable, tanto Fangfei (2010) como el IRIS (2017), comparten la postura de considerar válida la doctrina bilateral de la Unión Europea, es decir, la existencia de la libertad de elección de ley aplicable -en este caso, sobre el entendido de un vínculo o relación material con la ley a la cual desean someterse (Fangfei, 2010)- y la ausencia de elección sobre la norma subjetiva a aplicar. Sin embargo, ninguno de estos dos eventos se encuentra regulado legislativamente y, por tanto, deberán analizarse cada caso concreto con base a la jurisprudencia de cada Estado -dentro de los Estados Unidos de América-.

3.4 Venezuela.

En el caso de Venezuela, existen una serie de regulaciones normativas a las cuales hacer referencia para poder precisar las consideraciones de jurisdicción y ley aplicable sobre las actuaciones en el ciberespacio, por parte de la empresa venezolana. Es menester reafirmar la definición de mensaje de datos propuesta por la CNUDMI *ut supra*, por cuanto dicha ley modelo fue el fundamento para la vigente Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, la cual los define como “Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.” (Asamblea Nacional, 2001: Art. 2).

El Código de Bustamante, como ley aplicable a los casos donde se encuentren involucrados otros Estados partes de la Convención, establece normas de conflicto tanto para el caso de la jurisdicción como la precisión de la norma sustantiva aplicable. Sobre la jurisdicción, el Código de Bustamante, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 318, limita el sometimiento expreso o tácito a la jurisdicción sobre la base de existir algún vínculo de nacionalidad de alguna parte con el Estado al cual se someten; En materia civil y comercial, el juez competente, en ausencia de acuerdo sobre la jurisdicción, será el del lugar de cumplimiento, el domicilio de los demandados y, subsidiariamente, el de su residencia (Congreso de los Estados Unidos de Venezuela, 1932).

Sobre la ley aplicable, el Código de Bustamante establece una serie de reglas específicas aplicables a estos casos, con especial énfasis sobre obligaciones contratos por adhesión, los cuales se registrarán, en ausencia de voluntad contraria, por la ley del oferente y en los demás contratos, en ausencia de una ley personal común, se aplicará la ley del lugar de celebración del contrato (Congreso de los Estados Unidos de Venezuela, 1932).

Pero bajo el entendido de un ambiente digital sin fronteras territoriales, la determinación del lugar de celebración sólo puede concretarse por medio de una ficción jurídica, inexistente en el ordenamiento jurídico venezolano; razón por la cual solo puede hacerse medición de las consideraciones respectivas en otros Estados, como España, donde se entiende como lugar de celebración, en el caso de contratos de consumo, en el lugar de residencia habitual del consumidor y en el resto de contratos, se entenderá celebrado en el lugar de residencia habitual del prestador o parte con la prestación característica (F. Burgueño, 2010).

En los casos de controversias de Derecho Internacional Privado con Estados no integrantes del Código de Bustamante, Venezuela aplicará la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998, tanto para las reglas de elección de foro, como para la competencia judicial. Sobre la competencia, el artículo 40 de la ley plantea una serie de precisiones sobre el foro nacional en acciones de contenido patrimonial, por la cuales será competente la jurisdicción venezolana cuando las obligaciones deban cumplirse en el territorio de la república, el contrato haya sido celebrado en este o las obligaciones se desprendan de hechos verificados en dicho territorio (Congreso de la República de Venezuela, 1998).

Sobre el conflicto de leyes en las obligaciones en general, la Ley contempla un análisis similar al test de conexiones mínimas, planteando como factor de conexión a la vinculación entre la obligación y un ordenamiento jurídico, mas contempla una serie de factores, como los elementos objetivos y subjetivos desprendidos del contrato, para determinar dicha conexión material; junto a las normas y costumbres del Derecho Mercantil Internacional, pudiendo entonces tomar en consideración factores decisivos de otras legislaciones como costumbre. Sobre los hechos ilícitos, por otro lado, se entenderá aplicable la ley del lugar donde se hayan producido los efectos, de forma similar a lo planteado por otras jurisdicciones (Congreso de la República de Venezuela, 1998).

Conclusiones

El ciberespacio, como el espacio común global por el cual es posible entablar relaciones jurídicas a escala internacional, no solo puede entenderse como una gama intangible de información, ni mucho menos un conglomerado independiente de las personas, su comprensión como un espacio común global, con características mixtas e incidencia internacional, es de vital importancia para aprovechar las ventajas presentes en dicho fenómeno y afrontar con posición estable los desafíos generados con sus manifestaciones.

De esta forma, sí es posible entablar relaciones comerciales, ejercer actos de comercio, contratar por medios digitales y afectar positivamente o negativamente el patrimonio de otras personas dentro del ciberespacio; no puede dudarse de la incidencia generada por estos medios, sin importar su inmaterialidad, a los Estados donde pueden presentarse y, en especial, donde estos se desean presentar. Es así como se configura el llamado 'Principio de Incidencia Internacional de los Medios Digitales', por el cual las actuaciones dentro del ciberespacio podrán verse sujetas a las regulaciones normativas estatales de donde pretenden visualizarse o surtir efectos de forma sustancial, directa o previsible.

Este elemento, ponderado con base a una consideración material de efectos esperados por el actor de los mismos, se traduce en la necesidad de las empresas venezolanas de conocer las posibles implicaciones relativas a actuaciones dentro del comercio electrónico, en donde se incluye, junto la transacción comercial misma, las actuaciones preparatorias a esta. Plasmar herramientas de accesibilidad en función del idioma, símbolos distintivos de un territorio, cuantificación de los bienes o servicios ofrecidos en una moneda particular y otros elementos de similar carácter, ya sea en páginas web o perfiles sociales; pueden ser elementos vinculantes a una jurisdicción particular y hacer competente a jueces extranjeros del conocimiento de acciones sobre dichas actuaciones en el ciberespacio.

Aun cuando no existe una normativa internacional sobre el comercio electrónico o regulación multilateral especial en relación al ciberespacio, existen mecanismos internos y costumbre internacionales con la capacidad de señalar ciertas consideraciones aplicables, en mayor o menor medida, al caso del ciberespacio, aunado a las recomendaciones y estudios jurídicos promovidos por organizaciones internacionales como la CNUDMI.

Respecto a las obligaciones extracontractuales, existe una regla mantenida en todas las corrientes estudiadas, con la cual se considera competente y aplicable la ley del lugar donde se produjo el daño, independiente de donde haya iniciado la acción. Sobre las obligaciones contractuales, especialmente en el caso del comercio electrónico, la costumbre internacional se inclina a la elección del foro y la ley aplicable en ejercicio de la voluntad contractual, dicha prerrogativa se encuentra resguardada por todas las legislaciones analizadas, siempre limitadas bajo las consideraciones de un vínculo material con la legislación elegida.

Pero en ausencia de elección de foro, como práctica negligente y riesgosa para la protección de los intereses de las partes en una relación de trascendencia global, como es el caso de las actuaciones por medios digitales en el ciberespacio, genera un conjunto de conflictos jurisdiccionales desatendidos por los Estados en un sentido amplio, los cuales se han limitado a precisar la forma con la cual se enmarcan las actuaciones digitales en relación a las actuaciones físicas o materiales. Las normativas sobre mensajes de datos se han convertido en una herramienta accesoria para hacer efectivas las operaciones digitales bajo una equivalencia funcional, pero no resuelven otra serie de conflictos generados por la naturaleza transnacional del ciberespacio.

La ausencia de un lugar de celebración en los contratos electrónicos o, en los casos de bienes inmateriales, la inexistencia material de un sitio de ejecución de las obligaciones, por encontrarse ambas consideraciones inmersas en el “mar” cibernético. Todos estos elementos deben ser precisados, con el fin de poder adecuar leyes anteriores o de lleno obsoletas, por medio de ficciones legales, como se ha realizado en ciertos Estados europeos; pero más allá de remendar legislaciones con nuevas precisiones limitadas, los Estados deben iniciar un proceso de modernización de sus normas.

Ya no son buques, aeronaves o cohetes los medios transnacionales de conexión por excelencia para configurar relaciones jurídicas internacionales, pues con el ciberespacio hablamos de vehículos accesibles para la generalidad de personas, con la posibilidad de ‘navegar’ un espacio casi infinito y encontrarse en un punto medio con otras, entablar relaciones sociales y concretar transacciones jurídicas instantáneas, con efectos reales en el mundo físico y a una escala internacional.

El ciberespacio tiene un valor político, económico, social e incluso militar indudable, no es suficiente la mera regulación de los efectos más disruptivos de ella, es fundamental el planteamiento de una robusta legislación dirigida al espacio mismo, la cual permita una verdadera protección jurídica de las personas frente a su interacción, por este medio, con el resto del mundo y el impacto de estas a cada uno de los Estados.

Referencias

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1996. **Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico**. Resolución 51/162 de la Asamblea General. New York.

ASAMBLEA NACIONAL. 2001. **Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas**. En Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 37.076.

CAKEBREAD, Caroline. 2017. **You’re not alone, no one reads terms of service agreements**. Business Insider. Disponible en www.businessinsider.com [Visitado el 23 de octubre de 2020]

CARMONA, Wilmer. 2010. **Manual de Derecho Internacional Privado**. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. 2019. **Notas sobre las principales cuestiones relacionadas con los contratos de computación en la nube**. Naciones Unidas. Vienna.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1998. **Ley de Derecho Internacional Privado**. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N.º 36.511. Caracas.

CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE VENEZUELA. 1932. **Código de Bustamante**. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela. Número Extraordinario 9 de abril de 1932. Caracas.

DAVIDSON, Alan. 2009. **The Law of Electronic Commerce**. Cambridge University Press. Cambridge.

DENMARK, Abraham; MULVENON, James. 2010. "Contested Commons: The Future of American Power in a Multipolar World". En **Contested Commons: The Future of American Power in a Multipolar World**. Center for a New American Security. Washington. Pág. 3 - 48

DEPARTMENT OF DEFENSE. 2016. **Strategy for Operations in the Information Environment**. Disponible en dod.defense.gov [Visitado el 17 de julio de 2020]

EMARKETER. 2019. **Social Media Activities Performed by US Social Media Users, by Platform, Feb 2019**. Disponible en www.emarketer.com [Visitado el 23 de octubre de 2020]

FANGFEI WANG, Faye. 2010. **Internet Jurisdiction and Choice of Law**. Routledge. New York.

FERNÁNDEZ BURGUEÑO, Pablo. 2010. **Lugar de Celebración del Contrato Electrónico**. Disponible en www.pablofb.com [Visitado el 25 de noviembre de 2020]

GOBIERNO DE ESPAÑA. 2019. **Estrategia Nacional de Ciberseguridad**. Orden PCI/487/2019. Disponible en www.dsn.gob.es [Visitado el 17 de julio de 2020]

GOOGLE, 2020. **Cookie: definición**. Disponible en support.google.com [Visitado el 22 de noviembre de 2020]

HILDEBRANDT, Mireille. 2013. "Extraterritorial Jurisdiction to Enforce in Cyberspace? Bodin, Schmitt, Gotius in Cyberspace". En **The University of Toronto Law Journal**. Vol. 63 N° 2. Toronto. Pág. 196 - 224

INSTITUTE FOR RESEARCH ON INTERNET AND SOCIETY (IRIS). 2017. **Jurisdiction and conflicts of law in the digital age**. Disponible en irisbh.com.br. [Visitado el 22 de junio de 2020]

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). 2012. **ISO/IEC 27032:2012**. Disponible en www.iso.org [Visitado el 23 de noviembre de 2020]

JOHNSON, David; POST, David. 1996. "Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace". En **Stanford Law Review**. Vol. 48 N°5. Stanford. Pág. 1367 - 1402

KOHL, Uta. 2007. **JURISDICTION AND THE INTERNET Regulatory Competence over Online Activity**. Cambridge University Press. Cambridge.

KULESZA, Joanna. 2012. **International Internet Law**. Routledge. New York.

KUTT NEBRERA, Alexander. 2015. "La Importancia de Dominar los Global Commons en El Siglo XXI". En **Documento Marco**. Instituto Español de Estudios Estratégicos. España. Pág 1 - 21

LA ROCHE, Humberto. 1987. **Derecho Constitucional. Parte General**. Vadell hermanos Editores. Valencia.

LLOVERA, Mariela. 2016. **Comercio Electrónico en Venezuela**. Nayma Consultores. Disponible en naymaconsultores.com [Visitado el 22 de junio de 2020]

MARURER, Tim; MORGUS, Robert. 2014. **Compilation of Existing Cybersecurity and Information Security Related Definitions**. New America. *Non locus*.

OYARZÁBAL, Mario. 2006. “La Ley Aplicable a los Contratos en el Ciberespacio Transnacional”. En *DeCITA*. N° 5-6. España. Pág. 129 - 152

PARLAMENTO EUROPEO; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. 2000. **Directiva 2000/31/CE (Directiva sobre el comercio electrónico)**. Diario Oficial de la Unión Europea.

PARLAMENTO EUROPEO; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. 2007. **Reglamento (CE) N.º 864/2007 (Roma II)**. Diario Oficial de la Unión Europea.

PARLAMENTO EUROPEO; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. 2008. **Reglamento (CE) N.º 593/2008 (Roma I)**. Diario Oficial de la Unión Europea.

PARLAMENTO EUROPEO; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. 2015. **Reglamento (UE) N.º 1215/2012 (Bruselas I) del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo**. Diario Oficial de la Unión Europea.

RATTRAY, Greg; EVANS, Chris; HEALEY, Jason. 2010. “American Security in the Cyber Commons”. En *Contested Commons: The Future of American Power in a Multipolar World*. Center for a New American Security. Washington. Pág. 137 - 176

ROUSSEAU, Charles. 1966. **Derecho Internacional Público**. Ediciones Ariel. Barcelona.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. 2007. **Sentencia de 29/03/2007**. Exp. N.º 2005-000635. Caracas.

UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (ITU). 2019. **Statistics**. Disponible en www.itu.int [Visitado el 23 de octubre de 2020]

VEGA CLEMENTE, Virginia. 2015. “Principios jurídicos que inspiran el comercio electrónico”. En *Anuario de la Facultad de Derecho*. N.º 32. Universidad de Extremadura. Badajoz. Pág 1 - 28

WARD, Burke; SIPIOR, Janice; VOLONINO, Linda. 2016. “Internet Jurisdiction for E-commerce”. En *Journal of Internet Commerce*. Vol. 15 N° 1. London. Pág. 1 - 17

Cuestiones Jurídicas
Vol.15, Número 2, 2021 Julio- Diciembre
Maracaibo, Venezuela.

