

ISSN 2343-6352 / Depósito Legal ppi 201402ZU4462
Vol. 16, Núm. 2, Julio - Diciembre 2022

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>

2022© Los Autores.

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

Diseño y maquetación: Mibsay Contreras

Revisión de traducción de abstract: Gianpaolo Scionti.



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

Web de Revista Arbitradas URU: <http://ojs.uru.edu/ojs/index.php/index>
<https://ojs2.uru.edu/index.php/cj>

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 Viloria
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

Econ. Alfredo León, Rector

MSc. Ramón Rincón, Vicerrector Académico

Ing. Oscar Urdaneta, Secretario

Dra. Tania Mendez

Decana de la Facultad de Ciencias Políticas,
Administrativas y Sociales.

Dra. Innes Faría

Directora de la Escuela de Derecho

Contenido

Artículos en Ciencias Jurídicas

Aproximaciones reflexivas a la Política de Control Social.

Reflective Approaches to Social Control Policy.

Jesús Enrique Párraga Meléndez.

9

El silencio administrativo en tiempos de pandemia.

Administrative silence in times of pandemic.

Valeria Alejandra González Piñeiro y Marianela Del Socorro Lobo Dávila

22

Aplicabilidad de leyes sobre medios digitales en Documentos Públicos en Venezuela.

Analysis of the Applicability of laws on digital media in Public Documents in Venezuela.

José Daniel Fuenmayor y Ángel Niño

38

Artículos Especiales

Libertad académica y la difusión de opiniones basadas en investigaciones académicas: una visión de los estándares internacionales de derechos humanos.

Academic freedom and the dissemination of opinions based on academic research: An overview of international human rights standards.

Ricardo Villalobos Fontalvo, David Gómez Gamboa, Giuseppe Mazzocca y Denise Ortega Morán

59

Reseña Jurisprudencial

Reflexiones sobre la Sentencia Núm. 25/SE-TSJ del 04-03-2009: Caso Patricia Rosenzweig Levy.

Reflections about the Court Decision N° 25/SE-TSJ of 04-03-2009: Case Patricia Rosenzweig Levy.

Jean-Denis Rosales Gutiérrez.

72

Aproximaciones reflexivas a la Política de Control Social¹

Jesús Enrique Párraga Meléndez²

Resumen

El objetivo del artículo consiste en caracterizar la política de control social, formal e informal, a la luz de los principales desarrollos teóricos (multidisciplinarios) sobre el tema. Justificó el desarrollo de la investigación un intento de aproximación reflexiva a acontecimientos de la historia contemporánea de Venezuela en el periodo (2013-2021), los cuales, para poder explicarse de forma racional, deben enmarcarse en las contradicciones del ordenamiento jurídico, especialmente en cuanto a las competencias derivadas de la política de control social. Mucho más cuando, el sistema de gobierno del régimen de Nicolás Maduro deriva en posibles excesos que de manera sistemática pudieran desdibujar el uso adecuado de tal control, desde una perspectiva formal. En lo metodológico se trata de una investigación descriptiva estructurada mediante el despliegue de una metodología fenomenológica-hermenéutica. Se concluye que una nueva categoría de control social se implementa en función del uso de herramientas tecnológicas masivas como es internet y las redes sociales, las cuales al ser utilizadas por órganos estatales no cambian la naturaleza del control social pues prevalece el hecho que el agente que detenta el poder es el Estado, por ello es pertinente advertir que se trataría de un control social formal y a veces invisible.

Palabras clave: Control social; políticas públicas; aproximaciones reflexivas; ciencia política.

Reflective Approaches to Social Control Policy

Abstract

The article's purpose is to classify the formal and informal social control policy based on the subject's primary (multidisciplinary) theoretical considerations. The research was justified as an attempt to reflexively approach events in the contemporary history of Venezuela between 2013 and 2021, which, to be explained rationally, must be considered within the contradictions of the legal system, especially in terms of the powers derived from the social control policy. Primarily when the government system of Nicolás Maduro's regime derives potential excesses that could systematically blur the proper use of such controls from a formal perspective. Methodologically, this is a descriptive research structured through a phenomenological-hermeneutic approach. It was determined that a new category of social control was implemented through the use of massive technological tools, such as the Internet and social networks, used by state agencies, which do not change the nature of social control since the fact that the agent

¹Fecha de admisión: 16-02-2022

Fecha de aceptado: 21-06-2022

Este artículo se deriva de la tesis desarrollada en el marco del doctorado en Ciencia Política de la Universidad del Zulia, intitulada: Sentido de la política de control social en Venezuela en el marco del binomio: seguridad jurídica y derechos humanos.

²Profesor e Investigador del Instituto de Criminología "Dra. Lolita Aniyar de Castro" de la Universidad del Zulia. Correo Electrónico: jeparmel@gmail.com

holding power is the State prevails, so it is pertinent to note that it would be a formal and sometimes invisible social control.

Keywords: Social control, public policy, reflexive approaches, political science

Exordio: Referentes históricos del control social

La supervisión ciudadana que realizan las autoridades gubernamentales no es una novedad, desde distintos escenarios históricos se han contemplado estrategias que conllevan al control social, cada uno adaptado a la época correspondiente y al sistema de gobierno, aunado a ello el poderío económico también es relevante al momento de determinar las políticas referidas a dicho control social. Los sistemas de gobierno deben estar enfocados en las diferencias históricas, culturales y sociales de cada territorio; paralelamente, sus actuaciones ameritan el bienestar de la población. Así, las atribuciones y competencias otorgadas a los órganos y entes que forman parte del ecosistema estatal perfilan su propósito en mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos, bajo esta premisa es fundamental contar con un marco jurídico que establezca límites al ejercicio del poder del Estado.

Existe una amplísima variedad de formas de gobierno; con frecuencia grosso modo se dividen en repúblicas y monarquías, especialmente de la primera derivan distintos adjetivos que la califican desde democráticas hasta dictatoriales y, otras tantas, que oscilan entre un extremo y otro. Más allá de esa división los órganos establecen mecanismos que conllevan a controlar a la población.

Las primeras experiencias de control social se enfocaron en Roma, pues se establecieron los feudos que dieron lugar al control desde una perspectiva económica, de a poco se difuminó el imperio para darle paso a los propietarios de amplias extensiones de tierra, así el control lo tenía el señor feudal sobre los vasallos.

En efecto, la desaparición de Roma como fenómeno político, militar y administrativo ocurre dando paso a una nueva mentalidad, una nueva percepción de la vida, una nueva forma de producir, de relacionarse los hombres entre sí, una nueva forma de autoridad y mando, una nueva sociedad (Salcedo Picón, 2004: 28).

El vasallaje fue determinante en la política de control social, puesto que a cambio de protección (que otorgaba el señor feudal), el siervo tenía que cumplir determinadas obligaciones basadas en la obediencia y fidelidad, especialmente en materia militar y de apoyo político, una de sus características es que el acuerdo se hacía entre personas libres, el contenido económico era, si se quiere, la razón de ser de tal modelo de control. Durante la Edad Media se establecieron, además monarquías feudales, por lo tanto, al control se le sumaba otro elemento de poderío, el vitalicio y heredado, y en ello el catolicismo tuvo amplia participación.

De esta manera, un nuevo esquema de control social se instauraba por medio de las creencias religiosas (con sus divisiones y variantes) fuertemente arraigadas en las enseñanzas universitarias. El rol de la iglesia católica en la creación de instituciones educativas eclesiásticas estableció las bases para un control teológico. Asimismo, las creencias contrarias eran perseguidas, el que tuviera costumbre, actuar o moral distinta era acusado de hereje y debía ser perseguido.

Con la llegada de la Edad Moderna la libertad de mercados y la diversificación de las herramientas de comunicación establecieron ajustes en el control social. El poder estaba en manos del capital y la burguesía, los esquemas de obediencia se sustentaban en la necesidad de trabajar, pero sin regulación estatal; esa era la ética predominante en la época. Particularmente, el descubrimiento y colonización de América marcó pauta para que relaciones de poder distintas se conocieran, cada una desde sus especificidades, el resultado fue anomia e incertidumbre para las personas que ya habitaban el territorio, aunado a ello la mezcla reproductiva (mestizaje) trajo consigo nuevas formas de control desde el idioma hasta la atención de la salud y la conversión al catolicismo.

Las luchas de clases en contra de las políticas implementadas para el control de las personas se tornaron en reaccionarias y violentas. Uno de los hitos más relevantes (con el cual se finaliza la Edad Moderna) es la Revolución Francesa en 1789, con ella la política, la economía, el derecho, la sociología, cambiaron los ideales que las sustentaban; la alfabetización permitió que se ampliaran los círculos en los cuales discurrían discursos de

transformación y los sistemas de gobierno y control se ajustaron a demandas de mayor acceso a la cosa pública. “De aquí adelante la transformación y creación de las instituciones políticas y con ellas, las de control social; todas a partir de ahora impersonales, públicas, nacionales” (Salcedo Picón, 2004: 121).

Con la Edad Contemporánea, se institucionaliza uno de los componentes característicos del control social³, la cárcel moderna, en palabras de Zaffaroni, Alacia y Slokar (2006), la prisión tiene efecto deteriorante y criminógeno (reproductor de clientela carcelaria, fijador y potenciador de roles desviados y condicionante de desviaciones secundarias más graves que la primaria que motiva la prisionización). Así, el enfoque del control social se sustentó en las decisiones derivadas de la administración de justicia. El rol del juez determinó la implementación de políticas dirigidas a limitar el derecho a la libertad.

Ahora bien, entre 1920 y 1980, los sistemas judiciales penales aunque no perdieron vigencia, comenzaron a ser deslastrados por un enfoque distinto de control social que se configuraba en el reconocimiento de derechos laborales, razón por la cual la capacidad de control por parte del Estado requería equilibrar las exigencias sindicales y patronales dando paso, entonces, a un control tripartito que a la larga requirió participación de otros actores sociales como organizaciones no gubernamentales y sus especialísimos temas de cobertura, conforme a quien tuviera mayor capacidad de poder. “Para Foucault toda relación social es de poder, de lo que puede concluirse que sus ideas sobre el poder se tratan realmente de un presupuesto sobre las relaciones sociales” (Toro Silva, 2019: 185), por ello el control social no se limita a situaciones enmarcadas en la materia penal y criminológica.

Posteriormente, con la globalización los novedosos esquemas de control pasaron a formar parte de mayores necesidades de comunicación inmediata y de consumo, por lo cual los parámetros que caracterizaban a las políticas de control social no provenían, necesariamente, de las decisiones gubernamentales o de cualquier rama del poder público, sino que las empresas multinacionales y los organismos multilaterales eran (y son) quienes determinan las políticas de control social. La supervisión no se mantiene en un ámbito territorial determinado pues ha sido superado por quien detente las facilidades y la fuerza económica y comunicacional, un ejemplo de ello son las redes sociales que en cuestión de segundos fijan criterios que dominan a las masas.

En este punto es importante mencionar que la información estratégica en la que se evalúan incluso los horarios para darla a conocer es una de las singularidades del control social mundial. En un contexto en el que hay una aparente espontaneidad, realmente hay adoctrinamientos que van desde la forma de vestir, expresarse, que no obedecen a situaciones momentáneas o de moda, sino a herramientas planificadas para mantener comportamientos en la población: “Tiende a la homogeneización, clasificación y organización de los sujetos en función de los intereses de producción y de conocimiento del grupo dominante en la sociedad moderna” (Toro Silva, 2019: 185).

Con las nuevas tecnologías, la información se multiplica; hay un cambio sustancial en la escala, el tamaño y el tipo de datos, esto lleva a la aparición de fenómenos como el *Big Data* y demás dispositivos inteligentes que recogen y almacenan millones de datos personales de cada integrante de la sociedad; lo que implica que la información de cada persona esté a disposición de cualquiera en la red. Del mismo modo, la era marcada por la transformación que han supuesto tanto la información, como los avances tecnológicos y digitales, puede llevar a la aparición del control social y una evolución del panóptico y la vigilancia a partir de la información, y el cambio en el tamaño y cantidad de datos e información (Polo Roca, 2020).

En el ámbito internacional las imposiciones de las reglas de control social provienen de los países centrales hacia los que se encuentran en la periferia. A las políticas postmodernas no les interesa cuidar las formalidades que tienen las libertades civiles, aunque no se aceptan las dictaduras a ultranza, se han promulgado legislaciones que eran consideradas excepcionales, institucionalizándolas con formas jurídicas cotidianas y permanentes para legitimar y dar cauce a las nuevas estrategias de control social (Sánchez, 2012).

Lo anteriormente expuesto, da cuenta de los cambios que ha tenido el control social, ya no depende solo de la administración gubernamental, el denominador común es el poder económico en primer lugar, seguido de la cercanía a los órganos que toman las decisiones para implementar políticas concretas de supervisión ciudadana, a

³Tal como se explica en este artículo, el concepto de control social para esta investigación es más amplio que el circunscrito a aspectos penales y criminológicos.

la par que quien tiene el poderío comunicacional mantendrá los estándares de comportamiento según su criterio. Estas novedades ameritan transformaciones en las definiciones de control social pues, cada vez se aleja más de esa dinámica coercitiva y sancionatoria que caracteriza a la criminología y a los aspectos jurídicos penales.

El basamento jurídico no deja de ser importante, toda vez que de su existencia y aplicación se deriva la seguridad jurídica y el necesario respeto hacia los derechos humanos; sin embargo, el componente que en la actualidad rige al control social, es la capacidad comunicacional subliminal, en ocasiones utilizada por las autoridades estatales. Se trata de una manera de implementar mensajes que pudieran pasar desapercibidos, pero influyen en las conductas.

Por su parte, desde una perspectiva netamente estatal, el control social le ha sido adjudicado tradicionalmente al Estado, en otras palabras, la tarea de supervisar y fiscalizar a la población le ha correspondido al Estado (sea república o sea monarquía, y cada una de sus distintas variables) y la mantiene, solo que ahora debe hacer uso de otras plataformas, medios y redes sociales, asimismo utiliza mecanismos que no aparentan ser coercitivos y se acompañan de disposiciones jurídicas que le otorgan validez y vigencia normativa y jurisprudencial.

De tal manera que, aunque existen medios novísimos para implementar las políticas de control social, el estado implementa otras maneras en aras de lograr dicho control, especialmente en zonas en las cuales no es posible que la población cuente con acceso a internet o se le imposibilite el uso de equipos tecnológicos. En todo caso, más allá del actor social que tenga en un momento determinado la oportunidad de ejercer el control social o de los mecanismos que se utilicen a tales efectos, la supervisión continua, por lo tanto, es necesario establecer una definición de control social.

1. Definición de control social: más allá de la Criminología

Los planteamientos anteriores invitan a describir algunas definiciones de control social para, posteriormente, presentar una derivada de esta investigación, en este sentido se destaca que existe una vinculación con la fiscalización y supervisión estatal desde la perspectiva coercitiva que singulariza a la materia penal y criminológica; no obstante, la tendencia, especialmente en Venezuela, amplía el panorama de situaciones controladoras que traspasan las fronteras de las áreas mencionadas.

Entonces, el Estado hace uso del control social a los efectos de mantener la seguridad jurídica y garantizar el goce y ejercicio de cada uno de los derechos humanos, esa sería la finalidad principal del control social, y a ello se encuentra dirigida la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ahora bien, para que tales extremos se lleven a cabo, es decir, que de manera fáctica se realicen es menester que el conjunto de órganos y entes del poder público se aboquen a dicha tarea. En este orden de ideas, se precisa que el mencionado control social es amplísimo, generalmente se divide en formal (aparece contenido en las disposiciones normativas) e informal (se relaciona con actuaciones ocultas o solapadas).

De tal manera que, el control social está relacionado al vasto campo de actuaciones que puede llevar a cabo el Estado para mantener el orden en un territorio específico y que, generalmente, se encuentra vinculado a las competencias penales del Estado, lo que tendría mayor relevancia es el imperio estatal desde una perspectiva de dominio a través de los posibles efectos sancionatorios que revisten las instituciones penales. No obstante, al incorporar el elemento informal a dicho control social desde las actuaciones del Estado surge un concepto más amplio del mismo, esto es, un control social que traspasa el ámbito penal, incluye otras herramientas para la supervisión y contención ciudadana.

Dentro del control social están contenidos, en primer lugar, todos los procesos y métodos a través de los cuales una sociedad asegura que sus miembros se ajusten a sus expectativas o interés general; y, en segundo lugar, las respuestas hacia las conductas desviadas (Romero Salazar, Rujano Roque, Del Nogal, 2002). Para Moreno (2016), el control social tiene una serie de aspectos, de los cuales se destacan los siguientes:

Es un mecanismo de ejercicio directo la soberanía popular que reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en las normas del ordenamiento jurídico.

El control social es un deber ya que toda persona debe cumplir sus responsabilidades sociales y participar solidariamente en la vida civil y comunitaria del país.

También se constituye en un medio de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo social, a través de: las instancias de atención ciudadana, la autogestión y la cogestión.

Las formas cómo puede ser ejercido, tienen como fin último lograr la felicidad social, además de verificar y vigilar todo lo necesario para garantizar los intereses colectivos.

En opinión del Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA) (2020) el control social se fundamenta en la implementación de una serie de mecanismos con el objetivo de dominar a la sociedad, así como a las familias e individuos que la componen. Lo diferencia de las políticas sociales, que están destinadas a mejorar las condiciones de vida, especialmente de los más vulnerables, por lo cual es importante dejar claro que el control social no está orientado al bienestar social, su fin último es el dominio político de la sociedad. Por su parte, en opinión de Ordoñez Valencia, y Trelles Vicuña (2019: 2):

El control social se constituye en un mecanismo esencial para el bienestar de la sociedad y la actuación de la gestión pública, al permitir el ejercicio de prácticas y actividades direccionadas hacia la defensa de intereses colectivos, por parte de ciudadanos organizados y activados para participar en decisiones promovidas por el Estado, así como vigilar y evitar desviaciones, cambios e incumplimiento en las decisiones tomadas; de esta manera, el control social se convierte en una estrategia de la participación ciudadana.

Al entender de esta investigación, la naturaleza del control social radica en el poderío, el cual es usualmente ejercido por el Estado como expresión de fuerza política, pero ello no limita que personas o sectores del sector privado también se sirvan del mismo. Esto último dependerá de quien ostente el poder, sea por medio de la promulgación de normas, a través de la conflictividad social, por medio del uso de la fuerza física, la capacidad de llevar algún mensaje a las masas, incluso el carisma es un elemento configurativo del poder, y hasta por la cercanía por quien en algún momento pueda ejercer el control.

Actualmente se sabe prácticamente quién explota, a dónde va el provecho, entre qué manos pasa y dónde se invierte, ... Del mismo modo, sería necesario saber bien hasta dónde se ejerce el poder, por qué conexiones y hasta qué instancias, ínfimas con frecuencia, de jerarquía, de control, de vigilancia, de prohibiciones, de sujeciones. Por todas partes en donde existe poder, el poder se ejerce (Foucault, 1979: 130).

En todo caso, una de las variables fundamentales es el poder político y las ideologías subyacentes. El interés que en las ciencias sociales contemporáneas ha suscitado el tema del poder contrasta con una relativa desatención normativa por parte de la teoría política a los mecanismos de control y dominación social (Cartay y Dávila, 2020).

Toro Silva (2019: 176) lo define como: “La garantía del cumplimiento de las normas que rigen las acciones de los miembros de un grupo social”. También se hace referencia al control social extrapenal, esto es: “El conjunto de instrumentos utilizados por el poder para mantener el orden impuesto, que se reflejan en las instituciones económicas, religiosas, familiares y, en especial, en que establece el derecho civil, el mercantil, el laboral, el administrativo, etcétera” (Carrillo Prieto, 2004: 32). “El control social como corrección de la desviación, busca reproducir ciertos niveles de homogeneidad en los espacios de la vida cotidiana” (Castro Blanco, 2008: 164).

El control social pretende alcanzar una sociedad ideal bajo la inspección de las acciones de las personas, que son las únicas capaces de irrumpir en lo existente. Claramente los controles sociales que existen, ya sean informales o formales, o nacidos bajo realidades sociales o elucubraciones del poder judicial, buscan regular una acción o un conjunto de acciones que se consideran sanas o insanas para el colectivo. La acción se presenta entonces como la razón de ser del control, pues el sujeto no pasa de ser más que el medio por el cual se desarrolla la acción (Rojas Hernández, Efig y Diniz Biazzi, 2016), en otras palabras, el control social se activa de acuerdo a determinadas situaciones de la dinámica ciudadana o cuando quien detente el poder pretenda algún resultado concreto.

En cualquier supuesto, el control social requiere de políticas, a saber, orientaciones, pautas, directrices establecidas. Deberían acompañarse de orden y seriedad en la implementación, no se trata de un mero plan, sino de la adecuación de personal, suministros y procedimientos que se traduzcan en resultados adecuados. Por ello, al hacer referencia al control social es pertinente mencionar que el mismo se materializa a través de una política concreta, la misma tiene transformaciones en la medida en que cambie el sujeto u organismo que se apropie del poderío.

En términos generales, la política está referida a cada una de las actividades en las que interviene el Estado y la administración gubernamental correspondiente, comprende un conjunto amplísimo de decisiones y relaciones de poder, su dinámica atiende a los diversos roles o competencias que puede tener el Estado (o el sector privado), el cual, en el caso venezolano es Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, tal como lo establece el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con ello las orientaciones y directrices públicas que indique el Estado venezolano deben sustentarse en mecanismos democráticos, sociales, de derecho y de justicia, en esto se incluye la política de control social.

De los comentarios previos, es menester advertir que la presente investigación asume al control social en un sentido amplio, pues se incluyen dentro de dicha terminología no solo los aspectos formales e informales, sino que traspasa los límites de la materia penal (como conjunto de delitos, faltas y sanciones) englobando, de esta manera mecanismos de control como las políticas dirigidas a la censura, la represión, la pobreza, la ignorancia, los alimentos, los servicios públicos, por mencionar algunas, incluso a competencias estatales otorgadas por medio de poderes especialísimos como es el caso de leyes habilitantes que permiten legislar a órganos que, en principio, no estarían facultados para ello.

Por lo tanto, el control social obedece a un conjunto de directrices, englobadas o no en el ordenamiento jurídico que monitorean el comportamiento colectivo de las personas en un territorio determinado, las cuales emanan de la persona u organismo que detente el poder en un momento histórico concreto. De tal definición se extrapolan los siguientes elementos fisionómicos del control social que serán detallados en el siguiente acápite:

- Conjunto de directrices, englobadas o no en el ordenamiento jurídico.
- Monitorean el comportamiento colectivo de las personas en un territorio determinado.
- Emanan de la persona u organismo que detente el poder en un momento histórico concreto.

2. Elementos del control social

En virtud de los planteamientos previos, el control social precisa una serie de elementos que se extraen de la definición, a continuación, se pasa a detallar y explicar cada uno de ellos con la finalidad de englobar los distintos tipos de control social que tradicionalmente existen (formal e informal) así como tratar de vincularlo a una nueva categoría propuesta, la que no se circunscribe a decisiones emanadas del Estado.

2.1. Conjunto de directrices, englobadas o no en el ordenamiento jurídico.

Al hacer referencia a las directrices que dan lugar al control social se encuentran las pautas a seguir tanto por quien posea el poder que trae aparejado dicho control como el conglomerado de sujetos o actores sociales que deben adecuar su comportamiento a los parámetros. Esta parte se sitúa en el aspecto político tanto como orientación planificada con una finalidad concreta como la ideología perseguida. En otros términos, la actuación de la colectividad se encuentra condicionada a los factores que emanan del control, los cuales son decididos por el órgano o persona que tiene en sus manos delinear y aplicar el monitoreo.

Como se ha indicado el control social desde una perspectiva tradicional se sustenta en las sanciones de la política criminal, que para adecuar el comportamiento de las personas se recurre a la plataforma que los delitos y las sanciones mantienen, es una relación de acción y reacción contenida en el ordenamiento jurídico, en el entendido que el sujeto al tener alguna acción u omisión contraria a lo que determinen las normas se producirá una consecuencia castigada por el Estado a través de sus órganos de administración de justicia. El: “Efecto más

importante quizá del sistema carcelario y de su extensión mucho más allá de la prisión legal, es que logra volver natural y legítimo el poder de castigar, y rebajar al menos el umbral de tolerancia a la penalidad” (Foucault, 2002: 281).

Ahora bien, las relaciones de poder que dan lugar al establecimiento de directrices de comportamiento social se utilizan también como estrategias para un fin en concreto, sea el bienestar general o mantener tal capacidad de control en manos de personas o entes específicos, con ello no solo el Estado tendría la posibilidad de ejercer el control social, sino que el ámbito se extendería a otros sujetos que no tienen autoridad constitucional o legal, se basarían en la proximidad con aquellos con poder decisorio.

Precisamente, esta última parte es a la que se refiere esta investigación cuando señala que los parámetros de actuación no están estatuidos, necesariamente, en el cuerpo legal, también pudiera presentarse una adecuación del comportamiento colectivo con el uso de redes sociales por una persona que no tiene vinculaciones gubernamentales, pero ostenta carisma o posibilidad de influir de manera determinante en otros.

Así, las respuestas están relacionadas con fines particulares o comunitarios y no societarios, referidos a propósitos más concretos... En consecuencia, corresponden a un tipo de control social instrumental que, por otra parte, no consigue asidero teórico dentro de las concepciones tradicionales del control (Romero Salazar, Rujano Roque y Del Nogal, 2002: 668).

En otros términos, se domina sobre la base de la necesidad, una sociedad que busca medios de subsistencia será una menor amenaza para el gobierno y para el que detente el poder. Se pierde la condición de ciudadanos y se deshumaniza a los hombres (Osorio Bohórquez, 2019) desde cualquier sector por las nuevas tendencias en las que no solo el Estado determina los mecanismos de control, sino cualquiera que tenga la habilidad para hacerlo.

2.2. Monitorean el comportamiento colectivo de las personas en un territorio determinado.

Al hacer uso de las directrices de control social, los resultados son variados, pueden ir desde demostraciones de carisma, modas, publicidad, hasta lineamientos de pensamiento e ideologías; en todo caso, la supervisión del comportamiento de la sociedad se hace para perfilarlo conforme a un fin específico y en un área territorial determinada, interna o externa. Acerca de esto último, los gobiernos procuran establecer maneras de conducirse en las personas a lo interno de su territorio, conforme a la soberanía que los arroja, y en el caso internacional, el control de las masas es utilizado por el sector privado, por ejemplo, empresas multinacionales.

Entonces, esa visión tradicional por la cual el control social se evidencia únicamente por las autoridades gubernamentales, en materia criminológica y penal, en un espacio geográfico nacional, ahora comparte el escenario por otros actores sociales que también tienen la capacidad de influir en masas indicando, de manera expresa o tácita, las pautas de comportamiento humano, especialmente por el uso de las nuevas tecnologías, sea desde la diversidad o desde la hegemonía. En cualquier supuesto, una de las directrices esenciales en materia de control social en la actualidad es el consumo.

Dice Bauman (2000), que la promesa de contar con más dinero una vez que se paguen los impuestos atrae a los electores porque amplía sus posibilidades de elección, se piensa que esa promesa tiene un gran poder de seducción. Ahora bien, si a ello se le agrega que el consumo es gratuito, es indiscutible la atracción hacia tal ofrecimiento, mensaje utilizado por las administraciones gubernamentales con tintes socialistas.

En este orden de ideas, el monitoreo requerido para el control social, se basa en tres estrategias fundamentales, que según Aguilar Avilés (2010) son la socialización, prevención y represión, las cuales explica de la siguiente manera:

- La socialización es aquella que convierte al individuo en un ser social y por tanto en personalidad, como la interacción entre individuos y los medios de comunicación: Comienza con el nacimiento y concluye con la muerte. De ahí ese enfoque colectivo que revela el control de las masas, el individuo asimila los factores sociales, culturales, ideológicos, políticos, que son determinantes en su comportamiento para adaptarse en la sociedad.

- En lo que respecta a la prevención, se realiza para evitar conductas que no están en correspondencia, con el sistema normativo del control social, impedir las desviaciones. Es la preparación o disposición que se hace anticipadamente, para evitar un riesgo o ejecutar algo. Puede ser como un medio intimidatorio o de exclusión, esta investigación considera que el control social desde la perspectiva criminal atiende al temor de la gravedad de las sanciones penales; mientras que, el riesgo de exclusión se presenta cuando el sujeto pudiere resultar aislado por criterios distintos a los de la generalidad en la que predomina la intención o idea del sujeto que detenta el poder.

- Y, la represión es la última estrategia e interviene, cuando han fallado las dos estrategias anteriores y significa una limitación impuesta a la persona que incumplió regulaciones contenidas en el sistema normativo.

2.3. Emanan de la persona u organismo que detente el poder en un momento histórico concreto.

Hasta el momento se ha señalado, que el control social ha tenido diversas transformaciones, la que se considera más reciente es la que se ajusta al criterio del actor social que detente el poder, por lo cual el Estado no es el único que puede monitorear, fiscalizar y supervisar a las masas para perfilar un patrón de conducta específico. El creciente uso de las redes sociales permite que perfilar los comportamientos sea cada vez más constante y variado en su forma, la supremacía que particularizaba al Estado se les adjudica a otros en la actualidad.

El conglomerado de ciudadanos asume como ciertos y válidos los mensajes de aquellos que tengan en sus manos las herramientas de control, y en el caso contrario, si es el Estado que ejerce dicho control lo hará desde las sanciones o desde la represión violenta sostenida. Aunado a ello, la necesidad humana de pertenecer a algo, de sentirse involucrado en un colectivo con fines comunes o parecidos es terreno fecundo para el control, en palabras de Castel (2014: 16):

Los problemas que plantea la exclusión ya no se encuentran únicamente en los márgenes de la sociedad. La amenaza de la exclusión también se cierne sobre las personas y los grupos que habían podido integrarse en ella, que parecían tener la capacidad de llevar una vida digna, y que puede que, si no se convierten en excluidos, estén en todo caso condenados a llevar una vida precaria sumida en la incertidumbre de qué va a ser de ellos el día de mañana, e incapaces de controlar su destino.

El modelo rentista distribuidor fue un poderoso motor de integración social y cultural; la movilidad social ascendente que va desde la década de los cuarenta hasta principios de los ochenta, financiada por la distribución desde el Estado en forma directa o indirecta, fue creando una imagen de futuro en la cual todos podían participar. Paralelamente, que buena parte de la élite política gozara de privilegios y cayera en la corrupción no era percibido como un problema intolerable, siempre que se distribuyera con amplitud, era una visión clientelista para controlar a la población y de una aparente participación social (Patruyo, Gómez Calcaño, 1999).

En Venezuela, las últimas dos décadas, a pesar de que en un principio se expandió el gasto público y hubo una ilusión de prosperidad, la finalidad era hacer a todos los sectores del país dependientes del Estado para poder controlarlos de manera paulatina, lo siguiente fue asumir al Estado en un leviatán, con la progresiva concentración de poderes y la pérdida de libertades por parte de los venezolanos (Osorio Bohórquez, 2019).

Y, desde el sector privado, son las empresas multinacionales con gran poder económico, o personas individuales con enorme capacidad de influencia quienes utilizan estos recursos acompañados de las nuevas tecnologías y la rapidez de la información (que comparten con los órganos estatales el control social). Se trata de una nueva figura de control, en la que el protagonismo no está en manos del Estado. La participación de la sociedad es determinante, los negocios, las interacciones sociales, el trabajo, los sistemas educativos, la recreación, la multiplicidad de actividades de las personas guardan estrecha relación con las opiniones de los sujetos con capacidad de inspirar y comunicar ideas e ideologías.

3. Tipos de control social

El control social está estrechamente relacionado con el orden social, esto encuentra sustento en la opinión de Ross (citado por Toro Silva, 2019) para quien el orden social descansa en la idea de que los miembros de un grupo ordenado no se desvían de su camino agrediendo entre sí, ello presupone necesariamente alguna clase de

control, puesto que debe existir una autoridad reconocida que separe la línea de demarcación entre los intereses en conflicto.

El término control social obedece, entonces a distintas vías de monitorización, supervisión, fiscalización e intervención por parte del Estado (para esta investigación también el sector privado), básicamente se divide en dos grandes categorías, a saber: control social formal y control social informal, a ellas se le suma una nueva tipología denominada control social no estatal. Sostiene Gabaldon (2021) que hay diferencias entre lo formal e informal, la primera refiere a lo rígido, protocolar y caracterizado por etiquetas duras, más difíciles de remover, mientras que, lo informal refiere a lo flexible, antiprotocolar y caracterizado por etiquetas blandas, más fáciles de remover, independientemente de la intensidad de la coacción. Conforme a ello, a continuación, se presenta una serie de comentarios de cada una de las categorías mencionadas.

3.1. Control social formal.

Los Estados tienen entre sus atribuciones monitorear a la población y establecer los mecanismos que, en principio, eviten conflictos por desviaciones de algunos de los sujetos, en razón de ello pone en funcionamiento un gran aparataje de órganos, instituciones, procedimientos, políticas, planes y programas, que se entrelazan y deben mantenerse de acuerdo a los parámetros establecidos por la autoridad, situación ésta que se mantendría conforme a los lineamientos de la seguridad jurídica y el respeto a los derechos humanos en el entendido que el Estado está al servicio de los ciudadanos y no al contrario.

Lo anterior es de acuerdo a los extremos que el marco jurídico determina, por ello el control social adjetivado como formal atiende al estricto cumplimiento de las normas, pero, además, se circunscribe a que la idoneidad de las decisiones de política de control social estén conforme a los lineamientos que, de modo general, aparecen en principios y valores sociales. En otras palabras, lo formal no se materializa solamente al cumplir con los dogmas jurídicos explícitamente determinados en las constituciones y en las leyes, sino que se deben tomar en seria consideración las variables axiológicas que conlleven al respeto de los derechos de la población. Por lo tanto, “Las reformas legales y su ejecución práctica deberían proponer a satisfacer estas necesidades de seguridad y protección, antes que prurito técnico y cuestiones teóricas que reclaman la participación exclusiva de especialistas” Gabaldon, 2021: 80). En términos generales, “El control social formal consiste en la ideología-derecho que contiene una sanción jurídica y está promulgada” (Sánchez, 2012: 20), conforme al mencionado autor, el control social formal se divide en dos:

- Control social formal puro, en el cual la ideología es una norma obligatoria, que para su formación discursiva y aplicación cumple con los parámetros generales del Derecho, además de ser jurídicamente coercitiva y se basan en que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento. Y, el control social formal espurio, es jurídicamente coercitivos, pero no respeta los parámetros generales ni en su construcción discursiva ni en su aplicación.

- Control social formal duro, se evidencia al aplicarlo a personas sin poder; mientras que, el control social formal blando, se aplica a quien tenga más poder. En ambos casos hay responsabilidad jurídica, pero la sutaliza o no en el control deviene por la posición de poder efectivo que tengan los agentes que lo ejercen frente a los sujetos a los que se les impone el control.

Entonces, de entrada, el control social formal es el que se evidencia cuando el Estado como sujeto activo lo ejerce con exacta correspondencia al ordenamiento jurídico, de ahí esa competencia supervisora que le es natural a las instituciones estatales. Hasta allí cualquier Estado, indistintamente su sistema de gobierno, pudiera justificar sus actuaciones con el solo hecho de estar plasmadas en las leyes, esto daría lugar a arbitrariedades o excesos⁴ (por ejemplo, los casos de leyes habilitantes, censura, represión, pobreza, ignorancia, alimentos y servicios públicos) si

⁴“Esta idea del poder como total imposición no hará más que reforzarse cuando nos situamos en un escenario autoritario, hegemónico y de vocación totalitaria, como por lo general prevalece en aquellos regímenes autodenominados socialistas. El totalitarismo socialista no tolera ninguna ideología que no sea la suya; ninguna libertad intelectual, espiritual o política que no sean las utopías que predica. Por el contrario, a mayor la resistencia, mayor la implacable fuerza del poder para emprender la tarea aniquiladora. Este ha sido el símbolo de nuestro tiempo atravesado de punta a punta por la lógica totalitaria” (Cartay y Dávila, 2020: 130).

no se le hace acompañar de otra condición, la cual consiste (como se dijo) en el fundamento del sistema de valores humanos, algunos de ellos plasmados como derechos humanos y que conlleven a la certeza de su respeto.

Una de las grandes advertencias que se pueden hacer si al control social formal no se le agrega esa segunda condición, es en los casos de los sistemas gubernamentales catalogados como autoritarios, ya que bastaría con incorporar la política u orden en las normas para asumirlas como legales y formales, cubrirían cada requisito protocolar necesario para que entre en vigencia y, por lo tanto, asumirla y obedecerla sea obligatorio para los ciudadanos.

3.2. Control social informal.

En este caso, la informalidad se refiere a la espontaneidad de las directrices que condicionan los comportamientos, es decir, del control social. Existe una tendencia, “Especialmente marcada por estudios etnográficos y críticos, a valorar lo informal como menos intenso o violento, lo cual no es necesariamente cierto, considerando formas coactivas informales de muy elevada intensidad y atrocidad, como son las ejecuciones extrajudiciales y los linchamientos” (Gabaldon, 2021: 11).

Para Sánchez (2012), el control social informal tiene una coerción moral o social. Suelen utilizarse por iniciativa de la población en aras de satisfacer una necesidad o carencia colectiva que no ha sido cumplida por el Estado. No se le deslinda de las políticas públicas totalmente, pero carecen del respaldo institucional formal, no se trata de actividades fuera del ordenamiento jurídico, es la colectividad organizada la que procura, con sus recursos, colmar alguna pretensión comunitaria concreta.

Las de mayor relevancia implican, en primer lugar, a la salud; y, en segundo lugar, a la seguridad social como protección y no como prestación, a saber, esa sensación de resguardo de los seres humanos. Si el Estado no cumple cabalmente tales necesidades colectivas (salud y seguridad) sea por insuficiencia presupuestaria, manejo indebido de los fondos, falta de inversión, inadecuada aplicación de normas, entre otros elementos, los ciudadanos resuelven organizarse para satisfacer las carencias.

En lo que respecta a la salud, uno de los mecanismos utilizados por la población es el uso de sorteos que permitan cubrir los gastos generados por enfermedades de alto costo. Es un hecho público y notorio ampliamente documentado, Nuñez Rabascall (2022) sostiene que, pacientes con cáncer recurren a la caridad para poder cumplir sus tratamientos, pues en la red de hospitales públicos no sólo son escasos los tratamientos, sino que los equipos médicos también fallan con frecuencia.

De esta forma, la crisis reforzó un silencioso proceso de privatización del sistema de salud venezolano que, bajo una administración inconsistente, no ha sido objeto de una reforma profunda y sustentable, orientada a la universalización del acceso y la garantía del derecho a la salud. Así, el sistema de salud de Venezuela ha quedado como un paciente sin remedio. (Carrillo Roa, 2018: 12).

Por su parte, la falta de protección se satisface por medio de un control propio por parte de las comunidades, distintos mecanismos como vigilancias privadas sin preparación adecuada, uso de pitos, cierre de calles, generan una sensación de seguridad, en ocasiones acompañada de linchamientos y justicia informal. Romero Salazar, Rujano Roque, y Del Nogal (2002) explican algunas manifestaciones, a saber:

- Vigilancia informal, con ello se trata de reducir el riesgo de los atentados contra la vida y el aseguramiento de algunos bienes. La decisión de contratar vigilantes informales la toma la directiva del condominio o de la asociación civil, para responder a las exigencias de seguridad de los propietarios e inquilinos de las urbanizaciones.
- Cierre de espacios residenciales, es una suerte de refugio hace para que los vecinos se sientan seguros, pues el amurallamiento restringe las posibilidades de acción de los delincuentes.

- Organizaciones comunitarias de seguridad, combina la prevención situacional (que opera a través de la modificación del espacio urbano) con la prevención social (implica la neutralización de los factores criminógenos), se materializa a través de una red de dispositivos de intervención sobre sectores poblacionales en riesgo. Ambas estrategias servirían para reducir la sensación de inseguridad que reina en las comunidades.

A modo de conclusión: El control social no estatal: ¿nueva categoría?

Una nueva categoría de control social se implementa en función del uso de herramientas tecnológicas masivas como es internet y las redes sociales, las cuales al ser utilizadas por órganos estatales no cambian la naturaleza del control social pues prevalece el hecho que el agente que detenta el poder es el Estado, por ello es pertinente advertir que se trataría de un control social formal. Cuando esta investigación se refiere, concretamente, al control social no estatal es que se basa en el monitoreo para perfilar determinados comportamientos por medio de tales estructuras de comunicación masiva y, el actor social que detenta el poder es pertenecientes al sector privado en una escala más amplia que los del control social informal.

Con el auge de las nuevas tecnologías y la revolución digital, la sociedad está hoy más viva que nunca: el incremento en el volumen, velocidad y el tipo de información han reforzado y revitalizado la información. La distribución y procesamiento de la información caracteriza a este tipo de sociedad, que requiere de tecnologización y digitalización. Luego, aparece la sociedad que más que información, reclama conocimiento, fuertemente influenciada por la informática, las telecomunicaciones (en especial internet) y los medios de comunicación; de este modo, la información que contendrá los datos en bruto y los integrantes de dicha sociedad accederán a esa información, a esos datos, y los conocerán.

Dichas herramientas tecnológicas, son un medio para distribuir información, pero, sobre todo, un medio de conocimiento y de saber capaz de modificar nuestra memoria, nuestros comportamientos y nuestra identidad personal y social. Y, la sociedad digital, que se caracteriza por vivir, cada vez más, en un espacio virtual (Polo Roca, 2020).

“Las empresas sacan beneficio económico de nuestros datos y venden información relativa a nuestras vidas, la información que dejamos en la red puede ser usada para localizarnos geográficamente, etc.” (Polo Roca, 2020: 63). Al dejar información en las redes, la misma puede ser utilizada con fines de monitoreo y fiscalización política, comercial. En estos casos, la capacidad económica y de carisma son factores de gran relevancia, las empresas multinacionales y figuras públicas hacen uso de sus sistemas de influencia para generar patrones de comportamiento y evitar desviaciones, las cuales, aunque no aparezcan contempladas en el ordenamiento jurídico conllevan a una sanción que afecta a la población por la presión social y la necesidad de pertenecer a un colectivo.

Referencias

AGUILAR AVILÉS, D (2010). “El control social y el ordenamiento jurídico una conceptualización desde el objeto de estudio de la sociología jurídica”. En: Contribuciones a las Ciencias Sociales. En: www.eumed.net/rev/cccss/08/daa4.htm, consultado el 25-08-2022.

BAUMAN, Zygmunt (2000). Trabajo, consumismo y nuevos pobres. Barcelona. Gedisa Editorial.

CARRILLO PRIETO, Ignacio (2004). “El control social formal”. En: Revista del Instituto de investigación de Ciencias Jurídicas. Disponible en línea en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28280/25547>, consultado el 05-07-2022.

CARRILLO ROA, Alejandra (2018). Sistema de salud en Venezuela: ¿un paciente sin remedio? En: Cadernos de saúde pública. Volumen 34, N° 3. P. 1-15. En <https://doi.org/10.1590/0102-311X00058517>, consultado el 26-08-2022.

CARTAY, Rafael; DÁVILA, Luis Ricardo (2020). “Anatomía política del hambre: dominación y control social en Venezuela”. En: Agroalimentaria, vol. 26, núm. 50. P. 125-146. En: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=199264891008>, consultado el 24-08-2022.

CASTEL, Robert (2014). “Los riesgos de exclusión social en un contexto de incertidumbre”. En: Revista Internacional de Sociología. Volumen 72, extra 1, p. 15-24. DOI:10.3989/ris.2013.03.18.

CASTRO BLANCO, Elías (2008). “Estado, control social y apropiaciones simbólicas. Una mirada a la cartografía y la geografía a partir de Foucault”. En: Revista Diálogo de saberes. P. 161-176.

FOUCAULT, Michel (1979). *Microfísica del Poder*. 2da. Edición. Madrid. Las Ediciones de La Piqueta.

FOUCAULT, Michel (2002). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. 1era. Edición. Buenos Aires. Siglo XXI Editores Argentina.

GABALDON, Luis (2021). “En foco: El control social, entre lo formal y lo informal”. En: Espacio Abierto. Volumen 30 N° 4, p. 10-13.

MORENO, Neida (2016). El proceso de control social en los consejos comunales en Venezuela. En: Evaluación e Investigación. Núm. 1. Año 11. P. 83-98. En: <http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/42342>, consultado el 2-08-2022.

NUÑEZ RABASCALL, Adriana (2022). “Venezuela: pacientes con cáncer recurren a rifas para costear sus tratamientos2. En: <https://www.vozdeamerica.com/a/pacientes-con-cancer-recurren-a-rifas-para-costear-sus-tratamientos/6563820.html>, consultado el 26-08-2022.

ORDOÑEZ VALENCIA, Hugo; TRELLES VICUÑA, Diego (2019). “Control social en la participación ciudadana: Una visión desde los servicios públicos locales”. En: Revista de Ciencias Sociales. Volumen XXV. N° 4, 2019. Disponible en línea en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28062322013>, consultado el 05-07-2022.

OSORIO BOHÓRQUEZ, Leonardo (2019). “El socialismo totalitario en Venezuela: Pobreza y control social”. En: Iberoforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana. Año XIV, No. 28, p. 126-158.

PATRUYO, Thanalí; GÓMEZ CALCAÑO, Luis (1999). *Venezuela: entre la esperanza popular y la crisis económica*. Caracas. CENDES-Centro de Estudios del Desarrollo. En: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Venezuela/cendes-ucv/20120814040511/calca.pdf>, consultado el 25-08-2022.

POLO ROCA, Andoni (2020). “Sociedad de la Información, Sociedad Digital, Sociedad de Control”. En: Inguruak: Soziologia eta zientzia politikoaren euskal aldizkaria = Revista vasca de sociología y ciencia política. N° 68. P. 50-77. En: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7526046>, consultado el 22-08-2022.

Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (PROVEA) (2020). *Control social y política social: dos prácticas opuestas*. En: <https://provea.org/opinion/control-social-y-politica-social-dos-practicas-opuestas/>, consultado el 24-08-2022.

ROJAS HERNÁNDEZ, Anibal Alejandro; EFING, Antônio Carlos; y Diniz Biazzi, Rodolfo (2016). “El control social informal en la sociedad de la información”. En: Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías. Núm. 16. P. 1-16. En: <http://dx.doi.org/10.15425/redecom.16.2016.10>, consultado el 24-08-2022.

ROMERO SALAZAR, Alexis; RUJANO ROQUE, Raima; DEL NOGAL, José Alfredo (2002). “Control social: Nuevas realidades, nuevos enfoques”. En: Espacio Abierto, vol. 11, núm. 4. P. 665-680. En: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=12211406>, consultado el 24-08-2022.

SALCEDO PICÓN, Jesús (2004). *El control social en su devenir histórico: una aproximación a la historia de las instituciones de control social en occidente*. Mérida. Ediciones del Vicerrectorado Académico.

SÁNCHEZ, Augusto (2012). *Sistemas ideológicos y control social*. México. Universidad Nacional Autónoma de México.

TORO SILVA, Carlos (2019). “Entre el orden, el vínculo, el conflicto y el poder. Aproximación histórica al concepto de control social y análisis de sus usos historiográficos”. En: TRASHUMANTE. Revista Americana de Historia Social. N° 14. P. 174-194.

ZAFFARONI, Eugenio, SLOKAR, Alejandro, y ALAGIA, Alejandro (2006). Manual de Derecho Penal. 2da. edición. Buenos Aires. Ediar.

El silencio administrativo en tiempos de pandemia¹

Valeria Alejandra González Piñeiro²

Marianela Del Socorro Lobo Dávila³

Resumen

El presente artículo tuvo como objetivo determinar las consecuencias jurídicas del silencio administrativo en tiempos de pandemia, que inició en Venezuela desde marzo de 2020. Para darle respuesta al objetivo se usó la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes venezolanas, decretos como el número 4160, jurisprudencia y doctrina representada por autores como Gamero y Fernández (2015), Allan Brewer (2011). La investigación fue dogmática, y se empleó el método sistemático y hermenéutico. Como resultado se obtuvo que debido a la pandemia; algunos derechos constitucionales y la responsabilidad de los funcionarios que incurrieron en silencio administrativo fueron afectados jurídicamente.

Palabras Clave: Silencio administrativo, pandemia, consecuencias jurídicas, Venezuela.

Administrative silence in times of pandemic

Abstract

The objective of this article was to determine the legal consequences of administrative silence in times of pandemic, which began in Venezuela since March 2020. To achieve this purpose, it was used the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela, Venezuelan laws, decrees such as the number 4160, jurisprudence, and doctrine represented by authors such as Gamero and Fernandez (2015), Allan Brewer (2011). The investigation was dogmatic, and the systematic and hermeneutic method was used. As a result, it was obtained that due to the pandemic, some constitutional rights and the responsibility of officials who incurred in administrative silence were legally affected.

Keywords: Administrative silence, pandemic, legal consequences, Venezuela.

Introducción

Este artículo científico aporta a las ciencias jurídicas el conocimiento del tratamiento jurídico del silencio administrativo en tiempos de pandemia, entendiendo que, ya esta figura no solo está regulada por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) y leyes como la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981) sino también, de forma temporal, estará regulada y afectada jurídicamente por el Decreto número 4160 del 13 de marzo de 2020 publicado en Gaceta Oficial extraordinaria número 6519 que establece el Estado de Alarma; y

¹ Fecha de admisión: 20-5-2021 Fecha de aceptado: 14-06-2022.

El presente trabajo de investigación se realizó con el fin de obtener el título de Abogado en la Universidad Rafael Urdaneta, bajo la supervisión de la Dra. Marianela Lobo, profesora de la Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela.

² Estudiante de Derecho en la Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela, aspirante al título de Derecho. Correo electrónico: valeria.gonzalez.pineiro@gmail.com

³ Abogada egresada de La Universidad del Zulia, profesora de la Universidad Rafael Urdaneta y Secretaria del Consejo de Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: marianelalobodeleon@gmail.com

que en su disposición final sexta suspende los procedimientos administrativos, viéndose limitados derechos como el derecho a la petición y a la respuesta oportuna y adecuada; y por último, viéndose afectada la aplicación de la responsabilidad de los funcionarios públicos ante el Silencio Administrativo en tiempos de Pandemia. Por estas razones, este artículo es útil para el estudio de temas jurídicos relacionados con la actual pandemia, así como, los relacionados con procedimientos administrativos y sus modos anormales de terminación.

En la actualidad, considerando que, a finales del año 2019, en la ciudad de Wuhan, Provincia de Hubei, China se empezó a propagar una enfermedad infecciosa denominada Covid 19, la cual, debido al desconocimiento de las medidas a tomar prontamente dio la vuelta al mundo, siendo a mediados de marzo 2020 su llegada a Venezuela. Dicho virus ocasionó que el Gobierno de Venezuela tuviese que decretar el 13 de marzo de 2020 el estado de alarma antes mencionado, para poderse manejar la situación y preservar la salud de toda la población, dicho decreto se extendió en todo el año de 2020 de forma inconstitucional. No obstante, la disposición final sexta señaló la suspensión o interrupción de los procedimientos administrativos, y esto por supuesto que, afectó o restringió aquellos procedimientos administrativos donde el interesado no recibió respuesta ni oportuna ni adecuada por parte del órgano administrativo que incurrió en silencio administrativo.

Por tanto, fue utilizado el método sistemático para estructurar y analizar de una forma coherente y precisa el tratamiento jurídico y la doctrina referente al silencio administrativo en los tiempos de pandemia. Así como también, fue utilizado el método hermenéutico que sirve para conocer la interpretación que distintos juristas tanto en la doctrina y de la jurisprudencia al referirse a esta figura jurídica. Esta investigación busca determinar las consecuencias jurídicas del silencio administrativo en tiempos de pandemia.

1. El silencio administrativo

Primeramente, el silencio administrativo se debe entender como una ficción legal, es decir como una “simulación o apariencia” (Caballenas, 2004:168) por lo que esta figura opera como si existiera un acto expreso pues aplica algunos efectos que del mismo deriva, por lo tanto, también se le conoce como un acto presunto los cuales “[...] son formados o derivados de un juicio u opinión de las cosas y de los hechos antes que estos se nos demuestren o aparezcan por sí mismo” (Caballenas, 2004:390).

Por esta razón, el silencio administrativo no se entiende como un acto expreso sino como una presunción, la cual posteriormente será sustituida por un acto que si será expreso. Ahora bien, esta omisión de una respuesta, no viene a configurarse como una violación propiamente dicha a los derechos del ciudadano de solicitar y recibir una respuesta que estipula el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), artículo 9 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (2014) y artículo 2 de la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativo (1981) sino que más bien, según los autores Eduardo Gamero y Severiano Fernández, el silencio administrativo: “tiene por objeto servir de garantía administrativa para los ciudadanos frente a dicha inactividad” (Gamero y Fernández, 2016: 453)

Por consiguiente, debe dividirse el silencio administrativo en dos distinguidos tipos, negativo o desestimatorio y positivo o estimatorio. En general, lo que mayormente los distingue es que mientras el primero de los mencionados está estipulado en el artículo 4 y 93 de la Ley Orgánica del Procedimiento Administrativo (1981) y se presume que la respuesta del órgano administrativo fue negativa para con la solicitud hecha por el ciudadano, en el segundo de los mencionados está estipulado en distintas leyes como la Ley Orgánica de la Ordenación del Territorio (1983) en los artículos 49, 51 y se presume que la respuesta del Órgano Administrativo fue positiva para con la solicitud hecha por el ciudadano.

1.1. Condiciones o requisitos para la existencia del silencio administrativo.

En específico, existen distintas condiciones para la existencia sea de un silencio administrativo negativo o sea de uno positivo. En el caso del silencio administrativo desestimatorio o negativo, las condiciones son:

• **Que el órgano administrativo no haya resuelto un asunto o recurso:** Esta condición surge de la simple lectura del artículo 4 de la Ley Orgánica del Procedimiento Administrativo (1981), donde se restringe la aplicación del silencio administrativo en sentido negativo solo a asuntos o recursos administrativos donde no se recibió respuesta del órgano competente, es decir, ésta no decidió expresamente. Estos asuntos se entienden como: “los medios de protección del individuo para impugnar los actos y hechos administrativos que lo afectan y defender sus derechos frente a la administración” (Gordillo, 2016:179).

• **Que el asunto no haya sido resuelto dentro de los lapsos correspondientes:** Para que exista este silencio simplemente debe haber pasado un día luego del cumplimiento del lapso correspondiente a tal recurso que debió haberse intentado y sustanciado. Ahora bien, cabe mencionar que los lapsos para cada recurso administrativo son: en el caso del recurso de reconsideración se lleva a cabo dentro de los 15 días siguientes, en este caso, luego del silencio administrativo; y para decidir, sólo si el acto no pone fin a la vía administrativa, el órgano administrativo tiene 15 días siguientes a la interposición del recurso, más cuando ponga fin a la vía administrativa, se tienen 90 días siguientes a la fecha de interposición del recurso, y en el caso del recurso jerárquico se lleva a cabo dentro de los 15 días siguientes luego de resuelto desfavorable del recurso de reconsideración, con respecto a su decisión, el órgano administrativo tendrá 90 días siguientes a su presentación.

• **Se puede impugnar en sede administrativa y judicial:** Ahora bien, ya existiendo el silencio administrativo, se tienen los medios idóneos para que el interesado exija la respuesta, sobre esto se ha pronunciado el Tribunal Supremo de Justicia, señalando que:

[...] la técnica del silencio opera como un mecanismo que agota la instancia administrativa y brinda, a tenor de lo dispuesto en los artículos 4 y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la garantía para el administrado de acudir a otra instancia, a fin de solicitar la revisión del acto administrativo inicial. De manera que, una vez transcurrido el lapso para decidir el recurso administrativo interpuesto y producidos los efectos del silencio administrativo, el interesado podrá interponer el recurso jurisdiccional que proceda o, facultativamente, esperar la decisión expresa de la petición administrativa, a la cual la Administración está obligada a responder[...] (Tribunal Supremo Justicia, 2001: Expediente Núm. 01-0271).

Por tanto, en sede administrativa se podría intentar recursos como el de reconsideración o el jerárquico como también el mecanismo previsto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, más no el recurso de revisión que va en contra de actos administrativos firmes, y en el caso de sede judicial, se puede intentar un recurso de abstención, omisión o carencia administrativa, como también, el amparo basado en la violación al artículo 51 de la Constitución venezolana, siempre y cuando se puedan cumplir con todos los requisitos de esta garantía judicial.

Con respecto, al silencio administrativo en sentido positivo está condicionado también con que para configurarse debe existir primeramente una petición por el interesado y que debe haberse vencido el lapso establecido para obtener una respuesta adecuada y definitiva del órgano administrativo, además, otras condiciones son:

• **Disposición legal expresa:** El silencio administrativo negativo es la regla general mientras que el silencio administrativo positivo es la excepción, por lo que, éste último para que se aplique debe estar regido en algún artículo de alguna Ley, lo cual, de alguna forma, suena injusto pues el silencio en sentido positivo puede ser más eficaz para instar a la Administración a decidir antes de que se venza el lapso, y así evitar que se vea forzada a otorgar lo peticionado. En concordancia con esto, el autor Araujo indica la eficacia que existe en el silencio positivo por: “[...] gozar de idéntica garantía de estabilidad y permanencia como si hubieran sido otorgados de modo expreso” (Araujo, 2005:527).

• **Que la petición sea realizada en un procedimiento de primer grado:** Se entiende que, el silencio en sentido positivo da la posibilidad que dicha solicitud peticionada se otorgue y sea de obligatorio cumplimiento y respeto a los órganos administrativos tal y como fuera un acto expreso. Por lo que, los recursos a llevar acabo tienen

como fin el respeto a estos actos que crean derecho para el interesado según el artículo 83 de la Ley Orgánica del Procedimiento Administrativo (1981), y dichos recursos administrativos idóneos serían el recurso reconsideración o jerárquico, o también podría acudir a la instancia judicial.

1.2.Tratamiento jurídico del silencio administrativo en pandemia.

Entendiendo lo anterior, al evaluar la pandemia que trastornó la forma de muchas cosas y entre ellas el derecho, se puede connotar como existe ahora, unos decretos que cambiaron la perspectiva de los procedimientos administrativos y el silencio administrativo. Ahora bien, entrando en detalles la pandemia debe considerarse como “la propagación mundial de una enfermedad generada por un microorganismo que se transmite y es capaz de producir casos por transmisión comunitaria en múltiples lugares” (Organización Mundial de Salud OMS, 2013).

En específico, la pandemia según datos de la Organización Mundial de la Salud fue reportada el 31 de diciembre de 2019, desde entonces se expandió de manera brutal por todo el mundo, obligando a la Organización Mundial de Salud a pronunciarse el 11 de marzo de 2020 declarando pandemia. En el caso de Venezuela, el primer caso se registró el 13 de marzo de 2020, conllevando a que fuera decretado un estado de excepción con número 4160 mediante el cual, se declara el Estado de Alarma en todo el Territorio Nacional, dicho Decreto fue publicado en la Gaceta Oficial No. 6.519 extraordinario, desde esa fecha surgieron muchos decretos más, algunos prorrogando y otros reiterando lo que se estableció en el primero.

Ahora bien, entrando en materia, este Decreto de estado de excepción, antes identificado, y los subsiguientes sobre la pandemia, han permitido inconstitucionalmente al Presidente de la República adoptar cualquier restricción a las garantías constitucionales sin justificación alguna. Como también, este Decreto otorga al Ejecutivo Nacional una serie de poderes ilimitados sin especificar la regulación del ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, violando el artículo 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Entendiendo que, en ninguna disposición expresamente, sino que implícitamente se detallan los derechos y garantías que se verán restringidos.

Por tanto, en base a estas disposiciones constitucionales, un decreto debe indicar: “i. Qué derechos constitucionales se restringen; ii. En qué forma se pueden ejercer los derechos constitucionales restringidos; iii. De qué forma son restringidos esos derechos constitucionales” (Brewer y Romero, 2020: 334).

Con respecto al tema que compete, la Disposición Final Sexta del primer Decreto numero 4160 dictado, regula los procedimientos administrativos los cuales son necesarios abordar para que exista un acto administrativo expreso ante un silencio administrativo, en el caso de que sea negativo o para que exista respeto a lo otorgado, en caso de que sea en sentido positivo. Menciona dicha disposición:

La suspensión o interrupción de un procedimiento administrativo como consecuencia de las medidas de suspensión de actividades o las restricciones a la circulación que fueren dictadas no podrá ser considerada causa imputable al interesado, pero tampoco podrá ser invocada como mora o retardo en el cumplimiento de las obligaciones de la administración pública. En todo caso, una vez cesada la suspensión o restricción, la administración deberá reanudar inmediatamente el procedimiento (Decreto 4160, 2020: Disposición Final Sexta).

Con base a la lectura de dicha disposición, surge la pregunta de que si en estos tiempos de pandemia opera o no el silencio administrativo y como sería este tratado jurídicamente. Para el autor y abogado Delgado existe la posibilidad de que no todos los procedimientos administrativos hayan sido suspendidos y, por lo tanto, se pueda incurrir en silencio administrativo por parte de la Administración Pública, estableciendo:

El decreto tendría aplicación concreta solo en aquellos procedimientos que se hubieran suspendido o interrumpido como consecuencia de las medidas de suspensión de actividades o las restricciones a la circulación dictadas, no siendo de aplicación genérica todos los procedimientos administrativos tramitados con anterioridad al Estado de Alarma, e incluso de aquellos que pudieran haberse iniciado durante la vigencia de este. Ahora bien, de darse la posibilidad de que la Administración pueda seguir recibiendo solicitudes, y dar continuación

a procedimientos administrativos, en ausencia de las limitaciones recién descritas, podemos afirmar que las actuaciones de mero trámite, e incluso actos administrativos como tal, podrían perfectamente lograr la eficacia requerida y producir los efectos jurídicos correspondientes. Claro está, ello deberá cumplir con todas las disposiciones del ordenamiento jurídico, dirigidas específicamente a garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso en sede administrativa (Delgado, 2020).

Esta postura tiene como base que, hay procedimientos administrativos iniciados de oficio aún con vigencia de los Decretos sobre el estado de excepción (ha sido noticia de que la Administración Pública, a través de algunos organismos, ha realizado visitas, fiscalizaciones y dictado medidas que afectan la esfera jurídica de los particulares) y por lo tanto, así como la Administración Pública ha llevado a cabo sus actuaciones, debe estipularse que: “los afectados tienen derecho a ejercer su defensa, en caso que sea posible presentar alegatos mediante escritos ante dichos organismos públicos y estos tienen el deber de garantizar ese derecho y dar respuesta oportuna” (Travieso Evans, 2020:3,4).

Sin embargo, con razón a la pandemia y la vigencia del Decreto de Estado de Excepción, las instancias administrativas y judiciales están limitadas. En el caso de la instancia administrativa, todo dependerá de si el órgano administrativo ha reanudado sus actividades administrativas. Más, en el caso de la instancia judicial, debe destacarse que, en el Decreto 4160 que declara el estado de Excepción por la pandemia del Covid 19 se exhortó de forma expresa al:

[...] Tribunal Supremo de Justicia para que adopte previsiones no solo sobre el funcionamiento de los órganos que integran el Poder Judicial, sino también previsiones normativas pertinentes que regulen los efectos de la aplicación de las medidas de restricción de tránsito o suspensión de actividades sobre los procesos llevados a cabo por el Poder Judicial o sobre el funcionamiento de los órganos que lo integran. Fue así, como el referido Tribunal, debido a la declaratoria del estado de excepción, mediante Resolución N° 001-2020, de fecha 20 de marzo de este año, de su Sala Plena, dispuso, en el ámbito de la Administración de Justicia, la suspensión de los términos y plazos procesales, la inhabilitación de los días de despacho, con las solas excepciones de los procesos penales y de amparo constitucional, para lo cual indicó que los tribunales debían permanecer en guardia, así como la Sala Constitucional y la Sala Electoral, pero no las Salas Civil, Social y Político Administrativa (Brewer y Romero, 2020: 246).

Por lo tanto, el único medio posible judicialmente al que pueden acudir los ciudadanos sería a través de un Amparo Constitucional siempre que las condiciones estén dadas, pues tendría que existir realmente una violación inminente por dicho silencio administrativo.

En discrepancia a lo anterior, existe la postura que apoya la paralización de todos los procedimientos administrativos, de esta forma, incluye los casos en que se incurra el silencio administrativo, precisando:

La paralización de los procedimientos administrativos implica pues la suspensión e interrupción de todo trámite relacionado con la iniciación, sustanciación y decisión de los mismos en cualquier ámbito, así como los plazos y términos establecidos para la realización de cualquier actuación administrativa; plazos y términos que deberán ser reanudados una vez cese la suspensión de actividades [...] la suspensión de todo procedimiento administrativo se genera ope legis y con efectos generales, de manera que se produce la paralización de cualquier acto administrativo, así como toda actuación administrativa relacionada con un procedimiento administrativo determinado (celebración de audiencia de descargos, interposición de denuncias o escritos de oposición, e incluso providencias que pongan fin a un procedimiento, etc.). En el supuesto caso de que la Administración llegase a dictar un acto administrativo que ponga fin a un procedimiento administrativo durante el período de duración del Estado de Alarma, resulta imprescindible que en el texto estos se indique que su eficacia quedará postergada a la reanudación de los plazos administrativos, es decir, para cuando finalice el Estado de Alarma y su prórroga. Ello así, primero, porque debería tomarse como si fue dictado en un día inhábil, y segundo, para que se eviten vulneraciones a los derechos constitucionales de los particulares como, por ejemplo, el derecho a recurrir dicho acto (Brewer y Romero, 2020: 368).

Para los autores Brewer y Romero, se ha verificado una causa extraña no imputable, como lo constituye el hecho del príncipe, es decir, medidas dictadas por el Presidente de la República, como máximo jerarca del Ejecutivo Nacional o por autoridades administrativas, como por ejemplo: las medidas dictadas por la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (SUDEBAN) o el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC), en cuanto a la suspensión de actividades o la restricción de la circulación. Dicha causa extraña no imputable (hecho del príncipe) “...deberá eximir al interesado de responsabilidad, ya que un eventual incumplimiento no se derivará de la conducta culposa del interesado. Como también, exime a la Administración de responder a un Recurso intentado o cualquier solicitud emanada” (Brewer y Romero, 2020:206)

Por lo que, para dichos autores, Brewer y Romero, los procedimientos administrativos, incluyendo los que exista el silencio administrativo, se encuentran suspendidos bajo la vigencia del Decreto N° 4160, antes identificado, por lo que, la Administración Pública se ve eximida del cumplimiento de obligaciones como la de decidir, y los ciudadanos se ven restringidos al no poder ejercer ordinariamente su derecho a acudir a Instancias Administrativas y/o Judiciales.

En base a lo anterior, se puede concluir que, cuando exista una solicitud, la cual ha vencido el lapso para la decisión de la Administración Pública, incurriendo así en el silencio administrativo debe considerarse la suspensión tanto de los efectos de dicha decisión negativa para el interesado como también, la indefensión del interesado hasta que se reanude la actividad en aquel órgano administrativo, cumplido el tiempo de la aplicación del Decreto de Estado de Excepción. Tal es también el caso, de que exista un procedimiento en curso donde debido a la suspensión a los lapsos y a la actividad administrativa, el órgano no decidió; esto no se debe entenderse como silencio administrativo, pues todos los días de esta pandemia son inhábiles para cualquier procedimiento según la óptica de este autor. Por lo tanto, la pandemia afectó de forma evidente la forma jurídica en la que ahora se trata los procedimientos administrativos donde se incurrió el silencio administrativo.

2. Derecho a la petición y a la oportuna y adecuada respuesta

Es propicio referirse al Derecho de petición y oportuna y adecuada respuesta, pues en Jurisprudencia de la Sala Constitucional se determinó que siendo el Silencio Administrativo una garantía al Derecho Constitucional a la defensa, está íntimamente relacionado con dichos derechos, siendo estos violentados cuando la Administración Pública incumple con su deber de decidir (referencia tomada de Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, 2006: exp. No. 06-0516) Más, al considerar la Pandemia y el Decreto 4160 antes identificado que restringe implícitamente estos derechos, es necesario entonces definirlos e indicar como han sido limitados.

Principalmente, el derecho de petición se define como: “el reconocimiento de la facultad que tienen los particulares de presentar solicitudes ante el centro o complejo de órganos que integran el Poder Público, y el deber de estos de dar oportuna respuesta” (Juárez, 2005:181). Según este mismo autor, el derecho de petición en su concepción amplia tiene dos formas: las peticiones políticas (derecho de pedir) y las peticiones administrativas (derecho de instar) esta última es la que interesa y la cual, se basa según Juárez en “la obligación a resolver por parte de la administración pública” (Araujo, 2005:183) pues “separada de tal obligación, carece de verdadera utilidad y eficacia” (Bascuñán, 1963:254).

Por lo anterior, estos derechos están muy conectados porque el derecho a obtener una respuesta oportuna se origina del derecho de petición, así lo considera el autor Rafael Raveau “El peticionario tiene derecho a saber qué resultado tiene su petición; y esto implica por parte de la autoridad la obligación de dar una respuesta a la petición” (Raveau, 1939: 45). Ahora bien, no porque la Administración Pública esté obligada a decidir favorablemente sino adecuadamente, es decir, que tenga relación más no sumisión con lo peticionado, por lo tanto, el derecho de petición tiene como naturaleza ser:

[...] un derecho formal, ya que la autoridad solo está obligada a tramitar la petición y responderla razonadamente, pero la respuesta no implica necesariamente la satisfacción o respuesta positiva de lo solicitado por el peticionante, basta la existencia de una respuesta fundada o motivada, como asimismo, que se respete el principio de igualdad ante la ley y que

no se genere una situación de diferencia arbitraria o de discriminación, prohibida por la Carta Fundamental (Nogueira, 2008: 88).

Por lo que, en relación al derecho de petición, se define el derecho a la respuesta adecuada y oportuna como “garantía del derecho a la defensa para evitar que el silencio pudiera dejar al particular inerte ante la arbitrariedad administrativa encerrada en la ausencia de respuesta” (Corte Suprema de Justicia, 1988: Exp. No. 35109). Por lo que, el interesado está en su derecho a que luego de una petición, la Administración emita un acto administrativo conforme a la Ley. En específico, este derecho se puede detallar indicando:

En cuanto a que la respuesta sea ‘oportuna’, esto se refiere a una condición de tiempo, es decir, que la respuesta se produzca en el momento apropiado, evitando así que se haga inútil el fin de dicha respuesta. En cuanto a que la respuesta deba ser ‘adecuada’, esto se refiere a la correlación o adecuación de esa respuesta con la solicitud planteada...y a que ésta deba ser afirmativa o exenta de errores; lo que quiere decir la norma es que la respuesta debe tener relación directa con la solicitud planteada (Tribunal Supremo de Justicia, 2013: exp. No. 12-0731).

Por lo tanto, lo que se quiere en este derecho es que la autoridad o funcionario responsable responda de forma oportuna y que dicha respuesta se refiera específicamente al planteamiento realizado por el solicitante. Se debe entender que, este concepto dado por la Sala Constitucional no evaluaba la posibilidad del silencio administrativo por lo que, no se hace mención a que la respuesta puede ser inoportuna cuando hubo esta ficción legal, pero no es excusa para no responder de manera adecuada, es decir, congruente con las circunstancias que planteó el interesado.

2.1.Regulación al derecho a la petición y al derecho a la oportuna y adecuada respuesta.

Ahora bien, estos derechos se encuentran tipificados en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) que establece:

Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: Art. 51).

Así como en la Constitución venezolana, existen leyes que se refieren a dichos derechos aquí estudiados, las cuales limitan o fijan el norte de estos, como es el caso del artículo 9 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (2014) la cual, indica que no existe excepción para que se reciban y atiendan peticiones del interesado, indicando distintos medios para que estas sean formuladas por: “escrito, oral, telefónico, electrónico o informático” (Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, 2014: Art. 9) además, indica que así como hay derecho a peticionar también se tiene derecho a recibir respuesta.

Este artículo concuerda mucho, con la situación de pandemia actual porque da a entender el cómo la Administración Pública debe estar preparada para este tipo de excepciones teniendo medios electrónicos disponibles, así evitando la indefensión que puede ocurrir por no peticionar, como también, por no obtener respuesta y lo cual, puede ser atacado a través de un Amparo. Además, vale destacar, que este mismo artículo se hace mención que no importa cuál sea el mecanismo o recurso que interponga la persona, es decir, puede ser en instancias judiciales o administrativas, de igual forma, debe ser atendida pues sino acarrea sanción.

Por consiguiente, el artículo 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981), señala debidamente cómo todo procedimiento administrativo debe terminar con una decisión sea favorable o no al interesado. Del análisis de este artículo, el autor Brewer delimita cuatro elementos los cuales son:

Primero, toda persona tiene derecho a pedir o solicitar algo al poder público. Segundo, se ejercita ante cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa y relativa a cualquier materia de su competencia, para la que no exista un procedimiento jurídico. Tercero, de su ejercicio no puede derivarse perjuicio alguno. Cuarto, existe la obligación del destinatario de contestar motivadamente a la petición (Brewer, 2011: 23).

Entonces, se puede entender que este derecho de petición y de respuesta oportuna y adecuada se limita a hacerse valer ante un órgano administrativo competente. Sobre esto, indica la jurisprudencia:

[...]estos derechos no implican un derecho irrestricto a dirigir a cualquier funcionario cualquier petición, sino a dirigirla al funcionario o ente que, de conformidad con las disposiciones legales aplicables, tenga atribuida una determinada función pública así como la competencia para conocer de una específica materia, peticiones o solicitudes o apertura de procedimientos relativos a las materias de su competencia, para que éste responda dentro de los lapsos o términos que, al efecto estén establecidos o, en su defecto, dentro de plazos razonables[...] (Tribunal Superior de Justicia, 2004: Exp. No. 000497).

2.2. Límites a los derechos de petición y de respuesta oportuna y adecuada ante el silencio administrativo en tiempos de pandemia.

En base a lo anterior, las limitaciones implican que:

[...] el derecho o derechos correspondientes pueden ser afectados, nunca vulnerados, por el decreto respectivo. Además, las limitaciones al ejercicio del derecho que aquel imponga pueden llegar a tener carácter extraordinario, es decir, tener una severidad restrictiva mayor a la admisible en tiempos de normalidad, si ello es estrictamente necesario para arrastrar la emergencia y recuperar la normalidad. Todas las medidas o decretos de emergencia quedan sujetos a las exigencias de temporalidad, necesidad y proporcionalidad y al control que con apoyo en estas puedan efectuar los jueces de amparo, los que estén llamados a desarrollar control difuso de la constitucionalidad frente a actos normativos emitidos o los que, por otras vías procesales, sean requeridos para cumplir la tarea de revisión judicial de actos del poder público (Brewer y Romero, 2020: 45).

Por tanto, se indica que aunque estos derechos se puedan ver limitados cuando hay una urgencia y una afectación grave a los mismos, el interesado está en todo su derecho para acudir a instancias judiciales a través de un Amparo pero en lo que respecta, a la vía administrativa cuando hay peticiones ante un silencio administrativo en pandemia, debido a la paralización de procedimientos administrativos según el Decreto mencionado, si existe una limitación especial a estos derechos de petición y de respuesta oportuna y adecuada.

Según el autor Casal se entiende que en estados de Excepción los derechos:

No pueden ser recortados o cercenados por una restricción de garantías, mucho menos suprimidos, aunque aquella puede dar lugar a que se impongan limitaciones al ejercicio de los derechos, incluso más severas que las lícitas en tiempos de normalidad, con sujeción a la proporcionalidad y temporalidad (Casal, 1995:45).

Entonces esto hace saber que, aunque estos derechos fundamentales pueden ser limitados no pueden ser suprimidos en su totalidad, generándose así distintas limitaciones, las cuales son:

- El Estado de Excepción debido a “la situación de emergencia que constituye una amenaza real a la independencia o seguridad del Estado” (Brewer y Romero, 2020: 47) Esto comporta una limitante pues la pandemia ha ocasionado que se vean limitados derechos como el acudir a vías administrativa y judicial de forma ordinaria, y así como la libre circulación, por la eminente amenaza que este virus comporta a derechos como el de la vida y la salud.

- La temporalidad, tal y como establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 4, ante un Estado de Excepción existe un cese temporal de las obligaciones relativas a determinados derechos, como es el caso de estos derechos antes mencionados, que no están suspendidos, pero si se ven afectados pues los procedimientos administrativos y las instancias judiciales si están suspendidos mientras tenga vigencia el Decreto sobre el Estado de Excepción.

- La proporcionalidad, es decir, que:

la suspensión de derechos o garantías constituye el único medio para hacer frente a la situación que no puede ser enfrentada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales, siempre y cuando las medidas adoptadas no generen una mayor afectación al derecho que sea restringido en comparación con el beneficio obtenido (Casal, 1995:45).

Esto se refiere a que debe existir cierto equilibrio entre las actuaciones que se le permiten a la Administración Pública y los derechos que se les restringen a los ciudadanos.

- Contadas garantías judiciales, en el caso venezolano, solo una garantía judicial que es indispensable y se puede hacer valer aún en medio del Decreto de estado de excepción, si estos derechos fundamentales son violentados desmedidamente y se cumplen con los requisitos establecidos en la Ley de la materia se puede llevar a cabo un Amparo para el respeto del Estado de Derecho, esto en concordancia con el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

Sin embargo, vale destacar, como respuesta a dicha postura, lo que indica el artículo 7 de la Ley Orgánica Sobre Estados de Excepción según el cual:

No podrán ser restringidas, de conformidad con lo establecido en los artículos 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las garantías de los derechos a: 1. La vida. 2. El reconocimiento a la personalidad jurídica [...] 4. La igualdad ante la ley [...] 11. El debido proceso. 12. El amparo constitucional. 13. La participación, el sufragio y el acceso a la función pública. 14. La información (Ley Orgánica de Estados de Excepción, 2001: Art. 7).

Esto hace entender que, si bien la pandemia implica restricciones cuando se trata, específicamente, de derechos como el de la defensa que implica la petición y oportuna respuesta, como también el Amparo, no se pueden limitar a tal punto de hacerlos desaparecer, por lo que, los órganos administrativos como también, instancias judiciales tienen el reto de establecer formas idóneas para que estos derechos no se vean suprimidos aun en Estado de Excepción.

En base a lo anterior, algunos órganos administrativos emitieron actos para establecer su posición respecto al contenido del Decreto Núm. 4160 publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria número 6519, muchos de ellos decidieron acoger dicha decisión del Ejecutivo de forma excepcional y que se extendió por todo el 2020. Con ello, se vislumbra la evidente limitación a los derechos de petición y oportuna respuesta, teniendo como salida el Amparo Constitucional. Pero, hubo otros órganos que, pese a la vigencia de los Decretos subsiguientes de Estado de Excepción, muchos actos administrativos y procedimientos administrativos se restablecieron de forma online o semi presencial como los referidos a los Servicios Autónomo de Propiedad Intelectual, y al Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, entre otros, para de esta forma, vivificar estos derechos que se vieron afectados por la pandemia. Así también, en el caso de las instancias judiciales para el 1ero de octubre de 2020 bajo Resolución Núm. 2020-0008 del Tribunal Supremo de Justicia, se instauró el procedimiento judicial de forma virtual.

Existiendo entonces una falta de uniformidad en las decisiones por una parte de órganos administrativos y por otra de las instancias judiciales, debido a que no se especificó las garantías que se verían limitadas ni los procedimientos administrativos que se verían específicamente suspendidos. Provocando como, por ejemplo, el Decreto No. 016-2020 dictado por el Alcalde del Municipio Chacao, donde se establecen restricciones a la libertad de circulación de las personas, sin competencia alguna para ello:

se restringe la circulación vehicular y peatonal de habitantes y transeúntes en la Jurisdicción del Municipio Chacao, en horario comprendido desde las 4.00pm hasta las 5.59am, sin alguna de las justificaciones previstas en el marco del Decreto No. 4.160, mediante el cual se declaró el estado de alarma en el territorio nacional (Decreto 016, 2020).

Así que, es de vital urgencia que más allá de restringir los derechos y garantías constitucionales, se limiten las actuaciones de la Administración Pública para que no exista mayor desmedro al ejercicio de dichos derechos.

3. Responsabilidad de los funcionarios públicos

Entendiendo que, al existir el silencio administrativo sea en sentido positivo o negativo no existe un acto expreso al cual, está obligada la administración pública, por lo que, establece el autor Juárez que existe entonces evidentemente: “un retardo, esto es, una omisión prolongada durante cierto tiempo” (Araujo, 2005:505). Con relación a lo anterior, el artículo 62 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981) da entender que, la terminación del procedimiento es una decisión expresa y oportuna, pues no solo debe existir una respuesta, sino que debe estar dentro de los límites temporales que en cada caso existe.

Por lo tanto, se quiere recalcar que existe una obligación para decidir del funcionario público, y al no decidir acarrea responsabilidad o sanción, tal y como lo establecen en sus últimos párrafos artículos antes comentados como los artículos 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), 9 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (2014), 2 y 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981).

Entonces, no solo está el derecho a peticionar por parte del interesado, sino que está el deber por parte de la Administración Pública de responder aun cuando no exista una impugnación. Entrando en materia, para hablar de la Responsabilidad de los funcionarios públicos, debe definirse la responsabilidad como: “aquella obligación de reparar y satisfacer por uno mismo el mal inferido o el daño originado” (Caballenas, 2004: 352). También otros autores como Avellaneda y Pinto lo definen como: “una consecuencia que ha de soportar un sujeto de derecho con motivo de una acción u omisión que le es imputable” (Avellaneda y Pinto, 2005: 378).

En específico, en cuanto a la responsabilidad administrativa surge como:

consecuencia del actuar ilícito de un funcionario y se basa en las infracciones que, en criterio del órgano que la declare, hayan cometido personas encargadas de la Administración Pública, siendo así, una herramienta disuasiva para la defensa de la integridad de la Hacienda y la moralidad y excelsitud pública [...] (Tribunal Superior de Justicia, 2018: exp. No. 2018-0283).

Por esto último, se debe recalcar que no solo se debe sancionar a la Administración Pública, sino en específico, al funcionario público que es el verdadero responsable siendo este el último guardián del Estado de Derecho, es decir, quien vela directamente por el cumplimiento de la Ley. Siendo así, la Responsabilidad tiene como fin: “fijar límites concretos a la negligencia y arbitrariedad eventuales de estos funcionarios” (Marienhoff, 1982:391).

Para la mayoría de los autores, esta responsabilidad administrativa es sinónimo de responsabilidad disciplinaria, teniendo como objeto de:

[...] asegurar el correcto funcionamiento de los servicios a su cargo. Para lograrlo es menester que pueda exigir a los funcionarios el cumplimiento estricto de sus deberes y eventualmente sancionar a quienes cometan faltas (Sansó, 2003: 390).

Sin embargo, el autor venezolano Brewer diferencia dichas responsabilidades estableciendo que:

los funcionarios públicos pueden incurrir en responsabilidad administrativa por incumplimiento del funcionario de sus deberes o por las acciones u omisiones en el ejercicio de sus funciones que impliquen violaciones de leyes y reglamentos administrativos, mientras que, incurren en la responsabilidad disciplinaria cuando incumplen con los deberes específicos que se derivan de una relación especial de sujeción establecida por la función pública. Esta responsabilidad produce como consecuencia la imposición, por los superiores jerárquicos, de sanciones disciplinarias (Brewer, 1982: 278).

Por tanto, otros autores siguiendo la perspectiva de Brewer separan la responsabilidad administrativa en dos ramas: la responsabilidad disciplinaria, y la responsabilidad administrativa plenamente.

3.1. Regulación sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Por consiguiente, pese a estas diferencias en las posturas asumidas por los autores, al revisar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) se puede vislumbrar que el artículo 25 establece que los funcionarios públicos pueden obligársele de forma penal, civil y administrativa cuando violenten derechos y garantías constitucionales, así como también, de forma más específica el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) establece la responsabilidad disciplinaria, por tanto, dicha división de responsabilidades atiende:

...a la gravedad de la violación a los derechos fundamentales que realicen, pudiendo está ser de naturaleza penal, cuando cometan un delito o falta; civil, la obligación de indemnizar a las víctimas de violaciones a los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República; y, administrativa, dentro de la cual se incluye la disciplinaria, correspondiéndole a la máxima autoridad del órgano o ente público realizar el procedimiento administrativo de destitución conforme lo dispone la ley (Rojas, 2019: 48,49).

Las responsabilidades antes descritas, tienen un fundamento, que son: “los principios propios del Estado de derecho, en los que tiene cabida todo aquello que permita afianzar la seguridad jurídica y las libertades públicas” (Marienhoff, 1982: 375). En Venezuela, específicamente, dichos principios que son fundamento se encuentran establecidos en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que establece:

La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: Art. 141).

Por tanto, son estos funcionarios garantes de la seguridad jurídica y las libertades públicas cuando se acude ante órganos administrativos. En desarrollo de estas responsabilidades, debe hacerse mención de lo regulado en las leyes como la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981), la cual, en el artículo 4, párrafo único haciendo referencia a la responsabilidad generada por el silencio administrativo negativo, señala:

la reiterada negligencia de los responsables de los asuntos o recursos que dé lugar a que estos se consideren resueltos negativamente, les acarrea amonestación escrita. Por lo que, no es por un solo procedimiento en el que se haya incurrido en silencio administrativo sino en varios donde se haya incurrido en ello (Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, 1981: Art. 4).

Como acá se puede vislumbrar que la responsabilidad no se genera por un solo silencio negativo, sino cuando exista reiteradamente dicha ficción legal, como también, de la misma lectura de dicho artículo se entiende que, la responsabilidad que acarrea dicho silencio es una responsabilidad disciplinaria al hacer mención de la

amonestación escrita. Sin embargo, la disposición contenida en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981), consagra de manera expresa también, la responsabilidad civil del funcionario frente a la Administración Pública, condicionada a los casos cuando la mora o retardo de dicho funcionario en el cumplimiento de sus obligaciones, hubiere causado daño patrimonial a los interesados.

Por esta razón, además de referirse a las tres responsabilidades mencionadas en el artículo 25 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), en este caso específico, debe hacerse especial mención a la responsabilidad disciplinaria señalada en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (1981). Aplicando a dicha materia disciplinaria, la Ley del Estatuto de la Función Pública (2001), que la regula en sus Capítulos II y III del Título VI (Responsabilidades y Régimen Disciplinario), estableciendo en dichos capítulos la tipificación de las faltas y de las sanciones y el procedimiento disciplinario de Destitución. En específico, el artículo 79 de dicha ley regula una vez más las tres responsabilidades indicadas en el artículo 25 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), como también se hace especial mención de la responsabilidad disciplinaria antes definida.

3.2. Responsabilidad de los funcionarios públicos ante el silencio administrativo en tiempos de pandemia.

Así que, dichas responsabilidades se generan de delitos, faltas, hechos ilícitos e irregularidades de los funcionarios públicos, los cuales dependiendo de la gravedad pueden ser sancionadas a través de la amonestación escrita o la destitución. En el caso de la amonestación escrita, tiene como finalidad:

[...] sancionar –a modo de castigo– una conducta indebida o el incumplimiento de una norma por parte del funcionario público, para que el individuo que la haya realizado no la repita y realice la conducta de la forma querida por la norma. En este sentido se entiende que la amonestación tiene una doble función: por una parte, representa una garantía al buen funcionamiento de la administración pública y por otra, a la formación y educación del funcionario público en el ejercicio de los deberes y obligaciones conexas al cargo público que desempeña para su desarrollo y perfeccionamiento profesional (Rojas, 2019: 8).

Sabiendo esto, las causales de la amonestación escrita se encuentran en el artículo 83 de la Ley del Estatuto de la Función Pública (2001). Con respecto al silencio administrativo, las causales de amonestación que pueden aplicarse pueden ser el numeral 1, 3 y 5. Ahora bien, el numeral 1, el cual, estipula la causal de amonestación por negligencia en el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo, tiene relación pues consiste en que cuando los funcionarios públicos que en sus funciones estén obligados a emanar actos administrativos y no lo hagan concurridamente o lo hacen fuera del tiempo establecido por la ley, están actuando de forma descuidada o negligente en el ejercicio de sus funciones, y por supuesto, presenta una falta de rendimiento en las tareas encomendadas. Entendiendo que, el funcionario público debe cumplir con: “el servicio de la mejor manera posible, al menor costo para los contribuyentes, en el menor tiempo que pueda hacerse y con el logro óptimo de los objetivos planteados” (Rojas, 2019: 75).

Siguiendo con el numeral 3 se puede decir que es el que más encaja respecto a la responsabilidad que se genera ante el silencio administrativo, pues señala la falta de atención debida al público, en relación a esto, en la Ley que se comenta, artículo 33 indica que:

[...]los funcionarios tienen como deber el prestar la información necesaria a los particulares en los asuntos y expedientes en que éstos tengan algún interés legítimo; y guardar en todo momento una conducta decorosa y observar en sus relaciones con el público toda la consideración y cortesía debidas (Ley del Estatuto de la Función Pública, 2001: Art. 33).

Cuando no se atiende, no se está respondiendo ni cumpliendo con este deber, y por lo tanto, esto acarrea amonestación. Por último, el numeral 5 refiriéndose a la inasistencia injustificada al trabajo durante dos días hábiles dentro de un lapso de treinta días continuos, es decir, incumplir con el deber de prestar sus servicios personales y estar a la disposición de quien los emplea en un tiempo y en un lugar determinado. Este último tiene relación

pues, en estos tiempos de pandemia basta considerar que, estando algunos órganos administrativos laborando sea de forma semi presencial o de forma virtual, muchos funcionarios públicos no asisten reiteradamente actuando de forma irresponsable y negligente pues algunos de ellos no han procurado notificar su inasistencia tal y como lo indica el numeral.

Con respecto, a estas causales cuando se comprueba la responsabilidad del funcionario público, se inicia el procedimiento regulado en la Ley del Estatuto de la Función Pública (2001) en los artículos subsiguientes. Ahora bien, en la pandemia la aplicación de dicho procedimiento dependerá de si los órganos administrativos estén laborando y dichos procedimientos no se hallen suspendidos. Sin embargo, el no amonestar a los funcionarios irresponsables de aquellos órganos que aún laboran se va perdiendo la conciencia de éstos, por lo que amonestar es necesario bajo los métodos posibles para que se vea: “menos provechoso infringir la Ley que acatarla, siempre y cuando sin que por intermedio del mecanismo sancionatorio empleado se desborden los límites de la norma” (Tribunal Supremo de Justicia, 2018: Exp. No. 0283). Es decir, se debe aplicar la norma de responsabilidad para hacer entrar en razón a los funcionarios, pero no como una forma de privarlos de sus derechos y potestades.

En el caso de la destitución que viene a ser una medida más drástica, dichas causales de esta sanción disciplinaria se hallan en el artículo 86 de la ley que regula esta materia disciplinaria. En este caso, el funcionario público que incurrió en silencio administrativo se le puede destituir bajo las causales de los primeros dos numerales como también de los numerales 7 y 9. Entendiendo que, ya cuando es concurrente en el incumplimiento de su deber de decidir a pesar de las amonestaciones; con la destitución se determina que el funcionario público no siga en el cargo. Por último, también al incurrir en silencio administrativo puede existir un abuso de autoridad y arbitrariedad, y un abandono injustificado al trabajo por motivo de la pandemia.

En este tiempo de pandemia, la responsabilidad de los funcionarios se ve limitada debido a lo excepcional de lo que sucede, sin embargo, en base al artículo 27 de la Constitución venezolana en lo que atañe al disfrute del derecho al Amparo Constitucional establece que: “...El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales” (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: Art.27). Así que, en el caso de Amparo no hay restricción a la responsabilidad en este caso de los funcionarios judiciales, pero en lo que respecta a la responsabilidad de los funcionarios públicos si se ve restringida solo a los casos de aquellos órganos administrativos que sea de forma virtual o semi presencial hayan restablecido los procedimientos administrativos.

Conclusiones

Lo expuesto a lo largo de este artículo, abre la puerta a una serie de consecuencias jurídicas trascendentales que se han originado por la existencia del silencio administrativo en tiempos de Pandemia. Entendiendo que, debido a la cuarentena como medida de protección ante esta situación inesperada, el Gobierno venezolano decretó el estado de Excepción que bajo su Disposición Final Sexta suspende los procedimientos administrativos sin especificar cuáles, y esto trajo como consecuencia, principalmente, que donde se incurrió en el silencio administrativo, se afectara la forma de regulación y su objeto de ser una garantía administrativa para los ciudadanos y con ello, limitando y restringiendo el derecho a la petición y a la oportuna y adecuada respuesta.

También está, el hecho en que los casos excepcionales donde no se interrumpió la actividad de algunos órganos administrativos, los funcionarios públicos incumplan con la obligación de decidir, trayendo como consecuencia la responsabilidad de éstos, los cuales, se podrán ver tentados a adquirir la costumbre de no dar respuesta oportuna, tomando como excusa los tiempos de pandemia y el Decreto de Estado de Excepción.

Por consiguiente, se concluye que, hubo efectos negativos de dicha Declaratoria de Estado de Excepción, como también, existen efectos positivos como lo son la reanudación de los procedimientos administrativos, algunos ya de forma digital, otros de forma semi presencial dándose la oportunidad de que se pueda garantizar plenamente el derecho a la petición y oportuna respuesta, volviendo al ordenamiento jurídico ordinario del silencio administrativo, como también, dando cumplimiento a la obligación de decidir y a que se sancione a aquellos funcionarios públicos que teniendo los medios posibles no respondieron a las solicitudes de los ciudadanos.

Referencias

ALCALDIA DEL MUNICIPIO CHACAO DEL ESTADO BOLIVARIANO DE MIRANDA, 2020. Decreto N°016. En Gaceta Municipal N° 8972.

ARAUJO JUAREZ, José. 2005. Tratado sobre Derecho Administrativo Formal. Editorial Vadell Hnos. Valencia, Venezuela.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, 1999. Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela. En Gaceta Oficial Extraordinaria de la Republica Bolivariana de Venezuela N° 36.860.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, 2001. Ley del Estatuto de la Función Pública. En Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela N° 5556 Extraordinario.

AVALLÉNADA SISTO, Eloisa y PINTO D'ASCOLI, Alexis, 2005. "Régimen Jurídico de Salvaguarda del Patrimonio Público" En Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Volumen 6, No 1. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela.

BASCUÑÁN SILVA, Alejandro. 1963. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II. Editorial jurídica de Chile, Santiago.

BREWER CARIAS, Allan y ROMERO MUCI, Humberto. 2020. Estudios jurídicos sobre la pandemia del covid-19. Editorial Jurídica Venezolana Internacional. Caracas, Venezuela.

BREWER CARIAS, Allan, 1982. El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

BREWER CARIAS, Allan. 1996, Instituciones políticas y constitucionales. Tomo II. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas-San Cristóbal, Venezuela.

BREWER CARIAS, Allan. 2005. Los Principios Fundamentales del Derecho Público (Constitucional y Administrativo). Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

BREWER CARIAS, Allan. 2011. Visión actual de los procedimientos administrativos. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

CABALLENAS DE TORRES, Guillermo. 2004. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Viamonte, Argentina.

CASAL, Jesús María. 1995. "Efectos y límites sustanciales de la suspensión o restricción de derechos garantías constitucionales" en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA, 1981. Ley Orgánica Procedimiento Administrativo. En Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela N° 2.818 Extraordinaria.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA, 1983. Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio. En Gaceta Oficial Extraordinario N° 3.238.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Política Administrativa 1988. Sentencia del 9 de Mayo de 1988. Expediente N° 35-109.

DELGADO, Fernando. 2020. Incidencias del Estado de Alarma sobre los procedimientos administrativos: el alcance de la Administración telemática. En: <https://lega.law/lega-in-depth-22/> [Consultado el 17 de Octubre de 20213]

GAMERO, Eduardo y FERNÁNDEZ, Severiano. 2016. Manual básico de derecho administrativo. Editorial Tecnos (grupo anaya, s. a.) Madrid, España.

GORDILLO, Agustín. 2016. Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina.

LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, 2001. Ley Orgánica sobre Estados de Excepción. En Gaceta Oficial N° 37.261.

MARIENHOFF, Miguel S. 1982. Tratado de derecho administrativo. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2008. “El derecho constitucional de petición y su insuficiente regulación legislativa” En Revista de Derecho. Volumen. 15, N° 2. Universidad Católica del Norte. Coquimbo, Chile. pág. 87-106

OMS, 2013. Que es pandemia. En: <https://medicinaysaludpublica.com/noticias/covid-19/que-es-una-pandemia/5913> [Consultado el 17 de Noviembre de 2021]

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos. En la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32)

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En Resolución 2200 A (XXI)

PACORI CARI, José María. 2017. Aplicación Práctica del Silencio Administrativo. Ubilex Editorial. Arequipa, Perú.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, 2014. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública. En Gaceta Oficial Extraordinaria de la Republica Bolivariana de Venezuela N°6.147.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, 2020. Decreto N° 4.160. En Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela N° 6.519 Extraordinario.

RAVEAU, Rafael. 1939. Tratado Elemental de Derecho Constitucional chileno y comparado. Editorial Nacimiento. Santiago, Chile.

ROJAS PÉREZ, Manuel. 2019. “Revista de Derecho Funcionario” En Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), No 26 y 27.

SANSÓ DE RAMÍREZ, Beatrice. 2003. La organización administrativa y la nueva Ley del Estatuto de la Función Pública. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, Venezuela.

Sección II: Cuerpos Normativos.

TRAVIESO EVANS, 2020. Boletín del Estado-derecho y covid 19, impacto en el entorno legal venezolano. En: <https://www.traviesoevans.com/wp-content/uploads/2020/10/Mayo-2020-1.pdf> [Consultado el 10 de julio de 2021]

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, 2013. Sala Constitucional. Sentencia del 29 de Noviembre de 2013. Expediente N° 12-0731.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, La Corte de Apelaciones en lo penal, civil, mercantil, del tránsito, del trabajo, de niños y adolescentes y Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo de la Región Amazonas de la Circunscripción Judicial del Estado Amazonas 2004. Sentencia de fecha del 24 de enero de 2004. Expediente N° 000497.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. 2001. Sentencia del 4 de Abril de 2001. Expediente N° 01-0271.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. 2006. Sentencia del 04 de julio de 2006. Expediente N° 06-0516.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Político Administrativa. 2018. Sentencia del 7 de agosto de 2018. Expediente N° 2018-0283.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Resolución N 001-2020 del 20 de Marzo de 2020.

Aplicabilidad de leyes sobre medios digitales en Documentos Públicos en Venezuela¹

José Daniel Fuenmayor²

Ángel Niño Torres³

Resumen

La presente investigación tuvo como objetivo general defender un régimen legal para los documentos públicos electrónicos dentro de la República Bolivariana de Venezuela. La investigación es de diseño documental y el método aplicado fue el hermenéutico. Se analizó la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, así como la Ley del Registro Público y del Notariado (2014). Se identificó el documento público como instrumento fundamental en la esfera jurídica, la evolución de figuras jurídicas como el documento en sí por los medios digitales y la necesidad de regular supuestos o relaciones jurídicas manejadas por estos medios; se concluyó que, en función de la progresividad del Derecho, se debe formar un instrumento normativo en base al Derecho Digital que vaya acorde a la realidad jurídica.

Palabras clave: Documentos Públicos Electrónicos, Derecho Digital, Medios Digitales, Régimen.

Analysis of the Applicability of laws on digital media in Public Documents in Venezuela

Abstract

The present investigation aimed to defend a legal regime for electronic public documents within the Bolivarian Republic of Venezuela. The research is of documentary design, and the applied method was hermeneutic. As legal sources, the Data Messages and Electronic Signatures bill and the Public Registry and Notaries bill were analyzed. Data Messages and Electronic Signatures Bill and the Public Registry and Notaries Bill (2014) were studied. It was identified that the public document is a fundamental instrument in the legal sphere as well as the evolution of legal figures such as the document itself by digital media and the need to regulate fact situations or legal relationships handled by these media. It was concluded that, based on the progressiveness of the law, it is necessary to create a normative instrument based on digital law consistent with the legal reality.

Key Words: Electronic Public Documents, Digital Law, Digital Media, Regime.

¹ Fecha de admisión: 16-06-2021 Fecha de aceptado: 14-06-2022

El presente ensayo científico es el resultado del Trabajo Especial de Grado titulado: Aplicabilidad de leyes sobre medios digitales en Documentos Públicos en Venezuela el cual fue realizado en la Universidad Rafael Urdaneta en Maracaibo, Venezuela.

² Abogado. Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: fuenmayor.jd@gmail.com

³ Abogado. Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: angelnino.uru@gmail.com

Introducción

El documento público, de acuerdo al artículo 1357 del Código Civil Venezolano (1982), es aquel instrumento que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para dar fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado; sin embargo en la práctica se sabe que el mismo es cualquier acto que se conste en un Registro Público, es decir, el que se otorga ante un funcionario competente para darle al escrito su carácter de público. Al tener un carácter informativo, el documento es fundamental dentro del mundo del Derecho puesto que manifiesta hechos o voluntades de los individuos dentro de la esfera jurídica, debido a esto se ha estudiado el objeto por medio de la doctrina y a su vez puede presenciarse la aplicación de su uso dentro de las distintas ramas de los ordenamientos jurídicos.

Ahora bien, se sabe que la sociedad humana se encuentra en constante evolución tanto en el ámbito social, político o económico, pero especialmente en el área tecnológica desde las últimas décadas; esto ha traído como consecuencia la aparición de medios electrónicos y digitales que han desarrollado y cambiado exponencialmente tanto el flujo de la información como a las interacciones humanas. Estos cambios han afectado también al mundo jurídico y debido a que el mismo tiene como objetivo regular conductas humanas, es de esperar que nuevas figuras o instituciones hagan acto de presencia al pasar el tiempo. Teniendo esto en cuenta, un documento público digital es aquel hecho o manifestación de voluntad plasmada dentro de un soporte electrónico por medio de una codificación de números o dígitos de carácter continuo con la intervención de un funcionario público competente que confirme su autenticidad.

Como se dijo anteriormente, el documento público es un instrumento fundamental del ámbito jurídico ha sido estudiado en varias ocasiones, por lo que diversos autores han examinado las características del mismo, así como su importancia; Cabrera (1975) ha establecido sus opiniones acerca de uno de los factores que caracteriza al documento público, en específico el papel que posee el funcionario competente para darle fe al documento, en el sentido de que se comprueba la veracidad de actos y/o relaciones jurídicas que han de tener alguna influencia dentro de la esfera del Derecho, por eso la mayor parte de la doctrina concuerda que para que un documento sea público debe existir esta intervención.

Por otro lado, en la actualidad los sistemas normativos han tenido que implementar estos nuevos aspectos tecnológicos para ir acorde a la realidad de los individuos, es claro el avance que poseen los Estados Anglosajones, sin embargo, en vista de que los ordenamientos jurídicos de España, así como de Estados Latinoamericanos como Argentina o Brasil tienen similitudes al propio venezolano, es concreto hacer uso del Derecho Comparado para analizar la incorporación de las nociones vinculadas al Documento Digital, así como los distintos mecanismos referentes que se pueden aplicar y analizar el estado que ha adquirido Venezuela dentro de la materia al pasar el tiempo.

El que se logre precisar de manera concreta en qué punto se encuentra Venezuela en materia notarial y registral con respecto a los medios electrónicos y digitales es importante, pues de esta forma el resultado de esta investigación podrá usarse como punto de referencia de nuevas investigaciones que profundicen el alcance que tienen los documentos públicos electrónicos y digitales dentro de las distintas ramas del Derecho y como estudiar su desarrollo es producto del avance jurídico. Siendo así que el objetivo de esta investigación es defender un régimen legal para los documentos públicos electrónicos y digitales en Venezuela, teniendo en cuenta los avances teóricos/prácticos de los ordenamientos jurídicos internacionales con respecto a los medios digitales y la relevancia de su aplicación acorde a la progresividad del Derecho.

1. Documento Público

1.1. Definición de Documento Público.

Con el transpasar del tiempo ha habido muchas definiciones del documento público, sin embargo, aunque unas difieren de otras, dentro de la doctrina clásica se logró englobar una concepción generalizada de este objeto de estudio que ha sido examinado por la ciencia jurídica; en este orden de ideas Brewer sostiene que entendemos por documento público:

aquella cosa material que constata la existencia de un hecho jurídico en el espacio y en el tiempo, de tal manera, que hace fe pública de la existencia de ese hecho y que tiene un valor y eficacia de prueba real pública atribuido por la ley, siempre que para su formación se hayan observado las formalidades que indica la ley y haya intervenido una autoridad pública que tenga facultad para formarlo. (Brewer, 1962: 9-10)

El Código Civil Venezolano (1982), en su artículo 1357, va acorde a este mismo criterio (pues el documento público es definido como aquel instrumento que se le atribuye fe pública por parte del funcionario público autorizado), dando como resultado que existan definiciones como la de Ossorio que avalen lo anterior, en su obra se define el documento público como aquel “otorgado o autorizado, con las solemnidades requeridas por la ley, por notario, escribano, secretario judicial u otro funcionario público competente, para acreditar algún hecho, la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en que se producen”. (Ossorio, 2000: 343).

En el artículo 1.357 de la mencionada ley adjetiva, además de ver su compatibilidad con la doctrina clásica, en un mismo plano podemos identificar similitudes dentro de las definiciones de otros ordenamientos jurídicos como, por ejemplo, dentro del artículo 1.216 del Código Civil de España (1889), el cual establece que “son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley”. Se puede evidenciar dentro de los textos legales, dos elementos claves para la identificación del objeto de estudio: autorización pública e intervención; estos serán analizados con posterioridad. La doctrina chilena también va acorde a lo anterior, Cariota Ferrara expone que “documento público es el redactado, con las formalidades exigidas, por un notario u otro funcionario público autorizado para atribuirle fe pública en el lugar que el acto se haya realizado”. (Cariota Ferrara, 2019).

Se debe tomar en cuenta que las definiciones de la mayoría de estos Códigos Civiles están inspirados o basados en el Código Civil Italiano de 1865, que en su artículo 315 establecía que el documento público era “el otorgado con las formalidades debidas por un Notario”, esto dio como resultado también a que distintos autores recogieran la base de este artículo al momento de definir el objeto mencionado. Un ejemplo que puede destacar es el planteamiento de Giorgi, quien afirmaba que “instrumento público, en sentido propio y restringido, es principalmente el otorgado por Notario del modo prescrito por la ley”. (Giorgi, 1909: 293)

Evidentemente el sentido de la fuente era en un principio estricto, una clara señal de esto era la función del notario como funcionario público determinado para la autorización del documento público; los distintos códigos que han ido surgiendo dentro de los ordenamientos jurídicos han ampliado este rango, otorgándole la capacidad a otros tipos de personas que ejerzan la función pública de emitir la autenticidad de estos documentos (en Venezuela, tanto la jurisprudencia como la doctrina han argumentado el papel que tiene el registrador en estos casos y como en el ejercicio de sus funciones con respecto a la autenticación, no difiere del notario).

Es de señalar, que al pasar el tiempo los criterios, conceptos y teorías van evolucionando, pues está claro que los mismos se encuentran fuertemente vinculados al contexto histórico o social en el que se crearon, por lo tanto, la función notarial no ha sido la excepción. Esta función tiene carácter de orden público en virtud a la autenticidad y seguridad jurídica que provee en los asuntos de su competencia (por ejemplo, compra-venta de bienes, constitución de sociedades, mandatos, testamentos, operaciones financieras, entre otros), por lo tanto, debe ir conforme a la realidad jurídica que se presente. Cantoral (2020:127) hace un análisis al respecto, tomando así el ámbito de los datos personales que poseen los clientes del notario público en México para examinar el progreso de la función notarial en un sector digital:

[...] los notarios deberán cuidar el tratamiento que le dan a los datos personales de sus clientes, especialmente en la actualidad, pues con el uso de las tecnologías de información y comunicación es necesario implantar medidas de seguridad que garanticen los principios que tutela esta función autenticadora.

Debe mencionarse que el criterio mencionado, es respaldado por el ordenamiento jurídico mexicano, puesto que el mismo cuenta con la existencia de una Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares así como su propio reglamento, lo que permite que se refuerce el basamento del aumento del rango de

la función notarial; en contraste, el ordenamiento jurídico venezolano no posee un cuerpo normativo que regule la materia, así que la tutela amplia de este derecho derivado del uso de los medios tecnológicos, como lo es la protección de datos personales, no ha sido desarrollada de la mejor manera por parte del legislador y por lo tanto la función notarial venezolana no puede ampliar su rango en esta área. En cuanto al documento público, es sensato estudiar los caracteres del mismo (pues es el objeto de estudio de esta investigación) para luego analizarlo dentro del mundo jurídico actual; de esta forma se puede examinar la forma en cómo ha evolucionado a medida del surgimiento de los medios digitales.

1.2. Características de un Documento Público.

Es importante para analizar correctamente el documento público, que se estudien aquellas cualidades, peculiaridades o aspectos que son propios del objeto de estudio para así distinguir el mismo frente a otros de su misma especie. El documento público posee ciertas características que lo identifican, la primera de ellas es la autenticidad, que podría denominarse como aquella distinción fidedigna por parte de la autoridad correspondiente para darle un valor determinado al documento. Al momento de estudiar la materia la doctrina ha mencionado esta característica, Hernández recoge los criterios de autores y explica en su trabajo que:

La autenticación, es el reconocimiento previo, que consiste en la intervención del funcionario público, que da fe de la veracidad y legalidad de un acto o documento jurídico. Per se hacen prueba o dan fe de su contenido, por cuanto no dejan lugar a dudas acerca de la verdad de este. (Hernández, 2016: 4)

Dentro del ordenamiento jurídico venezolano, específicamente dentro del artículo 75 de la Ley de Registro Público y del Notariado de la República Bolivariana de Venezuela (2014) se encuentra la fundamentación legal de la autenticación, el mismo establece lo siguiente:

Artículo 75. Los notarios o notarías son competentes, en el ámbito de su jurisdicción, para dar fe pública de todos los actos, hechos y declaraciones que autoricen con tan carácter particularmente de los siguientes:

17. Autenticar firmas autógrafas, electrónicas y huellas.

Al respecto, dentro de la doctrina más clásica, Brewer ha expuesto que:

El documento público es documento auténtico por excelencia porque su autenticidad existe desde el momento de su formación; y, además, la autoridad del funcionario público que lo autoriza prueba, aun legalmente el contenido, o sea la parte intrínseca del acto mismo del modo que pronto veremos... (Brewer, 1962: 17)

Analizando lo estudiado con anterioridad, la autenticación es, en parte, el resultado de la intervención de la autoridad competente de acuerdo a la legislación correspondiente, esta autoridad vendría siendo el funcionario público (he aquí otro ejemplo de cómo la doctrina ha ampliado el rango de esta autoridad) quien de acuerdo al criterio de García es “aquel «que desempeña funciones públicas mediante las cuales realiza el Estado su destino” (García, 1955:617). Lucini correlaciona la función del documento público con su carácter de autenticidad (que como se ha mencionado antes, no debe confundirse con el carácter de fe pública), así como la particularidad de la forma del mismo, él sostiene que esa:

Autenticidad formal, es decir, garantías formales tendentes a evitar falsificaciones y dotar de una apariencia fiable a los documentos, lo que junto a la autenticidad material (presunciones de identidad, capacidad y consentimiento libre e informado de los otorgantes, presunción de legalidad del negocio) constituye el fundamento de la eficacia legitimadora del documento público notarial. (Lucini, 2018: 219)

El Documento Público hace buena fe de su contenido en todo lo que se refiera a las afirmaciones hechas por el funcionario en su carácter legal y en el ejercicio de su función, dejando constancia de todo aquello que fue por él realizado y de lo dicho y hecho en su presencia y de lo que por la Ley está llamado a dar fe. Se hace necesario, realizar una distinción, por cuanto esta fe, no se extiende a lo relativo a sus apreciaciones, ni a lo referente a la capacidad de las partes y libertad de contrato, debido a que por sus propios sentidos no tiene noticias de ellos, sino que se informa a través del texto del documento, ni le consta la sinceridad de sus declaraciones; de ahí la diferencia establecida por el Legislador en lo tocante a la manera de cómo puede ser atacado el contenido de un documento público. (Alvarado, 2016: 7)

Sobre aquel competente de autorizar los documentos, Giorgi indicaba que sólo aquellos empleados que por Ley pudieren atribuir fe pública podían autorizar documentos públicos, separando a éstos de otros documentos públicos que él denominaba o llamaba impropios o imperfectos, porque podían no gozar de la fe pública; Cabrera indica que “en esta distinción captada por Giorgi, vemos el germen de la separación autenticidad-fe pública” (Cabrera, 1975: 98). Este último contraste le otorga una distinción crucial a la siguiente categoría, ya que la atribución de la ley determina la función pública correspondiente hacia los documentos públicos, es decir, precisa el elemento del objeto mismo.

La característica de la fe pública se encuentra dentro de la legislación venezolana, específicamente en la Ley de Registro Público y del Notariado (2014) dentro del artículo 13 que establece que “La fe pública registral protege la verosimilitud y certeza jurídica que muestran sus asientos”, de igual forma también y así reforzando el papel del funcionario, dentro del artículo 74 de la misma ley se establece que “Los notarios son competentes en el ámbito de su jurisdicción para dar fe pública de todos los actos, hechos y declaraciones que autoricen con tal carácter...”

El autor anteriormente señalado, Eduardo Cabrera, apunta que la fe pública no es más que “la representación de los hechos, aseverada por el Notario, Registrador o funcionario con facultades análogas a las de ellos, la que recibe una especial calidad que se transmite al documento” (Cabrera, 1975: 99). En este marco hay que reconocer que la representación de los hechos es vital dentro del mundo jurídico, por lo que se encuentra presente en cada rama del Derecho. De hecho, el autor califica dicha fe pública de manera que destaca su valor en el Derecho Probatorio:

Por ello decimos que la fe pública es una “calidad” probatoria; es una especie de envoltorio que protege al documento, que recubre, tratándose de instrumentos auténticos, la declaración del funcionario y por ende el acto de documentación, incluyéndose dentro de éste la veracidad del texto, en el sentido de que la escritura del documento es la misma —inalterada— que existía cuando el funcionario lo conoció. (Cabrera, 1975: 100)

Dentro del ordenamiento jurídico español también se debe señalar que en la Ley del Notariado (2015) en su artículo primero establece que “es el funcionario autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”. La fe pública es así, una creencia impuesta por la ley y en cuanto tal, ella sujeta a todo el mundo, incluido a figuras como el juez, a la creencia de la autenticidad del documento y en la veracidad del Notario.

Como última característica por analizar de este objeto de estudio, se encuentra la existencia del contenido o hecho jurídico dentro del documento público. Al respecto Abella hace un comentario interesante, pues sostiene que “el documento notarial es distinto a los demás instrumentos públicos, pues externamente el papel y la grafía están minuciosamente regulados en normas especiales, así como el contenido y la valoración jurídica.” (Abella, 2015: 86)

Brewer hace mención en su obra de la vinculación de esta característica con la forma, llamando a esta última el resultado de la exteriorización del hecho jurídico, este menciona que:

Es la figura, contorno o perfil con que, el hecho se hace perceptible en el mundo jurídico. La forma, como el lenguaje, es un medio de expresión y comunicación. Lo que la palabra es a la idea, es la forma al hecho jurídico; y precisamente una de las formas de expresión de los hechos jurídicos que, realiza el derecho es el documento público. (Brewer, 1962: 354)

Teniendo en cuenta que el intelecto es en cierta forma la capacidad que tiene el ser humano de comprender, analizar o entender lo que lo rodea; y que la expresión (que puede generarse de diversas maneras) es la manifestación o representación del mismo para así darse a entender, es más que claro el vínculo que tiene el documento público con lo que se pretende establecer. En concordancia con esto Abella puntualiza que:

El contenido es el valor intelectual de la declaración. El documento no es sólo una cosa sino una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho. El mismo asegura el acto o negocio documentado, es materialización de hechos y por lo tanto es fuente de prueba superior. (Abella, 2015: 87)

En un sentido amplio, el hecho jurídico es aquel acontecimiento, suceso o hecho al que un ordenamiento legal le otorga una determinada trascendencia jurídica, expresar estos hechos o acontecimientos es específicamente lo que algunos documentos públicos tienen como uno de sus objetivos primordiales. Al respecto el artículo 1.360 del Código Civil Venezolano (1982) establece lo siguiente:

el instrumento público hace plena fe así entre las partes como respecto de terceros, de la verdad de las declaraciones formuladas por los otorgantes acerca de la realización del hecho jurídico a que el instrumento se contrae, salvo que en los casos y con los medios permitidos por la ley, se demuestre la simulación [...]

2. Medios digitales

2.1. Medios digitales como realidad global.

Para analizar como los medios digitales han entrado al mundo del Derecho es importante tener una noción de los mismos para así individualizarlo. Acosta sostiene que los medios digitales son:

aquellos formatos a través de los cuales se puede crear, observar, transformar y conservar la información en una gran variedad de dispositivos electrónicos digitales. Los medios de comunicación social, las bases de datos, los audios digitales y libros electrónicos son medios digitales (Acosta, 2018 párr. 1).

Con el objetivo de brindar una explicación más didáctica que exhaustiva en la materia propia, pero sin dejar de enunciar los elementos del objeto de estudio, Smith relata que:

Los seres humanos usamos herramientas, y las herramientas que usamos para comunicarnos a través de distancias, a través del tiempo y con más personas a la vez de las que podríamos con nuestra propia voz y cuerpo son “medios”. Aunque la definición podría incluir medios interpersonales y no masivos, como el teléfono, en el uso común normalmente tenemos la sensación de que los “medios” son para comunicarse con más de una persona. Los ejemplos tradicionales incluyen libros, revistas, periódicos, cine, radio y televisión. Digital es incluso más fácil, en cierto sentido, ya que es casi en su totalidad una definición técnica y se relaciona con el uso de computadoras, con su lenguaje “binario” de encendido / apagado, 1 / cero, bits y bytes. (Smith, 2013:1)

Un aspecto clave que se analizará es con respecto al medio digital como fuente de expresión, puesto que como todo medio que trabaja con el lenguaje, el medio digital se encuentra acoplado estructuralmente a la conciencia, de manera que emergen ciertos rendimientos recíprocos de la comunicación para con la conciencia, así como de la conciencia para con la comunicación, al respecto distintos autores se han pronunciado como Calise (2014:280) que declara que “el hecho de teclear, de por sí, le confieren a la comunicación mediada por computadoras una cierta reflexividad, distanciamiento y estructuración muy superiores que las de la oralidad, pero menores que las de la escritura”. Sin embargo, algunos autores van más allá y sostienen que este medio alcanza el nivel de la oralidad, que es el medio de comunicación verbal por excelencia; de esta manera Pistolesi (2004) resalta que esta forma de escritura acerca la escritura al ritmo propio del pensamiento, aproximándola, a su vez, a la oralidad.

No es sorpresa que los medios digitales se encuentren en diversas situaciones de la vida común pues como opina Mayans (2002:101) “a lo largo de los últimos años, hemos incorporado el nuevo medio en nuestros hábitos cotidianos, tanto en lo laboral, como en lo personal”. De igual manera, la función notarial también ha implementado medios digitales para el ejercicio de su labor, esto es notorio dentro de los ordenamientos jurídicos extranjeros como por ejemplo en España, donde el artículo 115 de la Ley 24/2001 (2020) agrega el artículo 17 en la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (2015), en este se menciona el soporte electrónico de documentos notariales y se equiparan los documentos públicos en soporte electrónico y los documentos públicos en soporte de papel y a su vez hacen mención del manejo de un libro digital sistematizado como parte de la función del notario. También podemos encontrar como ya se ha mencionado antes, diversos avances de la materia en México, de esta forma, Castillo comenta que:

Desde el año 2012, en México se ha ido generalizando el uso de la firma electrónica avanzada, la cual consiste en un archivo digital único que identifica a las personas; este certificado digital se otorga mediante el cumplimiento de ciertos requisitos para acreditar la personalidad del usuario ante el Servicio de Administración Tributaria (Castillo, 2020: 147)

La historia demuestra que la humanidad ha ido desarrollándose y evolucionando impulsada por la técnica, siendo la misma el conjunto de recursos o procedimientos en la ciencia. Las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones han irrumpido la dinámica social y contractual, convirtiéndose en herramientas esenciales para el desarrollo de los procesos que se desarrollan en la sociedad moderna. Dentro de estos avances además de lo mencionado, también se encuadra el documento electrónico y de igual forma al pasar el tiempo el documento digital.

Los documentos públicos electrónicos han cobrado auge en países latinoamericanos y europeos en las últimas dos décadas, así como en otras latitudes, esto ha originado un respaldo normativo que ha permitido y agilizado a su vez el tráfico jurídico de los mismos. El Derecho como ciencia debe buscar la protección de estas nuevas herramientas, pues estas no solo constituyen eficaces fuentes de prueba en distintas situaciones jurídicas, sino también medios idóneos para la resolución de conflictos o la satisfacción de intereses de particulares dentro de condiciones determinadas o condicionadas por términos del tiempo o limitaciones territoriales.

2.2. Documento Digital.

Podemos encontrar definido el documento digital dentro del Artículo 6 de la Ley 25506 de Firma Digital de Argentina (2001) en donde se establece que “se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.”

Teniendo en cuenta lo anterior, Mora sostiene en base a este mismo artículo que el documento digital es “básicamente un registro (o una anotación, o una marca), y su particularidad radica en que se realiza mediante medios digitales y que se almacena en la memoria de un ordenador o en otros soportes similares” (Mora, 2014: 1). Así mismo y considerando la definición, Calabrese destaca tres aspectos o características inherentes al documento digital, que analizándolas con detalle podemos identificar similitudes o igualdades al documento público ordinario. La primera característica que menciona Calabrese viene siendo la materialidad:

El primer aspecto es el de su materialidad. Suelen confundirse las nociones de documento digital con documento inmaterial, ya que cuando estamos en presencia del primero, al no poder tocarlo ni percibirlo en un soporte palpable, parece que aquel no tuviera sustento físico. Lo cierto es que, si bien solo podemos acceder a un documento digital a través de una decodificación que del mismo haga un ordenador u otro dispositivo similar, en realidad sí existe materialmente. (Calabrese, 2019: 48)

Como relata la autora, el termino inmaterial (es decir, que no se percibe con los sentidos) no es correctamente usado algunas veces, puesto que aun cuando la información digitalizada no está sujeta a un medio físico, esta puede ser susceptible de la percepción humana con la utilización de los mismos. La segunda característica a la cual

se hace mención es importante señalar, esto debido a su relación a la materia notarial y no es más que la forma, la misma de acuerdo a Calabrese (2019: 48) es “la aptitud del documento digital de exteriorizar información y, en el plano notarial, la de exteriorizar, por ejemplo, la voluntad de las partes.” La autora establece que es de las razones más importantes por las cuales se debe considerar elemental la implementación de medios digitales dentro de la materia y sin duda alguna a efectos de esta investigación se está de acuerdo con el planteamiento mencionado.

Ahora bien, al identificar a la forma como aquella manera de hacer perceptible la voluntad de las partes que forman una relación jurídica ya sea por medio de negocios o actos jurídicos, se debe aclarar que esta exteriorización es posible por el uso del instrumento que viene siendo el documento; esto se vincula con la labor del notario pues dentro de su competencia se encuentra reflejar o transcribir las voluntades de los individuos que se presentan ante el mismo solicitando su intervención, de hecho, al revisar la legislación venezolana, en materia societaria se menciona la voluntad de las partes en el artículo 54 de la Ley de Registro Público y del Notariado de Venezuela (2014) cuando el legislador redacta las obligaciones del registrador:

el Registrador Mercantil deberá cumplir, entre otras, las siguientes obligaciones: [...] Homologar o rechazar el término de duración de la sociedad, respetando la manifestación de voluntad de los socios, a menos que la duración sea estimada excesiva.

Cabe destacar que en la misma ley orgánica se establece dentro de la competencia del notario, la autorización de actos o hechos que se les presenten dándole así fe pública a aquellos que cumplan las condiciones establecidas por la ley. En un mismo sentido, diversos ordenamientos jurídicos poseen similitudes con respecto a esto, la Ley del Notariado del Distrito Federal de México (2014) en su artículo 42, al hacer mención al notario y proceder con su definición, mencionan de igual forma la voluntad de las partes como parte sustancial del ejercicio de su función:

Artículo 42.- Notario es el profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.

La tercera característica de la cual se hace mención es la aptitud de mantenerse en el tiempo, de poder circular y de no ser alterado como tal desde su faz probatoria, al respecto Calabrese procede con las siguientes consideraciones:

a) La eficacia probatoria del documento digital será mayor si puede acreditarse que no ha sido modificado: para ello, es necesario contar con un sistema que garantice su inalterabilidad desde el momento de su emisión o generación.

b) Dicha eficacia probatoria está condicionada a que pueda acreditarse que el mismo ha sido generado o emitido por su supuesto autor. (Calabrese, 2019: 49)

Al respecto se debe mencionar que, tras años de progreso tecnológico, se han podido generar, así como perfeccionar, sistemas binarios (sistema numérico que almacena datos y realiza cálculos computacionales) de verificación de documentos que garantizan la autenticidad del redactor. Uno de los sistemas pioneros que permitieron esta acreditación fue el Digital Document Authentication System (Sistema de Autenticación de Documentos Digitales) del cual Haber resalta que es “un certificado para un documento digital, el cual es generado procesando una pluralidad de documentos digitales generando electrónicamente un depósito de valores hash digitales en forma de un gráfico acíclico dirigido con nodos” (Haber, 1998:1).

El autor relata que se basan en sistemas de sellado de tiempo digital que brindan a los usuarios una forma de “registrar” cualquiera de sus documentos digitales. Como resultado de registrar un documento, el usuario recibe un “certificado” con sello de tiempo que da fe de la hora del registro y el contenido del documento. Cuando a cualquier usuario se le presenta un documento digital y su certificado de sello de tiempo, este puede validar que ese certificado fue efectivamente calculado para el documento dado en el momento reclamado; ahora bien, de no

ser así este par que conforma el documento con el certificado fallará la prueba de validación o autenticación. Es interesante como el autor hace mención del abogado como parte redactora o modificadora del documento, bien sabemos que dentro de la función que tiene el mismo es (si así lo exige la realidad jurídica) asistir dentro de una relación contractual, Haber comenta que:

Las partes pueden ser autores o científicos que colaboran en un artículo, auditores o analistas que revisan registros contables o abogados que negocian un contrato u otras personas cuyo trabajo implica la creación o manipulación intensiva de documentos digitales. Estas partes necesitan una forma conveniente de referirse a los documentos que utilizan, para mantener registros y para comunicarse entre sí. (Haber, 1998:2)

Esta mejora progresiva (la cual se estudiará más a fondo) ha permitido que diversas legislaciones hayan considerado el alcance que posee el documento digital y a su vez darle la validez probatoria igualitaria al documento en papel ordinario. De esta manera, expone Falbo que:

[...] la recepción legislativa de este nuevo tipo de documentos, la indiferencia del soporte material de los mismos, tiene por finalidad la asimilación entre los documentos digitales y los documentos en soporte papel. El carácter probatorio o constitutivo de los mismos se mantiene con independencia de la materia de la cual estén compuestos. (Falbo, 2015:36)

3. Régimen Jurídico Progresivo

3.1. Carácter de Progresividad del Régimen Jurídico.

Cuando se hace mención al régimen jurídico, inmediatamente uno de los términos asociativos es “norma” o “conjunto de normas”, esto se debe a que un régimen jurídico no es más que el conjunto de disposiciones organizadamente constituidas de un Estado, en pocas palabras, un régimen jurídico equivale a la existencia de un sistema normativo. Sin embargo, pasado el tiempo se han implementado nuevos elementos al concepto de régimen jurídico y a su vez han tomado en cuenta un panorama actual donde las ramas del Derecho van evolucionando y el desarrollo de globalización es cada vez más grande; teniendo esto en cuenta, López explica que:

El “régimen jurídico” es un conjunto de normas jurídicas aplicables a determinada materia, cuyo ámbito de aplicación puede incluso trascender las fronteras nacionales y tener un alcance regional o internacional, a diferencia de un ordenamiento jurídico, que hace referencia al conjunto de normas jurídicas aplicables en un lugar determinado, es decir un Estado. (López, 2018: párr. 2)

Por otro lado, el progreso viene siendo aquel desarrollo continuo, gradual o generalizado dentro de una sociedad, ya sea en su aspecto político, económico, social, moral, científico o legal. Aunado a esto, para Mancilla, la progresividad es una perspectiva del Derecho, pues el mismo afirma que es:

un principio interpretativo que establece que los derechos no pueden disminuir, por lo cual, al sólo poder aumentar, progresan gradualmente. Es importante notar que la naturaleza de este principio depende del ámbito en el que esté incorporado y de la actividad para la que se aplique. (Mancilla, 2015: 3)

Considerando entonces que el Derecho es un conjunto de normas que regula la conducta humana, que la sociedad posee una evolución constante y que la tecnología forma parte de este cambio, es de analizar y concluir que el ordenamiento jurídico debe ir acorde a la sociedad que regula, ya que los Estados deben poseer un sistema normativo que responda a las exigencias que se puedan presentar dentro del mercado global pues tanto las actividades económicas, como el manejo de los datos o las formas de contratación se ven influenciadas por los medios digitales cada vez más; al respecto argumenta Trocel que:

Ante el auge de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) que son actualmente el medio, instrumento o herramienta indispensable para optimizar cualquier tarea o actividad, sea de naturaleza pública o privada, se hace necesario su estudio como mecanismo para

facilitar las relaciones entre la administración y los ciudadanos [...] (Trocel Yabrudy, 2020: 57)

En el siglo XV, con la invención de la imprenta, se implementó un gran cambio, luego siguió a esto el invento de la máquina de escribir, y por último la etapa que cambia el concepto del documento escrito en su principal o esencial soporte (papel) por la aparición del documento electrónico hasta el documento digital en la era actual. En todos los casos dentro de cada época existió una finalidad informativa, esta misma es propia de todo documento por lo que implica que el mismo tiene por objeto enseñar una cosa, se trate en la esfera de los hechos o en la esfera jurídica dentro campo del Derecho.

3.2. Régimen Jurídico Notarial en Venezuela.

3.2.1. Ley del Registro Público y del Notariado.

Uno de los aspectos más destacables de la consagración de la Ley de Registro Público y del Notariado (2014) fue la implementación del medio electrónico dentro de la función notarial, derogando así el antiguo régimen de 1998 que no hacía referencia a este avance. Fue tanta su importancia en su tiempo que parte considerable de la doctrina consideró impactante el artículo 2 de la ley, especialmente su apartado, este artículo establece lo siguiente:

Artículo 2.- Este Decreto Ley tiene como finalidad garantizar la seguridad jurídica, la libertad contractual y el principio de legalidad de los actos o negocios jurídicos, bienes y derechos reales, mediante la automatización progresiva de sus procesos registrales y notariales.

Para el cumplimiento de las funciones registrales y notariales, de las formalidades y solemnidades de los actos o negocios jurídicos, podrán aplicarse los mecanismos y la utilización de los medios electrónicos consagrados en la ley.

Además de esto, el artículo 4 de la misma ley hace referencia directa al manejo electrónico al establecer que “todos los soportes físicos del sistema registral y notarial actual se digitalizarán y se transferirán progresivamente a las bases de datos correspondientes”. Sin embargo, su apartado es más directo al respecto, pues establece que “el proceso registral y notarial podrá ser llevado a cabo íntegramente a partir de un documento electrónico.”

Aun así se puede notar cómo aunque la norma mencione el medio electrónico, transacciones en el mismo o haga referencia expresa a las firmas electrónicas (pero no digitales aun cuando en el artículo 4 se encuentre el término digitalización) dentro de lo que conforma la competencia del notario es de notar que el legislador no establece como estos medios se insertan en el proceso, no amplía el margen de las entidades certificadoras de firmas y no expresa una posición con respecto al notario electrónico, con respecto a este último punto, Sánchez hace mención a las características del mismo (que cabe aclarar, no se encuentran estos elementos dentro de nuestro ordenamiento) al sostener que el notario electrónico:

- 1.- Actúa previo requerimiento.
- 2.- Expide certificados cifrados con su clave secreta. Como para descifrarlos se utiliza su clave pública, cualquiera puede leer los certificados. Es decir, que se emplean criptosistemas de doble clave (asimétricos).
- 3.- En sus certificados hace constar el tiempo de la emisión.
- 4.- Si alguien descubre la clave secreta del notario, se invalidan los certificados expedidos con posterioridad al momento del descubrimiento. (Sánchez, 2015:1)

3.2.2. Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas

La implementación de tecnología en el ordenamiento jurídico se puede evidenciar principalmente dentro de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), en donde se hace señalamiento de estos avances como oportunidades de crecimiento laboral y económico de la nación. El artículo 302 del texto constitucional establece lo siguiente:

Artículo 302. El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo.

En el mismo parámetro, el artículo 108 de la constitución hace mención a la tecnología en un ambiente académico pues la aplicación de nuevas herramientas de esta índole permite el avance en distintas áreas y tomando en cuenta que la educación en conjunto al trabajo son los procesos primordiales para alcanzar los fines del Estado, es idóneo que el legislador estableciera:

Artículo 108. Los medios de comunicación social, públicos y privados, deben contribuir a la formación ciudadana. El Estado garantizará servicios públicos de radio, televisión y redes de bibliotecas y de informática, con el fin de permitir el acceso universal a la información. Los centros educativos deben incorporar el conocimiento y aplicación de las nuevas tecnologías, de sus innovaciones, según los requisitos que establezca la ley.

La creación de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (2001) tuvo como objetivo ir acorde a estos criterios de avance del marco constitucional y como muchas leyes de la materia en otros Estados, fue elaborada en base la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico así como la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas de la United Nations Commission on International Trade Law (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), ahora bien, las normas jurídicas como se ha mencionado, tienen como objeto regular a la sociedad y sus respectivos ámbitos, cuando se hace mención al ámbito tecnológico se debe considerar que los avances dentro de este por su naturaleza son constantes y continuos, por lo tanto no comparte una equivalencia estricta con la norma porque esta última se crea para que permanezca por un tiempo prolongado. La doctrina se ha referido ante la situación, siendo Gamboa un autor que refleja su opinión al sostener que:

es un hecho irrefutable que la regulación jamás se podrá desarrollar a la misma velocidad que lo hacen las telecomunicaciones. Éstas por su dinamismo y naturaleza, sólo se restringen por la rapidez con que se desarrollen, sin atender a más criterios que las necesidades de la sociedad y su viabilidad tecnológica. En pocas palabras, la tecnología es el reflejo anticipado de las necesidades sociales. (Gamboa, 2005)

Al existir esta situación el legislador se vio en la necesidad de implementar normas de carácter general o flexible, no haciendo menciones de técnicas o herramientas tecnológicas específicas para así promover la prolongación de la ley y evitar la llamada obsolescencia normativa. Al respecto Rico comenta:

en el respeto al uso de cualquier tecnología que se utilice o pueda usarse en el futuro a los efectos de transmitir un mensaje de datos o insertar una firma electrónica, por lo tanto, implica no favorecer unas tecnologías sobre otras con la finalidad de evitar posibles obsolescencias legales (Rico, 2003)

Es claro que la intención del legislador fue mantener una “neutralidad tecnológica” para no tener que reformar progresivamente la norma con posterioridad, sin embargo, el avance tecnológico es imprescindible para la evolución de una sociedad y la modificación de las herramientas, así como su perfeccionamiento llega a un nivel en el que la norma debe hacer lo posible por adaptarse pues forma parte de una realidad de facto que se evidencia en el día a día.

Es de entender que la norma deba establecer funciones o requisitos de carácter general cuando se encuentra en el ambiente tecnológico pues el hecho de que se apoye a una concreta tecnología tiene como consecuencia que el riesgo de obsolescencia en un corto tiempo sea mayor, pero hay que también entender la ley fue un buen punto de partida en el momento de su publicación y si bien no se puede negar los precedentes importantes en materia registral, notarial, mercantil o administrativa, entre otros; tampoco se puede negar el hecho de que en las últimas dos décadas los medios digitales han crecido exponencialmente, lo que hace que cierta terminología dentro de la norma parezca incompleta y un ejemplo claro de esto es que en esta ley adjetiva no se encuentre presente el documento digital o la digitalización por sí misma, es así que la norma solo implementa el término de documento electrónico.

Como punto preciso se debe mencionar que debido a lo anteriormente explicado el carácter de permanencia de la norma forma parte de los elementos de este problema, ya que aunque la norma no es eterna debido a su naturaleza, esta tiene como objetivo regir durante prolongados lapsos de tiempo; sin embargo hay que recordar que este carácter no es constante pues normalmente luego de ciertos períodos estas son derogadas, ahora bien, la razón de esta derogación no viene siendo el punto de esta investigación sino la composición de la misma norma. Acertadamente Egaña (2004) comentaba en una de sus obras que la norma jurídica está compuesta tanto por un supuesto normativo como una consecuencia jurídica, también comentaba la existencia de una sanción cuando esta consecuencia no fuera cumplida; es precisamente el primer elemento que compete a esta investigación: el supuesto de hecho.

Retomando lo que anteriormente se ha señalado, con respecto a cómo los medios digitales han impactado al ámbito social, jurídico y económico en la actualidad, podemos notar que es indispensable que estos nuevos supuestos en nuestra realidad jurídica sean regulados por un cuerpo normativo y el primer paso para ello a consideración de lo que se analizará a continuación, es estudiar la rama del Derecho que ha permitido la evolución de otros ordenamientos jurídicos, esta es el Derecho Digital.

4. Derecho Digital

4.1. Origen del Derecho Digital.

Como consecuencia del desarrollo tecnológico diversos ámbitos con respecto a la privacidad, los bienes activos o la privacidad han presentado cambios significativos, por lo que también ha directamente influido en forma en como surgen los asuntos legales, no solo en una escala corporativa puesta que las instituciones tanto privadas como públicas han tenido que implementar estos cambios dentro de su organización, sino también a una escala general en donde todas las ramas del Derecho y otras ciencias han unido sus competencias para regular estos medios.

Estos medios pueden agruparse como Tecnología de la Información y Comunicación (TIC, en lo sucesivo), las mismas debido a su importante relevancia dentro de la sociedad han sido estudiadas y consecuentemente reguladas por el Derecho Digital, materia que se individualiza por el objeto que regula; si se analizan estos medios podemos reconocer que su área es sumamente amplia, puesto que se relaciona desde la banca electrónica a comunidades virtuales o plataformas digitales como blogs, esto conlleva a que el trabajo de los profesionales del Derecho deba cambiar. Estos cambios existen porque la naturaleza de estos medios muta algunos aspectos legales como las relaciones comerciales o las negociaciones que deriven de este ámbito tecnológico. En concordancia con lo anterior, Bonilla comenta lo siguiente:

Los avances científicos y tecnológicos presentes en un mundo globalizado como el que caracteriza nuestra sociedad han tenido un impacto en los derechos fundamentales. El surgimiento de nuevas tecnologías como Internet que han permitido la utilización del correo electrónico, las redes sociales y la firma digital son manifestaciones que han influido... pues han cambiado el ejercicio de nuestros derechos como acceso a la información, libertad de asociación, de expresión y pensamiento, de educación [...] (Bonilla, 2016: 6)

Cabe destacar que la llegada de figuras jurídicas como el E-Government (Gobierno Electrónico), los delitos informáticos, los medios de prueba electrónicos y digitales, así como el reconocimiento de derechos relacionados en esta materia como el derecho al Internet o el derecho a la inclusión digital, han hecho que el Derecho Digital se relacione con todas las ramas del Derecho, por lo que a este punto la importancia de su estudio y desarrollo es innegable.

4.2. Definición de Derecho Digital.

El Derecho Digital es un área de gran interés en el campo jurídico, ya que como se explicó anteriormente, conlleva a la progresividad del Derecho, abarcando así nuevos supuestos de hecho vinculados con los medios digitales que a la vez son relevantes dentro del mundo jurídico por su cavidad en la sociedad moderna. Es así que antes del inicio del Siglo XXI la doctrina ya hablaba de un Derecho Informático, de un Cyber Law, Information Technology Law o un Derecho de las TIC como se hace mención con posteridad a mediados de la anterior década. Considerando lo planteado, plataformas de información como Computer Hope (Computer Hope, 2020: párr. 1) afirman que:

Cyber Law es la parte del sistema legal que se ocupa del Internet, el ciberespacio y sus respectivas cuestiones legales. También llamado derecho cibernético, este cubre un área bastante amplia, que abarca varios subtemas que incluyen la libertad de expresión, el acceso y el uso de Internet y la privacidad en línea. Genéricamente, el derecho cibernético se conoce como la Ley del Internet.

Una característica relevante para esta investigación es la versatilidad del Derecho Digital y es precisamente lo que permite que se dirija a varias ramas del Derecho; actualmente se encuentran una cantidad proporcional de operaciones mercantiles que se manejan desde medios digitales, la compraventa en algunos Estados Anglosajones se maneja por medio figuras como los Smart Contracts o Contratos Inteligentes (figura jurídica que ha despertado el interés tanto del investigador como del legislador en los últimos años), lo cual ha aumentado potencialmente las posibilidades de la contratación a distancia, pero no solo esta área del Derecho llega hasta estos horizontes jurídicos, sino que también lo podemos encontrar en las distintas formas en las que ha evolucionado las operaciones bancarias (en los últimos años ha ido creciendo el número de bancas digitales, certificadas y muy populares en el exterior, aun cuando no poseen sede física), entre otras formas que a consideración del investigador, futuras investigaciones deberían centrarse.

En síntesis, el Derecho Digital es el área o rama del Derecho que, en función al surgimiento y desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, regulan actividades unilaterales o multilaterales de naturaleza y relevancia jurídica, extendiéndose así en los distintos ámbitos que de acuerdo al medio por el cual se realizan le compete; adquiriendo así su carácter versátil o transversal, pues alarga sus confines a medida del avance del objeto que estudia. Este carácter transversal es el que nos trasmite la importancia y función del Derecho Digital.

4.3. Función e Importancia del Derecho Digital.

Claramente como se ha podido observar, el Derecho Digital es importante por dos razones principales, la primera porque es la respuesta a los desafíos que las TIC les presente al mundo jurídico, al tener como estudio las mismas como medios o mecanismos entre relaciones jurídicas y la segunda porque regulan aquellas nuevas operaciones que se encuentran globalizadas por el comercio electrónico, los derechos y obligaciones que conllevan este tipo de relaciones jurídicas y como se manejan dentro de las distintas ramas del Derecho de acuerdo a su naturaleza. Rowland y Macdonald comentan dentro de una misma perspectiva lo siguiente:

Uno de los importantes beneficios de mirar el tema del Derecho de la Tecnología de la Información en su conjunto es la oportunidad de considerar cuán apropiadas y coherentes son las soluciones periódicas en las diferentes áreas legales establecidas. Incluso puede llevar al reconocimiento de que existe la necesidad de nuevos conceptos legales, que trasciendan las fronteras tradicionales. El reconocimiento mismo del Derecho de las Tecnologías de la Información como materia digna de estudio también produce un enfoque en las cuestiones que de otra manera no podrían ocurrir, con el riesgo de que los problemas particulares

derivados de los avances científicos sean simplemente considerados como notas al pie de las categorías del Derecho. (Rowland et al., 2000: 49)

Es interesante observar que en todos los casos del estudio del Derecho Digital siempre se hacen referencia a los avances tecnológicos, a las figuras que surgirán de estos o los conceptos que eventualmente evolucionarán gracias a esto mismo; sin embargo, el propósito de esta investigación no es afirmar que el Derecho Digital es el futuro (y sin embargo, no se puede negar tampoco), pues al analizar lo que se ha ido estudiando es reflejado que esta área del Derecho forma parte de nuestro presente (aun cuando en países menos desarrollados en una menor medida), por lo tanto se debe avanzar para resolver tantas interrogantes que surgen a raíz del mundo digital. Calo (2015: 519) reafirma esto en su obra al comentar que:

El libre flujo de la información permite nuevas formas de trabajos cooperativos y gobernanza entre pares, mientras simultáneamente introduce o exagera amenazas a la propiedad intelectual y a la intimidad. Internet une a las comunidades, pero los conflictos invariablemente emergieron en las costuras. Internet invoca un sentido distintivo de un lugar con nuevas posibilidades y normas, pero al mismo tiempo introduce métodos de exquisito control por parte de intereses privados y estatales. Lo cual nos deja una muestra no exhaustiva de ejemplos de cuestiones legales específicas relacionadas al Internet, tocando la jurisdicción, la responsabilidad del intermediario, la propiedad digital, los derechos de autor, libertad de expresión y privacidad, entre otros desafíos.

4.4. Alcance del Derecho Digital dentro de los ordenamientos jurídicos.

4.4.1. Honorable Congreso de la Nación Argentina, Ley 25.506 (2001).

Como se mencionó antes, la legislación argentina dio un paso muy destacable al momento de publicar la Ley 25.506; en esos tiempos los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica (incluyendo el venezolano) empezaron a crear normativas a base del avance jurídico europeo sobre la materia, adquiriendo de esta forma principios generales provenientes de congresos de entidades políticas como la Unión Europea; por lo que era común que estas leyes presentaran similitudes. Ahora bien, colocando en contraste la ley adjetiva con la legislación venezolana, podemos encontrar distinciones muy notables con respecto al actual Derecho Digital. Una de ellas es la aparición de figuras jurídicas que dentro de nuestro ordenamiento no se encuentran; anteriormente se señaló como en el artículo 6 de la Ley 25.506 (2001) se encuentra taxativamente la definición del documento digital, pero también cabe señalar que se encuentra otro término, este es la firma digital:

Artículo 2. - Firma Digital. Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la Autoridad de Aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes.

Nótese varios aspectos del artículo anexo, para empezar el hecho de implementar esta nueva figura jurídica y diferenciarla de la firma electrónica (figura que sí se encuentra dentro de la legislación venezolana) para así poder identificarla correctamente; el segundo aspecto vendrían siendo las condiciones de esta figura al expresar la verificación de terceras partes (incluso más adelante en el artículo 9 se enuncian los requisitos de su validez) y el tercer aspecto más resaltante de acuerdo a la presente investigación viene siendo el último aparte del artículo, pues al establecer que los procedimientos deben ir conforme a los estándares tecnológicos internacionales el mismo legislador evita la limitación del alcance de esta figura con respecto a su aplicación.

4.4.2. Ley General de Telecomunicaciones y Radiofusión (2014).

El Derecho de las Tecnologías de la Información y la Comunicación se vio fuertemente respaldado dentro del Estado Mexicano cuando en la reforma del 2014 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2021) fue constitucionalizado el derecho al acceso al Internet, dándole el deber al mismo Estado de garantizar la garantía a estas tecnologías. El aparte agregado dentro del artículo 6 de dicha Constitución establece lo siguiente:

El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.

No se puede considerar de extrañar que los derechos surgentes del Derecho Digital tomen un rango constitucional dentro de los ordenamientos jurídicos puesto que la misma doctrina considera varios de estos como derechos fundamentales, parte de la última generación de los derechos humanos y esenciales para el desarrollo de un llamado mundo jurídico 2.0. El impacto de este artículo puede evidenciarse si se analiza la legislación mexicana, ya que se hayan otras leyes visiblemente influenciadas por el artículo mencionado, una de estas fue la Ley General de Telecomunicaciones y Radiofusión, la cual abrió un nuevo campo de acción en la defensa de los derechos en el entorno digital. Esta iniciativa de ley incluye, entre otras cosas, la supervisión de la neutralidad de la red, la intervención de comunicaciones privadas, la geolocalización y la retención de datos por parte de las empresas. Retomando los derechos que surgen del Derecho Digital, dentro de esta ley en el artículo 3 se encuentra el derecho a la inclusión digital (mismo que está establecido también dentro de la Constitución de Estado) como parte de una política pública:

Política de inclusión digital universal: Conjunto de programas y estrategias emitidos por el Ejecutivo Federal orientadas a brindar acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, incluyendo el Internet de banda ancha para toda la población, haciendo especial énfasis en sus sectores más vulnerables, con el propósito de cerrar la brecha digital existente entre individuos, hogares, empresas y áreas geográficas de distinto nivel socioeconómico, respecto a sus oportunidades de acceso a las tecnologías referidas y el uso que hacen de éstas [...]

4.4.3. Ley de Protección de Datos Personales y Garantías de Derechos Digitales (2018).

Aun cuando la protección de datos forma es una pieza elemental del Derecho Digital, se hace referencia a la Ley de Protección de Datos Personales y Garantías de Derechos Digitales del Reino de España específicamente por la contemplación de los derechos existentes dentro de ella, las figuras que no se encuentran en el ordenamiento jurídico venezolano, así como el nombramiento de autoridades pertinentes a operaciones que forman parte del Derecho Digital. Analizar a fondo el impacto de la protección de datos, necesitaría la realización de una futura investigación tomando como base los fundamentos insertados en este trabajo. En este orden de ideas algunos derechos que podemos encontrar dentro de esta ley son: el derecho a la neutralidad del Internet, el derecho de acceso universal a Internet o el derecho a la seguridad digital (artículos 80, 81 y 82 de la ley respectivamente) entre otros. El legislador español fue muy completo al denominar el derecho al acceso al Internet en el artículo 81 de la Ley de Protección de Datos (2018), así redacta que:

1. Todos tienen derecho a acceder a Internet independientemente de su condición personal, social, económica o geográfica.
2. Se garantizará un acceso universal, asequible, de calidad y no discriminatorio para toda la población.
3. El acceso a Internet de hombres y mujeres procurará la superación de la brecha de género tanto en el ámbito personal como laboral.

4. El acceso a Internet procurará la superación de la brecha generacional mediante acciones dirigidas a la formación y el acceso a las personas mayores.
5. La garantía efectiva del derecho de acceso a Internet atenderá la realidad específica de los entornos rurales.
6. El acceso a Internet deberá garantizar condiciones de igualdad para las personas que cuenten con necesidades especiales.

Estos derechos digitales son la prolongación de los derechos civiles de los ciudadanos trasladados al mundo digital y nacen del uso del Internet como canal de comunicación y difusión de información. Sin embargo, estos derechos deben ser velados para su protección y la ley establece diversas autoridades con funciones específicas para garantizar la protección de los mismos; el artículo 44 de la mencionada ley establece lo siguiente:

Artículo 44. Disposiciones generales.

1. La Agencia Española de Protección de Datos es una autoridad administrativa independiente de ámbito estatal, de las previstas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones.

Además de su denominación, la ley establece en sus artículos siguientes el Régimen Jurídico por el cual se maneja este ente administrativo, siendo este entre la ley y los reglamentos de la materia el Reglamento 2016/679 de la Unión Europea, que establece precisamente las funciones de la Agencia Española de Protección de Datos en su artículo 57:

[...]

b) promover la sensibilización del público y su comprensión de los riesgos, normas, garantías y derechos en relación con el tratamiento. Las actividades dirigidas específicamente a los niños deberán ser objeto de especial atención; [...]

e) previa solicitud, facilitar información a cualquier interesado en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Reglamento y, en su caso, cooperar a tal fin con las autoridades de control de otros Estados miembros; [...]

i) hacer un seguimiento de cambios que sean de interés, en la medida en que tengan incidencia en la protección de datos personales, en particular el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación y las prácticas comerciales; [...]

v) desempeñar cualquier otra función relacionada con la protección de los datos personales.

Por último, cabe destacar que se establece un proceso en los casos que se vulneren la protección de datos, así como un régimen sancionatorio cuando se transgredan los derechos digitales antes mencionados, esto se encuentra establecido en el Título VIII y IX. Teniendo en cuenta esto, el carácter transversal del Derecho Digital no puede ser más claro y dentro de la ley hay un artículo en específico (art. 96) que une a esta rama del Derecho con nada más ni nada menos que el Derecho de Sucesiones, pues una tantas figuras jurídicas (algunas ya mencionadas dentro de este artículo) que surgen del mundo digital es el testamento digital; sería beneficioso en un esquema investigativo, analizar esta figura jurídica pues el Derecho de Sucesiones posee conceptos extensibles dentro de espectro tecnológico.

4.4.4. Anteproyecto de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia.

El pasado 15 de diciembre del 2020, el Consejo de Ministros en España, aprobó el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, mismo que tiene tres focos principales, el que le interesa a esta investigación es el tercero: transformación digital. De esta manera uno de los objetivos de este anteproyecto es trasladar la transformación digital evidenciada en nuestra sociedad hacia la Administración de Justicia pues a razón de la pandemia por el COVID-19, el funcionamiento del sistema de justicia presentó muchas dificultades para operar como normalmente se hacía antes, por lo que fue necesario hacer el uso de medidas alternativas para brindarle soluciones a los ciudadanos. En su parte expositora, el anteproyecto (2020: 2) establece:

Primero, para poder hacer frente a las dificultades en el desenvolvimiento normal de los juzgados y tribunales; después, para poder superar el enorme reto de ofrecer un servicio público eficiente y justo a la ciudadanía; y, finalmente, para incorporar los nuevos valores de interdependencia, de solidaridad y de humanismo entre los que la Justicia es la espina dorsal y el elemento imprescindible de la paz social.

Se debe aclarar, que este anteproyecto posee antecedentes, como lo es la Ley 18/2011 que reguló el uso de uso de TIC en la Administración de Justicia, fue considerado un hito importante en la adaptación de las oficinas judiciales y fiscales a las nuevas realidades digitales y en la regulación de las relaciones de los ciudadanos con las mismas. Se debe mencionar, que reguló un procedimiento judicial electrónico, el cual establecía la tramitación del mismo mediante un sistema organizado para los distintos actos procesales, algunos de estos eran la presentación de documentos, la acreditación de la representación procesal (en donde se puede observar la presencia de la autoridad competente, esta es la Agencia Notarial de Certificación) o la subsanación de los actos procesales. En el artículo 36 de la Ley 18/2011, se empieza tácitamente a describir el proceso:

Artículo 36. Iniciación del procedimiento por medios electrónicos.

1. La iniciación de un procedimiento judicial por medios electrónicos por los ciudadanos, [...]requerirá la puesta a disposición de los interesados de los correspondientes modelos o impresos normalizados en la sede judicial electrónica, que deberán ser accesibles sin otras restricciones tecnológicas que las estrictamente derivadas de la utilización de estándares y criterios de comunicación y seguridad aplicables de acuerdo con las normas y protocolos nacionales e internacionales.
2. En todo caso, cuando los escritos fueran presentados en papel por las personas a las que se refiere el apartado primero del presente artículo, se procederá a su digitalización por la sección correspondiente del servicio común procesal que tenga atribuidas dichas funciones.
3. Los profesionales de la justicia presentarán sus demandas y otros escritos por vía telemática a través de los sistemas previstos en esta Ley, empleando firma electrónica reconocida. [...]

Por lo tanto, la promulgación de este anteproyecto significaría tener acceso a un instrumento que pueda garantizar la protección de los derechos digitales, pues permitiría el proceso de digitalización dentro de las normas procesales que regulan los mecanismos jurídicos en el sistema de justicia. Siendo así que si las figuras jurídicas se ven afectadas (positivamente) por la implementación de las nuevas tecnologías, es lógico considerar que el documento público también evolucione y este anteproyecto (2020) modifica el artículo 267 exponente de la presentación de los mismo al establecer:

Artículo 267. Forma de presentación de los documentos públicos.

Cuando sean públicos los documentos que hayan de aportarse conforme a lo dispuesto en el artículo 265, podrán presentarse por copia simple, ya sea en soporte papel o, en su caso, en soporte electrónico a través de imagen digitalizada resultado de un proceso de digitalización certificada conforme a la norma Guía de Interoperabilidad y Seguridad de autenticación, certificados y firma electrónica aprobada por el Comité técnico estatal de la administración

judicial electrónica que la regula y, si se impugnara su autenticidad, podrá llevarse a los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios.

Por consiguiente, el documento público trasciende de su soporte en papel y se le permite al ciudadano presentar un documento público creado mediante el proceso de digitalización, extendiendo así la naturaleza de un instrumento tan usual dentro del sistema legal; no obstante el legislador también acredita una autoridad competente y referencia un régimen jurídico para la certificación de los mismos, no solo mejorando conceptos clásicos del Derecho sino también regulándolos mediante mecanismos y entes especializados. El Título III de este anteproyecto modifica diversos artículos de leyes anteriores como la Ley 18/2011, pero sin comprometer la integridad del mismo, en realidad, una de las ventajas de este anteproyecto es que reafirma disposiciones anteriores y promueve los nuevos mecanismos de acuerdo a los términos de leyes adjetivas anteriormente publicadas como la Ley de Protección de Datos Personales y Garantías de Derecho Digitales (2018).

Conclusiones

Con base a lo expuesto en la investigación, se entiende que el documento público es una figura inminentemente relevante dentro del ámbito jurídico, haciéndose su uso dentro de cada una de las ramas por su rol de representante de voluntades o hechos y que a su vez elementos de su naturaleza como la autenticidad o el carácter público que tenga el documento, son atribuidos a través de la intervención de un notario público o funcionario público autorizado (de acuerdo a lo que establezca la ley), lo que le otorga buena fe y valoración jurídica a su vez.

También se evidenció que, al pasar el tiempo, con la aparición de los medios digitales, distintos conceptos, figuras e instituciones han mutado, desarrollándose así el principio de progresividad del Derecho al existir la necesidad de regular nuevos supuestos de hecho que se presencien en la norma; es así, que una de estas figuras que surgen, es el documento digital, figura que si bien posee características únicas que la identifican, al mismo tiempo comparte la función y naturaleza del documento público ordinario.

Si bien Venezuela tuvo avances dentro de la materia a principios de la década en las que tomo relevancia las TIC, al pasar los años es cada vez más notorio que se necesita un nuevo orden normativo, en donde se encuentren nuevos términos y aplicaciones de las tecnologías que se encuentran en otros ordenamientos jurídicos como lo es el de España, México o Argentina; permitiendo así que el ejercicio del profesional de la abogacía pueda ir acorde a las exigencias que presenta el mercado y las relaciones negociales que se encuentran dentro de este, pero incluso más allá de lo mencionado, que se le garanticen a las partes los derechos provenientes de las mismas.

Se argumentó mediante el análisis de otros ordenamientos jurídicos, en donde se evidenciaron progresos teóricos y prácticos que dentro de la legislación venezolana no se encuentran, que es decisivo implementar una legislación de los medios digitales, pues la falta de la misma equivale a mantener cerrada la puerta de un espacio digital que cada vez es más cotidiano, mucho más en estos tiempos en el que el distanciamiento ha dado pie al manejo tecnológico constante.

Es crucial señalar que para la realización de lo mencionado, se debe acudir a principios generales de la materia, siendo necesario que se haga un estudio a profundidad del Derecho Digital para luego estudiar las figuras que han ido manifestándose en el mundo jurídico 2.0; estudiar y examinar los ordenamientos jurídicos extranjeros para extraer definiciones o fundamentos, en especial aquellos con un sistema jurídico similar al venezolano, le daría sustento a lo que se fuera a poner en efecto dentro de esta legislación. De la misma manera, ajustar procedimientos o mecanismos de protección de estos ordenamientos al sistema jurídico venezolano, permitiría un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia y por lo tanto los servicios públicos o privados en relación a la materia que se les brinda a los ciudadanos mostrarían mayor eficacia.

Sin duda alguna, el Derecho Digital es una rama que seguirá presentando avances por lo que su estudio es constante por parte de la comunidad investigadora (conformada no solo por profesionales del Derecho, sino también aquellos con intereses particulares por la materia), por lo que sus áreas de estudio son muy amplias para ser abarcadas en su totalidad por esta investigación y en base a esto se recomienda que, con el objetivo de dedicar un

estudio más exhaustivo, se realicen nuevas investigaciones que cubran el alcance de los medios digitales dentro de distintas ramas del Derecho y como la regulación del Derecho Digital en base a lo expuesto en este artículo, sería la solución para un acontecimiento puntual y significativo dentro del Derecho Venezolano que lamentablemente con el pasar del tiempo queda más atrás dentro de la materia.

Referencias

- ABELLA, Adriana N. 2015. Documento Notarial. República Argentina.
- ALVARADO, Gusmarly. 2016. Documentos Registrales y Notariales. Universidad Fermín Toro, Vice Rectorado Académico, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho. Venezuela.
- EGAÑA, Manuel Simón. 2004. Notas de Introducción al Derecho. Ediciones Liber. Caracas, Venezuela.
- CANTORAL, Karla; CASTILLO, Rolando. 2020. Derecho Notarial Nuevas Tendencias. Editorial TIRANT LO BLANCH, Ciudad de México, México.
- CARIOTA FERRARA, Luigi. 2019. El Negocio Jurídico. Ediciones Jurídicas Olejnik. Santiago de Chile, Chile.
- GARCIA OVIEDO, Carlos. 1955. Derecho Administrativo. Quinta Edición por Enrique Martínez Users, Universidad de Murcia. Madrid, España.
- HERNANDEZ, José. 2016. Documentos Registrales y Notariales. Universidad Fermín Toro, Vice Rectorado Académico, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho. Venezuela.
- MORA, Santiago J. 2014. Documento Digital, Firma Electrónica y Digital. En LALEY2014-A. Número 502. Buenos Aires, República Argentina.
- OSSORIO, Manuel. 2000. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Argentina.
- RICO, Mariliana. 2003. Comercio Electrónico, Internet y Derecho. Legis Editores, S.A. Primera Edición. Caracas, Venezuela.
- BONILLA, Haideer. 2016. “El Acceso a Internet como Derecho Fundamental”. En Revista Jurídica IUS Doctrina. N° 15, Universidad de Costa Rica. Costa Rica. P. 1-23.
- BREWER, Allan. 1962. “Consideraciones acerca de la distinción entre documento público o autentico, documento privado reconocido y autenticado y documento registrado”. En Revista de la Facultad de Derecho, N.º 23, Universidad Central de Venezuela. Caracas. P. 347-378.
- CALABRESE, Valeria; SCOTTI, Sofia. 2019. “Protocolo Digital”. En Revista del Notariado. Número 935. Buenos Aires, República Argentina. P. 46-66.
- CABRERA, Jesús. 1975. “Los Documentos Privados Auténticos, los Documentos Privados Simples y sus copias certificadas emitidas por Orden Judicial”. En: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/19/UCAB_1974-1975_19_51-210.pdf [Consultado en línea el 09 de noviembre de 2020].
- CALISE, Santiago. 2014. “La emergencia del medio digital y su caracterización como medio de medios”. En Revista Papeles de Trabajo, 8va Edición. Buenos Aires, Argentina. P.272-292.
- FALBO, Santiago. 2015. “Protocolo digital. Nuevas tecnologías y función notarial. Otorgamiento del documento notarial digital y circulación electrónica del documento notarial”. En Revista Notarial, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N.º 979.
- GIORGI, Jorge. 1909. “Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno”. En Revista de Legislación Madrid. Editorial Reus S.A. Vol. I. Madrid, España.

LUCINI, Mateo. 2018. “El documento público notarial en la perspectiva del proyecto de digitalización del Derecho europeo de sociedades”. En Revista Anales de la Academia Matritense del Notariado. Núm. 8. Editoriales de Derecho Reunidas, EDESA. España

MANCILLA, Gustavo. 2015. “El Principio de Progresividad en el Ordenamiento Constitucional Mexicano”. En Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Número 33. P. 81-103.

MAYANS, I Planells, J. 2002. “De la Corrección Normativa en los Chats”. En Revista De Investigación Lingüística. Vol.4 Núm. 2, Universidad de Murcia. Madrid, España. P. 101-116

TROCEL YABRUDY, Andrea. 2020. “El Procedimiento Administrativo Electrónico como Medio para Alcanzar la Buena Administración en Venezuela”. En Revista de la Facultad de Derecho N.º 73. República Bolivariana de Venezuela. P. 56-77.

CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN. 2021. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN. 2021. Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiofusión. Diario Oficial de la Federación el 14 de julio de 2014.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA. 1982. Ley de Reforma Parcial del Código Civil de Venezuela. En Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela en No. 2.990 extraordinario.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL. Decreto de Ley del Notariado para el Distrito Federal. 2014. En Gaceta Oficial del Distrito Federal el 28 de marzo del 2000, Última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 18 de diciembre de 2014.

HONORABLE CONGRESO DE LA NACION ARGENTINA. 2001. Ley 25506 de Firma Digital. En Boletín Oficial N.º 29796

MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA. 2015. Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. En Gaceta de Madrid núm. 149 con última modificación del 03 de julio de 2015.

MINISTRO DE JUSTICIA. 2020. Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia.

PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. Reglamento (UE) 2016/679. Diario Oficial de la Unión Europea, 4.5.2016.

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2014. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Registro Público y del Notariado. En Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela en N.º 37.333.

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2001. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. En Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela en N.º 1.204.

REAL DECRETO DE 24 DE JULIO DE 1889. Código Civil de España. 1889. En Gaceta de Madrid en N.º 206.

REAL DECRETO DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2020. 2020. Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Promulgada el 05-07-2011, Última modificación el 19-09-2020.

REAL DECRETO DE 31 DE DICIEMBRE DE 2020. 2020. Ley 24/2001 de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Promulgada el 27-12-2001, Última modificación el 31-12-2020.

REAL DECRETO DE 5 DE DICIEMBRE DE 2018. 2018. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Boletín Oficial Núm. 294.

REGNO D' ITALIA. 1865. Codice Civile. Stamperia Reale Torino. Legge del 2 aprile 1865.

ACOSTA, Claudia. 2018. Medios Digitales: Herramientas Útiles para el Crecimiento de las Empresas. En: <http://www.entreperiodistas.com/medios-digitales-herramientas-utiles/> [Consultado en línea el 21 de noviembre de 2020]

CALO, Ryan. 2015. Robotics and the Lessons of Cyberlaw. En: <https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=faculty-articles> [Consultado en línea el 18 de marzo de 2021].

COMPUTER HOPE. 2020. What Is Cyber Law? En: <https://www.computerhope.com/jargon/c/cyber-law.htm> [Consultado en línea el 19 de marzo de 2021].

GAMBOA, Rafael. 2005. Validez procesal de la información digital. En: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7510304.pdf> [Consultado en línea el 15 de marzo de 2021]

LOPEZ, Isabel. 2018. Régimen Jurídico. En: <https://diccionario.leyderecho.org/regimen-juridico/> [Consultado en línea el 26 de noviembre de 2020].

PISTOLESI, Elena. 2004. Il parlar spedito. L'italiano di chat, e-mail e SMS. En: https://www.researchgate.net/publication/291351328_Il_parlar_spedito_L_italiano_di_chat_e-mail_e_SMS [Consultado en línea el 21 de noviembre de 2020].

ROWLAND, Diane; MACDONALD, Elizabeth. 2000. Information Technology Law. En: <http://www.droitentreprise.com/wp-content/uploads/information-technology-law-2nd-edition.pdf> [Consultado en línea el 18 de marzo de 2021].

SANCHEZ, María. 2015. La Firma Digital y el Notario Electrónico. En: <https://www.essnotario.com/la-firma-digital-y-el-notario-electronico/> [Consultado en línea el 15 de marzo de 2021].

SMITH, Richard. 2013. What Is Digital Media? En: <https://thecdm.ca/news/what-is-digital-media> [Consultado en línea el 21 de noviembre de 2020].

HABER, Stuart. 1998. Digital Document Authentication System. En: <https://patentimages.storage.googleapis.com/e8/76/59/35cbc372171d69/US5781629.pdf> [Consultado en línea el 21 de noviembre de 2020].

Libertad académica y la difusión de opiniones basadas en investigaciones académicas: una visión de los estándares internacionales de derechos humanos¹

Ricardo Villalobos Fontalvo²

David Gómez Gamboa³

Giuseppe Mazzocca⁴

Denise Ortega Morán⁵

Resumen

La presente obra analiza los estándares internacionales en materia de libertad académica y libertad de expresión y opinión, en el marco de las opiniones provenientes de investigaciones académicas y científicas sobre asuntos de interés público, tomando como referencia de estudio el caso de Acción de tutela interpuesta por Fabián Sanabria Sánchez contra Mónica Godoy Ferro, Expediente T-8.157.002 ante la Corte Constitucional de Colombia. En este sentido, se concluye que las opiniones provenientes de investigaciones científicas y académicas se encuentran protegidas por la libertad académica, así como la libertad de expresión y opinión. Asimismo, se concluyó que sobre los profesores universitarios recae la condición de personas de interés público.

Palabras clave: Libertad académica, libertad de expresión, interés público, investigaciones.

Academic freedom and the dissemination of opinions based on academic research: An overview of international human rights standards

Abstract

This work analyzes the international standards on academic freedom and freedom of expression and opinion in the context of views arising from academic and scientific research on matters of public interest, taking as a reference the case of the tutela action filed by Fabián Sanabria Sánchez against Mónica Godoy Ferro, Case T-8.157.002

¹Fecha de admisión: 03-05-2022 Fecha de aceptado: 30-06-2022

La presente obra reseña los contenidos más relevantes del escrito de “*amicus curiae*” presentado en nombre de la Organización No Gubernamental Aula Abierta, ante la Corte Constitucional de Colombia, en el caso: Acción de tutela interpuesta por Fabián Sanabria Sánchez contra Mónica Godoy Ferro, Expediente T-8.157.002 de 2022. Correo electrónico: aulaabiertave@gmail.com

²Abogado. LLM in International Human Rights Law. Organización No Gubernamental Aula Abierta, Maracaibo-Venezuela. Correo electrónico: ricardovillalobos@gmail.com

³Abogado. Doctor en Ciencia Política. Organización No Gubernamental Aula Abierta, Maracaibo-Venezuela. Correo electrónico: dgomezgamboa@gmail.com

⁴Abogado. Especialista en Arbitraje Internacional. Organización No Gubernamental Aula Abierta, Maracaibo-Venezuela. Correo electrónico: glmazzocca@ecija.com

⁵Abogada. Organización No Gubernamental Aula Abierta, Maracaibo-Venezuela. Correo electrónico: dortegamorán@gail.com

before the Constitutional Court of Colombia. In this sense, it was concluded that the opinions arising from scientific and academic research are protected by academic freedom and freedom of expression and opinion. It was also concluded that university professors are persons of public interest.

Keywords: Academic freedom, freedom of expression, public interest, research.

I. Del resumen de los hechos del caso

1. En fechas 08 de julio y 10 de agosto de 2020, la Comisión Feminista y de Asuntos de Género de Antropología -Las que luchan- (en adelante, la Comisión), con la asesoría en género y derechos humanos y el acompañamiento de las denuncias ante las autoridades de la profesora universitaria e experta en temas de género, Mónica Godoy Ferro, publicó dos informes sobre violencia sexual en el Programa de Antropología de la Universidad Nacional de Colombia. Sede Bogotá⁶, en el que se incluyeron relatos de presuntas víctimas de violencia sexual, contra al menos 7 profesores del departamento de Antropología y uno de Sociología de la Universidad Nacional (UNAL), este último identificado como Fabián Sanabria.

2. Estos informes se construyeron con base a una metodología para el procesamiento de información cualitativa, basada en los relatos autobiográficos de diversas experiencias de violencia sexual vividas por varias mujeres, y un hombre, cuando eran estudiantes de la UNAL, recopiladas a través de fichas de documentación elaboradas por los participantes de la investigación. Todas las personas afirmaron ser víctimas o testigos directos de agresiones o comportamientos inadecuados de algunos docentes de la misma. En el caso del docente Sanabria, se incluyó el relato de un hombre, estudiante de Antropología.

3. Estos hechos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación y la Veeduría de la UNAL, sin que a la fecha se tenga información sobre el avance en estas investigaciones.

4. El 02 de septiembre de 2020, Mónica Godoy fue notificada de que Sanabria instauró una acción de tutela en su contra, en la que solicitó que no se publicara el tercer informe y que se obligara a Godoy Ferro a retractarse. Ante esto, el Tribunal ordenó a Mónica Godoy bajar las publicaciones en redes sociales sobre las denuncias contenidas en los informes y le prohibió hablar en el futuro, frente a cualquier medio de comunicación, al respecto.

5. Pese a que, el 22 de septiembre de 2020, Godoy impugnó el fallo de primera instancia, el 16 de octubre, fue confirmado por el Juzgado Noveno Penal del Circuito. Finalmente, en Sala del 31 de mayo de 2021, la Corte Constitucional seleccionó la tutela del presente caso, para su revisión.

II. De los estándares internacionales en materia de libertad de expresión y de opinión

6. De los hechos expuestos, se vislumbra que es tarea de la honorable Corte realizar un balance entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de opinión y la libertad académica, así como la posible necesidad de su limitación con ocasión al derecho a la honra. Al respecto, resulta prudente recordar que el derecho internacional de los derechos humanos prevé un marco normativo de protección para la libertad de expresión y, al mismo tiempo, prevé las condiciones necesarias para que su limitación pueda ser considerada conforme a derecho.

7. El (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -en adelante PIDCP-, 1966: Art 19), y la (Convención Americana sobre Derechos Humanos en adelante CADH-, 1969: Art 13), ambos instrumentos internacionales ratificados por Colombia, consagran el derecho a la libertad de expresión y opinión. El referido artículo 13 prevé que el derecho a la libertad de expresión no puede estar sujeto a censura previa, sino a responsabilidades ulteriores, las cuales deben estar expresamente fijadas por ley y perseguir “a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

⁶Comisión Feminista y de Asuntos de Género del Departamento de Antropología. Informe sobre violencia sexual en el Departamento de Antropología de la Unal. Sede Bogotá. Julio de 2020. Documento Inédito. Pág. 42. Disponible en: https://28532311-5e1b-41da-abf8-79c1f4413abb.filesusr.com/ugd/272da9_51e048c8633044dd865d89a336eec7de.pdf

Comisión Feminista y de Asuntos de Género del Departamento de Antropología -. Segundo informe sobre violencia sexual en el Departamento de Antropología de la Unal. Sede Bogotá. Agosto de 2020. Documento Inédito, Pág. 18-21. Disponible en: https://28532311-5e1b-41da-abf8-79c1f4413abb.filesusr.com/ugd/272da9_bf2026ca05a34e498ccf3a00b88567dc.pdf

1. De la necesidad de hacer la evaluación tripartita para la restricción del derecho a la libertad de expresión: legalidad, fin legítimo perseguido y proporcionalidad de la medida.

8. Cuando se está en presencia de la contraposición del derecho a la libertad de expresión frente a otros derechos, tales como la honra, la dignidad y el buen nombre, es necesario la aplicación del denominado test tripartito para la evaluación de compatibilidad de la interferencia al derecho a la libertad de expresión con las obligaciones internacionales del Estado en la materia.

9. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha señalado, en múltiples oportunidades, la necesidad de la aplicación de este test tripartito cuando se está ante una eventual restricción a la libertad de expresión. Una muestra de ello es la sentencia de (Corte IDH, 2017: caso *Lago Campos vs. Perú*) que estableció:

(...) el artículo 13.2 de la Convención Americana establece que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión, deben cumplir con los siguientes requisitos de forma concurrente: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material ; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana (“el respeto a los derechos a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”), y (iii) ser necesaria en una sociedad democrática (para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad).

10. Tomando en cuenta lo anterior, los tribunales, en la oportunidad de evaluar una posible limitación al ejercicio de la libertad de expresión sobre opiniones, deben motivar su decisión con base a dicho examen, ya que la falta de su aplicación comprendería una injustificada ponderación de derechos que no atiende a las características y circunstancias del caso en concreto. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia, desde hace varios años y a través de múltiples sentencias, ha venido justificando la aplicación del test tripartito. Un ejemplo es la sentencia T-361-19, donde señaló los discursos que pueden ser restringidos⁷.

11. Así mismo, deben justificar en su análisis el criterio de la proporcionalidad de la medida adoptada y la imperiosa necesidad de la restricción, de manera que se pueda considerar legal su aplicación. Sobre este último criterio, la Corte IDH ha establecido que, para que una restricción a la libertad de expresión sea compatible con la CADH, debe justificarse según objetivos colectivos o en claro beneficio de la sociedad, que, por su importancia, prepondera la necesidad de goce del artículo 13 y que no limite el derecho más de lo estrictamente necesario.

12. De tal manera, para la justificación que realicen los tribunales que conozcan de tales circunstancias, debe señalarse suficientemente la compatibilidad de la restricción con la CADH, respecto del criterio de imperiosa necesidad de haber limitado las expresiones de una o varias personas y que, consecuentemente, dicha restricción resultaba necesaria para el bienestar de la colectividad.

1.1. Del análisis del concepto de imperiosa necesidad.

13. Es así que la progresividad interpretativa del alcance de los derechos humanos no debe verse a la luz de un único sistema regional de derechos humanos, ya que, bajo la propia interpretación de la Corte IDH, se ha dado lugar a la consideración de criterios manifestados por el TEDH para dar respuesta a las complejidades que se suscitan frente al desarrollo y avance sobre el análisis de los derechos humanos⁸.

⁷ T-634 de 2013, T-145 de 2016, T-244 de 2018, T-243 de 2018, T-102 de 2019.

⁸ Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, citando precedentes de Eur. Court H.R., *Handyside case*, judgment of 7 December 1976, Series A No. 24, párr. 49; Eur. Court H.R., *The Sunday Times case*, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párrs. 59 y 65; Eur. Court H.R., *Barthold judgment* of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. 55; Eur. Court H.R., *Lingens judgment* of 8 July 1986, Series A no. 103, párr. 41; Eur. Court H.R. *Müller and Others judgment* of 24 May 1988, Series A no. 133, párr. 33; y Eur. Court HR, *Otto-Preminger-Institut v. Austria judgment* of 20 September 1994, Series A no. 295-A, párr. 49.

14. La caracterización del concepto de necesidad imperiosa se ha desarrollado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. La Corte IDH, a través de (Corte IDH, 1985: OC-5/85 o también llamado caso “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”)⁹ adoptó este criterio interpretativo siguiendo la corriente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), al señalar que:

Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13.

15. El TEDH ha establecido que se debe determinar si la expresión de la opinión contribuye al debate de un asunto de interés público, como primer criterio para analizar la proporcionalidad de una interferencia a la libertad de expresión, indistintamente del fin que se persiga con la medida¹⁰, en cuyo caso el margen para la aplicación de limitaciones se hace reducido.

16. Particularmente, el TEDH ha establecido que, a pesar de que la reputación profesional es parte de los elementos protegidos por el derecho a la vida privada (derechos a honra, la dignidad y el buen nombre), esta no puede ser priorizada sobre la necesidad de propiciar o participar en discusiones sobre asuntos de legítimo interés público, siempre que actúen de buena fe para proporcionar una información exacta y fiable de acuerdo con la ética¹¹.

17. Existen otros criterios para determinar la necesidad y proporcionalidad que se consideran de utilidad para contribuir a la mejor decisión de la Corte sobre la controversia planteada, a saber:

1.2. De la valoración respecto de las declaraciones de información o hechos frente a las opiniones personales.

18. A la luz del derecho internacional de los derechos humanos y en la oportunidad de enfrentarse a un cuestionamiento respecto de si es posible o no restringir el derecho a la libertad de expresión y opinión, es necesario realizar una evaluación primigenia sobre si lo expresado comprende una declaración de hechos o si sólo representa opiniones y/o juicios de valores personales. La omisión de este análisis puede conllevar a una posible restricción injustificada, así como una violación a la libertad de opinión.

19. Al respecto, la Corte IDH ha señalado la relevancia de aclarar si la restricción del Estado recae sobre opiniones propias de una persona, puesto que su tratamiento jurídico es diferenciado respecto a expresiones de informaciones. A detalle, la (Corte IDH, 2008: caso Kimel vs Argentina), señaló que:

Las opiniones vertidas (...) no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción (...). En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor¹².

⁹Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Párr. 46.

¹⁰Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights” (2020). Párr. 181.

¹¹Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencias: Bergens Tidende and Others vs. Norway. Párr. 60.

¹²Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177. Párr. 93.

20. Ratificando la influencia del TEDH en los criterios acerca de libertad de expresión y opinión de la Corte IDH, es prudente resaltar que el TEDH también ha acuñado la importancia de distinguir juicios de valor frente a declaraciones de hecho sobre informaciones.

21. En este sentido, la diferenciación entre declaraciones de hecho y juicios de valor ha sido señalado como clave por el TEDH, al momento de evaluar la proporcionalidad una interferencia con el derecho a la libertad de expresión, dado que los juicios de valor, al ser opiniones, no pueden estar sujetos a formalidad de prueba o rectificación¹³. En este sentido, el Tribunal ha sostenido que cuando la legislación o las cortes nacionales no hacen distinción entre un juicio de valor y una declaración de hecho, al momento de decidir un caso, esto constituye una valoración indiscriminada del discurso/opinión, que es per se incompatible con la libertad de opinión¹⁴.

1.3. De la existencia de intencionalidad y/o dolo en las expresiones.

22. De igual manera, un elemento importante para evaluar la proporcionalidad de una interferencia al ejercicio de la libertad de expresión y opinión recae en la determinación de intención de infligir daño. Al respecto, la (Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Relatoría Especial de Libertad de Expresión – Declaración de Principios de la RELE-, 2000: Principio 10) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) establece que:

(...) Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

23. A pesar de que dicho supuesto de hecho corresponde en esencia a la labor de un periodista, bajo la figura de la analogía este elemento puede ayudar a la ilustre Corte Constitucional para determinar la proporcionalidad de la limitación de las opiniones de una persona, relacionadas con una obra académica. Todo ello, considerando que las obras académicas deben ser conducidas bajo la aplicación de un método científico objetivo y normas éticas, cuyo incumplimiento podría permitir demostrar la intención de infligir daño o conocimiento de la falsedad de la información. Lo expuesto, aclara que una limitación a la expresión de opiniones sólo puede ser legítima si las autoridades cumplen con motivar suficientemente la presunta intención de infligir daño al emisor.

1.4. De la diferencia de umbral para las críticas entre particulares y funcionarios públicos y otros actores de interés público.

24. Por otra parte, otro elemento de interés al momento de realizar la evaluación de la necesidad y proporcionalidad de la limitación a la libertad de expresión, recae en determinar la condición del presunto afectado por la expresión de sus opiniones. Según el derecho internacional de los derechos humanos, el umbral de protección al honor de un funcionario público y otros actores de interés público deben permitir un control social más amplio por el ejercicio de sus funciones, mientras los particulares están expuestos a un control reducido. Así lo ha considerado (Corte IDH, 2009: Tristán Donoso Vs. Panamá) al establecer que:

(...) el derecho internacional establece que el umbral de protección al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones [...]. Esta protección al honor de manera diferenciada se explica porque el funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo que lo lleva a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su honor, así como también por la posibilidad, asociada a su condición,

¹³ Morice vs. France [GC], § 126; Dalban vs. Romania [GC], § 49; la ilustre Corte Constitucional de Colombia ha impartido un criterio similar en la sentencia T-361-19, al establecer que: “La Constitución, al verificar el carácter subjetivo de la opinión, definió que sólo es predicable la rectificación de las informaciones, más no de los pensamientos y opiniones. En efecto, la rectificación puede dar lugar a la reparación de daños causados y la consecuente responsabilidad conforme a las leyes civiles y/o penales. Sin embargo, es imposible pedir que se rectifique un pensamiento u opinión, pues únicamente es posible rectificar lo falso o parcial, mas no las apreciaciones subjetivas que sobre los hechos permitan la manifestación de pensamientos y opiniones”.

¹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencias: Gorelishvili vs. Georgia, pág. 69; Grinberg vs. Russia, pág 29-30; Fedchenko vs. Russia, pág. 37.

de tener una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren.

25. Así mismo, la jurisprudencia interamericana ha establecido que (CIDH, 2009: 36):

(...) en los casos de conflicto entre el derecho a la honra de funcionarios públicos y el derecho a la libertad de expresión, el ejercicio de ponderación debe partir de la prevalencia en principio (o prevalencia prima facie) de la libertad de expresión pues, dado el interés del debate sobre asuntos públicos, este derecho adquiere un valor ponderado mayor. Justamente a esto se refieren la CIDH y la Corte Interamericana al indicar que las expresiones de interés público constituyen un discurso objeto de especial protección bajo la Convención Americana (...) ¹⁵.

26. Finalmente, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la RELE han ampliado el ratio de aplicación de este criterio, al establecer que no sólo los funcionarios públicos están vinculados al mencionado criterio, también aplica a “personas pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público” ¹⁶.

III. De los estándares internacionales en materia de libertad académica y su relación con el derecho a la libertad de expresión y de opinión en el caso en concreto

27. Los hechos del presente caso están relacionados con la educación superior y las opiniones formadas a partir de la participación en investigaciones académicas, por lo que no sólo existe una vinculación respecto del derecho a la libertad de expresión y de opinión, sino también una implicación del derecho a la libertad académica. A continuación, se explicará la conceptualización de la libertad académica, así como los estándares internacionales de la misma.

28. Según la (Observación General Núm. 13 sobre el Derecho a la Educación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas –CDESC-: 1999: 39 ¹⁷):

Los miembros de la comunidad académica son libres, individual o colectivamente, de buscar, desarrollar y transmitir el conocimiento y las ideas mediante la investigación, la docencia, el estudio, el debate, la documentación, la producción, la creación o los escritos. La libertad académica comprende la libertad del individuo para expresar libremente sus opiniones sobre la institución o el sistema en el que trabaja, para desempeñar sus funciones sin discriminación ni miedo a la represión del Estado o cualquier otra institución, de participar en organismos académicos profesionales o representativos y de disfrutar de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente que se apliquen a los demás habitantes del mismo territorio. El disfrute de la libertad académica conlleva obligaciones, como el deber de respetar la libertad académica de los demás, velar por la discusión ecuatoriana de las opiniones contrarias y tratar a todos sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos.

29. Lo anterior conceptualiza lo que es el derecho a la libertad académica y específica que se encuentra íntimamente relacionada con la libertad de expresión y opinión, la cual ha sido ratificada por la CIDH ¹⁸. Por su parte, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión publicó un informe histórico sobre la libertad de opinión y de expresión, como aspecto de la libertad académica, en el cual destacó esta última como elemento clave del autogobierno democrático (A/75/261, 2020: 5). Dicho documento

¹⁵RELE de la CIDH. Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Párr. 105. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>

¹⁶RELE de la CIDH. DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Principio N° 10.

¹⁷CDESC. 08/12/99. E/C.12/1999/10. Observación General N° 13: Derecho a la Educación. Párr. 39.

¹⁸CIDH. 2017. Informe sobre situación de derechos humanos en Venezuela. Párr. 458. “La Comisión expresa su preocupación por las denuncias relativas a las injerencias en la autonomía universitaria. Si bien la misma no es mencionada de manera expresa en la Declaración Americana, la CIDH recuerda que la autonomía universitaria es un requisito imprescindible para la libertad académica, la cual es a su vez necesaria para disfrutar plenamente del derecho a la educación, reconocido en el artículo XII de la Declaración Americana. En esa medida, la Comisión exhorta al Estado a revisar y modificar, de ser pertinente, los actos que puedan mermar la autonomía de las universidades. Igualmente, la Comisión expresa su condena ante las denuncias de expulsión arbitraria y represalias en contra de estudiantes, motivadas en razones políticas. La CIDH urge al Estado abstenerse de realizar este tipo de actos, e investigar y en su caso, sancionar los mismos”.

declara que la libertad académica encuentra protección en el marco de los derechos civiles y políticos previstos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el PIDCP, afirmando que la libertad de opinión y de expresión protege y promueve la libertad académica de muchas maneras¹⁹.

30. De esta manera, conviene resaltar que la libertad académica es un derecho que comprende dos dimensiones de relevancia. De manera individual, habilita a estudiantes y académicos a desarrollar y transmitir el conocimiento que provenga de áreas como la investigación, la docencia y el debate académico en general. A nivel colectivo, la libertad académica habilita la capacidad de autorreflexión para la generación de conocimientos y para la búsqueda constante de mejoras en la vida de las personas y en las condiciones sociales, de manera que se protegen aspectos relevantes para la construcción de sociedades democráticas y con un pensamiento crítico, desde las diversas ópticas del conocimiento²⁰.

31. Teniendo en cuenta que el artículo 13²¹ de la CADH protege el derecho a la libertad de expresión, podría argumentarse que también protege la libertad académica, ya que está amparada por el contenido normativo de ese artículo, de manera similar a la libertad de expresión, en el PIDCP²². Finalmente, dada su relevante carácter para las sociedades democráticas, cualquier limitación a alguno de los atributos que comporta la libertad académica debe ser excepcional, previa justificación de que es en razón de un interés colectivo o social.

1. De la divulgación de la información contenida en investigaciones científicas como atributo esencial de la libertad académica.

32. Según el derecho internacional de los derechos humanos, las expresiones de la información contenida en investigaciones periodísticas, no comportan el último eslabón del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, sino que comprende también la posibilidad de divulgar los conocimientos que allí se puedan llegar a expresar, así como de opinar. El informe de Relator para la Libertad de Expresión y Opinión de Naciones Unidas ratifica la relación entre libertad académica y la libertad de opinión, específicamente afirmando que si las opiniones de un académico/a fueron formadas por la intervención en investigaciones o a través de la aplicación del método científico, estas deben ser protegidas y no estar sujetas a ninguna restricción²³.

33. Así pues, es necesario enfatizar que las investigaciones académicas comprenden la necesidad de ser socializadas para nutrir las discusiones de interés público, a través de la creación de críticas, debates y/o cuestionamientos sobre las acciones y suposiciones que se pueden ocasionar producto de dichas investigaciones y

¹⁹ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 2020. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye. A/75/261. Párr. 5. Adicionalmente, el informe reconoce que la libertad académica encuentra protección en el contenido normativo de otros derechos tales como la libertad de reunión pacífica, la libertad de pensamiento, la integridad personal, la privacidad y el pensamiento, la conciencia y las creencias religiosas, el derecho a la educación, derecho los beneficios del progreso científico.

²⁰ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 2020. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye. A/75/261. Pág. 2.

²¹ Artículo 13.- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

²² Villalobos, R; Gómez Gamboa, D. Academic Freedom: a pending challenge within the International Human Rights Law Framework. 15 de junio de 2021. Véase: <https://www.humanrightsincontext.be/post/academic-freedom-a-pending-challenge-within-the-international-human-rights-law-framework>

²³ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. 2020. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye. A/75/261. Párr. 16: “(...) la obra del académico debe estar protegida de toda injerencia como en el caso de una opinión, y no estar sujeta a ningún tipo de restricción”.

son incompatibles respecto de prácticas como la censura y la discriminación, aspectos que han sido reconocidos en la (Recomendación relativa a la condición del personal docente de la UNESCO, 1997)²⁴.

34. Esta protección de la necesidad de divulgar el contenido de las producciones académicas, bien sea a través de juicios de valor o de la divulgación de informaciones exactas, encuentra protección por extensión en la jurisprudencia interamericana en criterios relacionados con la libertad de expresión. La Corte IDH ha dejado en claro la relación indivisible de la libertad de expresión y de opinión así como su difusión, en diversos fallos²⁵. Un ejemplo es (Corte IDH, 2005: caso Palamara Iribarne vs. Chile) que señaló que, para que el Estado garantizará el derecho a la libertad de expresión:

No bastaba con que permitiera que escribiera sus ideas y opiniones, sino que tal protección comprendía el deber de no restringir su difusión, de forma tal que pudiera distribuir el libro utilizando cualquier medio apropiado para hacer llegar tales ideas y opiniones al mayor número de destinatarios, y que éstos pudieran recibir tal información.

35. En esa medida, (Corte IDH, 2004: caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica):

Al respecto, la Corte ha indicado que la primera dimensión de la libertad de expresión “no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios.

36. De esta manera, la expresión y la difusión de pensamientos e ideas que corresponden a las opiniones son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente y, en la misma medida, un límite al derecho a la libertad de opinión, así como expresarse libremente.

2. De la presunción de buena fe sobre opiniones relacionadas a producciones científicas.

37. En sentencia (Corte IDH, 2013: caso Mévoli vs. Argentina) estableció los aspectos relevantes a la labor de un periodista dentro de toda sociedad democrática²⁶: “los periodistas deben ejercer sus labores obedeciendo a los principios de un periodismo responsable, es decir, actuar de buena fe, brindar información precisa y confiable, reflejar de manera objetiva las opiniones de los involucrados en el debate público”

38. Junto al periodismo, surge una obligación de los medios sobre reforzar, a través de todas las herramientas posibles, para tener un nivel de certeza de que la información divulgada es cierta o no. Nuevamente, respecto al caso mencionado ante la Corte IDH, el referido estándar puede extenderse al caso de los investigadores académicos. El derecho a la libertad académica comprende que los investigadores refuercen su labor, a través del cumplimiento de procesos metodológicos científicos y normas éticas para la validación de la información, así como opiniones que pudieran derivar de su involucramiento en los procesos de obras producción de obras o debates académicos.

39. De allí que, cualquier opinión emanada o relacionada con la información del producto académico debería entenderse como expresiones que, en principio, son emanadas de buena fe. Todo ello debido a que, *a priori*, existe una confianza legítima en la información, al ser producto de un proceso científico.

²⁴Recomendación relativa a la condición del personal docente de la UNESCO. 1997. p.49, párr. 27: “(...) El personal docente de la enseñanza superior tiene el derecho al mantenimiento de la libertad académica, es decir, la libertad de enseñar y debatir sin verse limitado por doctrinas instituidas, la libertad de llevar a cabo investigaciones y difundir y publicar los resultados de las mismas, la libertad de expresar libremente su opinión sobre la institución o el sistema en el que trabaja, la libertad ante la censura institucional y la libertad de participar en órganos profesionales u organizaciones académicas representativas (...)”

²⁵Cfr. Caso Ricardo Canese, supra nota 172, párr. 78; Caso Herrera Ulloa, supra nota 174, párr. 109; y La colegiación obligatoria de periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85, supra nota 172, párr. 36.

²⁶Corte IDH. Caso Mévoli Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de agosto de 2013. Serie C N° 265. Párr. 122.

40. En esta línea, el TEDH ha señalado que la buena fe puede probarse, al referir a los hechos y circunstancias que permitan determinar un cumplimiento de normas de ejercicio de profesión o códigos de conducta²⁷. En consonancia con lo anterior, se hace relevante la necesidad de que exista una presunción de buena fe respecto de las opiniones y/o informaciones difundidas por miembros de la comunidad académica, cuando han sido generadas por medio de la aplicación de métodos científicos, toda vez que derivan la aplicación del referido método refiere a un intento de la búsqueda de la verdad.

IV. De la cualidad de los profesores universitarios como actores de interés público

41. Otro elemento relevante para la decisión de la ilustre Corte es la determinación de la condición de las partes involucradas, lo cual permitirá realizar una mejor evaluación acerca del conflicto de derechos presentados en el caso en concreto. En este sentido, se considera que la Corte se encuentra ante la oportunidad de determinar la condición de los profesores universitarios, como personas de interés público, tal y como se desprende de distintos instrumentos y la jurisprudencia de órganos internacionales de derechos humanos que describirán a continuación.

42. En primer lugar, es necesario precisar que el ejercicio de la docencia a nivel universitario se enmarca dentro de las actividades que buscan satisfacer los fines del Estado, mediante la prestación de un servicio público, como función social, como es la educación, es decir, mediante funciones públicas.

43. Así, el Relator Especial sobre el Derecho a la Educación de Naciones Unidas –en adelante REDENU–, en su informe sobre “El derecho a la educación”²⁸, catalogó la educación como (REDENU, 2015:19): “un bien público y una causa social”. Este carácter se deriva de que la educación tiene por objeto (REDENU, 2015:19): “el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales” como lo establecen los artículos 26 y 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del PIDESC, respectivamente²⁹.

44. En este sentido, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, por sus siglas en inglés) estableció en la “Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI: Visión y acción”³⁰ que la educación juega un papel fundamental para alcanzar el desarrollo económico, social y cultural sostenible³¹, así como los derechos humanos, la democracia y la paz de un Estado³², por tanto, constituye

²⁷TEDH. “Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights” (2020). Párr. 219.

²⁸ Informe del Relator Especial para la Educación sobre el Derecho a la Educación. Agosto de 2015. Párr. 86. Véase: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10391.pdf>

²⁹ Artículo 26.- Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.”

Artículo 13.- (...) 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

³⁰ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, por sus siglas en inglés). 1998. Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI: Visión y acción. Disponible en: <https://www.iesalc.unesco.org/ess/index.php/ess3/article/view/171/162>

³¹ Artículo 14.- La financiación de la educación superior como servicio público (...) b) La sociedad en su conjunto debería apoyar la educación de todos los niveles, incluida la enseñanza superior dado el papel que ésta desempeña en el fomento de un desarrollo económico, social y cultural sostenible.

³² Artículo 1.- La misión de educar, formar y realizar investigaciones. Reafirmamos la necesidad de preservar, reforzar y fomentar aún más las misiones y valores fundamentales de la educación superior, en particular la misión de contribuir al desarrollo sostenible y el mejoramiento del conjunto de la sociedad, a saber: (...) b) constituir un espacio abierto para la formación superior que propicie el aprendizaje permanente, brindando una óptima gama de opciones y la posibilidad de entrar y salir fácilmente del sistema, así como oportunidades de realización individual y movilidad social con el fin de formar ciudadanos que participen activamente en la sociedad y estén abiertos al mundo, y para promover el fortalecimiento de las capacidades endógenas y la consolidación en un marco de justicia de los derechos humanos, el desarrollo sostenible la democracia y la paz;

una actividad de interés público. Con esto coincide el ordenamiento jurídico colombiano (Ley 30, 1992: Art 2), al establecer que: “La Educación Superior es un servicio público cultural, inherente a la finalidad social del Estado”.

45. A la luz de la Recomendación relativa a la Condición del Personal Docente de la Enseñanza Superior de la UNESCO³³, los gobiernos e importantes grupos sociales tienen un interés especial en los servicios y productos de los sistemas de enseñanza superior, interés que se extiende a los profesores universitarios, por cuanto desempeñan una función decisiva en este nivel de enseñanza, esto es, la labor de docencia, que además de constituir una forma de servicio público, contribuye al progreso de la humanidad y de la sociedad moderna.

46. Como consecuencia de esto, desde el punto de vista material, los profesores se convierten en actores de interés público, desde el momento en el que voluntariamente se someten a cumplir su rol docente, al ser el eslabón más importante en el proceso de formación educativa, por su función de facilitar la transmisión del conocimiento a sus estudiantes.

47. Con esto coincide el TEDH, el cual ha reconocido la condición de personas de interés público de los profesores universitarios, al declarar que, debido a su posición dentro del sistema de educación superior, se encuentran sometidos a un mayor umbral de criticismo al que lo estaría un particular.

48. Concretamente, el (TEDH, 2010: caso Brunet-Lecomte y Lyon Mag’ vs. Francia) estableció que:

(...) los límites de la crítica admisible son más amplios si se trata de una figura pública, ya que ésta se expone inevitablemente y con conocimiento de causa al escrutinio público y, por lo tanto, debe mostrar un grado de tolerancia especialmente elevado para un profesor que, más allá del carácter público de su profesión, había optado por dar publicidad a algunas de sus ideas o creencias y, por lo tanto, podía esperar un examen minucioso de sus declaraciones...³⁴

49. De igual forma, estableció en (TEDH, 2020: caso Mahi vs Bélgica) que:

Los mismos principios se aplican a las instituciones encargadas de prestar un servicio público. El Tribunal ha considerado que la protección de la autoridad de una universidad es un mero interés institucional, una consideración que no tiene necesariamente la misma fuerza que la protección de la reputación o los derechos de los demás a efectos del artículo 10 § 2 (Kharlamov v. Russia, § 29). En consecuencia, los límites de la crítica permisible son más amplios para las universidades, incluso si esta crítica tiene un impacto negativo en su reputación. En opinión del Tribunal, esto forma parte de la libertad académica, que comprende la libertad de los académicos de expresar libremente su opinión sobre la institución o el sistema en el que trabajan y la libertad de distribuir el conocimiento y la verdad sin restricciones (...)³⁵

50. De tal manera, el TEDH ha considerado que, dado el carácter de figura pública de las autoridades de una universidad, las mismas están sometidas a críticas sociales más amplias por la naturaleza de sus funciones, incluso si éstas tienen un impacto negativo en su reputación, ya que se exponen con conocimiento al escrutinio público y, por tanto, deben mostrar un grado de tolerancia más elevado con respecto a un examen minucioso social de sus declaraciones, ideas o creencias.

51. La condición de los profesores universitarios como personas de interés público también se encuentra fundamentada en la legislación colombiana. Según (Ley 30, 1992: Art 70), para ser nombrado profesor de universidad estatal se requiere la realización previa de un concurso público de méritos, estableciendo en la norma *eiusdem*, el artículo 72, que este tipo de docentes ostentan el carácter de servidores públicos. De esta manera, en Colombia, los profesores universitarios que ingresan a una institución de educación superior por concurso de

³³UNESCO. 1997. Recomendación relativa a la Condición del Personal Docente de la Enseñanza Superior. Preámbulo. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13144&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

³⁴Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias: Brunet-Lecomte y Lyon Mag’ vs. Francia. párr 47; Mahi vs. Bélgica párr. 31, 36.

³⁵Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias: Sorguç vs. Turkey. párr. 15, 31; Kula vs. Turkey, párr 38-40.

méritos (no ostentan el carácter de libre nombramiento y remoción), deben ser considerados empleados públicos, criterio recogido por la (Corte Constitucional de Colombia, 1996: expediente Núm. D-983).

52. Sin embargo, es necesario mencionar que esta cualidad de personas de interés público debe extenderse a todos los tipos de profesores, independientemente de la categoría o el escalafón al que pertenezcan en el sistema educativo. Esta cualidad se deriva de la relación de “poder” que existe entre el profesor y los alumnos, que se manifiesta en la labor diaria y cotidiana del rol de aquél, dentro y fuera del aula de clases, en virtud de la cual es investido de autoridad con respecto a sus alumnos, como parte del orden que debe existir en el marco del proceso educativo, sin el cual no es posible lograr un proceso de aprendizaje satisfactorio.

53. Este vínculo desigual de ejercicio de poder existente entre las autoridades académicas, entre ellas, los profesores, y los alumnos, en virtud del cual la autoridad académica goza de una situación de superioridad con respecto a los estudiantes, fue analizado por (Corte IDH, 2020: caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador)³⁶, en los siguientes términos: “La relación sexual, además, se dio en el marco de una vinculación manifiestamente desigual, en la cual el Vicerrector, como autoridad académica, gozaba de una situación de superioridad frente a una niña estudiante”³⁷.

54. Considerar a los profesores universitarios personas de interés público es de especial trascendencia, en el presente caso, ya que implica que la actuación de los mismos está expuesta a un mayor umbral de crítica y/o control por parte de los ciudadanos, en el ejercicio de su libertad de expresión y de opinión, como mecanismo de control en las sociedades democráticas. Las limitaciones a este tipo de opiniones no sólo representa una violación al espectro de protección que otorga el derecho a la libertad de expresión y de opinión, sino también la libertad académica, a la luz de la característica de interdependencia de los derechos humanos Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993: párr.5)³⁸. En otras palabras, las violaciones a la libertad de expresión implican, consecuentemente, y en los casos en los que esté relacionada la emisión de expresiones respecto de opiniones relacionadas a obras académicas, restricciones a la libertad académica.

55. En el caso concreto, las opiniones se fundamentan sobre el conocimiento obtenido por una investigadora experta en temas de violencia sexual en recintos universitarios, en su condición de asesora de un trabajo académico de investigación, acerca de denuncias graves en la principal universidad de Colombia sobre posibles actos de violencia sexual cometidos en contra de los estudiantes, en el marco de la relación de poder que existe entre el profesor y los alumnos.

56. Tomando en cuenta lo anterior y como quiera que, en el caso en marras, están involucrados profesores universitarios y/o investigadores, se puede concluir que el umbral de criticismo al que están expuestos es mayor que al que estaría sometido cualquier otro particular, por su condición de personas de interés público, la cual asumen de manera voluntaria, desde el momento en el que se comprometen a asumir su rol docente.

V. De la violencia sexual en espacios universitarios como asunto de interés público

57. La violencia sexual es un asunto de interés público, debido a la múltiple interpretación que se ha realizado al respecto, por parte de diversos organismos y tribunales internacionales de los sistemas de protección de derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte IDH ha señalado que la violencia sexual crea para el Estado obligaciones comprensivas y multidimensionales de prevenir, investigar, sancionar y reparar esta grave violación de derechos humanos³⁹.

³⁶Párr. 130. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf

³⁷El resaltado del texto es propio de los autores.

³⁸Párrafo 5.- Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todo el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. Véase: https://www.ohchr.org/documents/events/ohchr20/vdpa_booklet_spanish.pdf

³⁹CIDH, Acceso a la justicia para víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011 (en adelante “CIDH, Acceso a la justicia para víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, 2011”), párr. 6.

58. Así mismo, la (CIDH, 2007: 1) ha establecido que:

(...) el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación, ha sido consagrado y establecido como un desafío prioritario en los sistemas de protección de los derechos humanos a nivel regional e internacional. (...) la violencia contra las mujeres es un problema público y prevalente, meritorio de acciones estatales para lograr su prevención, investigación, sanción y reparación^{40, 41}.

59. Teniendo en cuenta la relevancia de la educación para el desarrollo de las naciones, resulta clave comprender la necesidad de un ambiente universitario libre de violencia, basada en género o cualquier otra condición. De esta manera, la (Recomendación relativa a la Condición del Personal Docente de la Enseñanza Superior de la UNESCO, 1997:22) establece:

Habida cuenta de las importantes inversiones financieras efectuadas, los Estados Miembros y las instituciones de enseñanza superior deben garantizar un equilibrio apropiado entre el grado de autonomía de que gozan dichas instituciones y sus sistemas de rendición de cuentas. En el marco de estos últimos, las instituciones de enseñanza superior deberían velar por la transparencia de su gestión y estar obligados a rendir cuentas sobre la medida en que respetan los siguientes principios:

(...)

g) adoptar políticas y procedimientos para garantizar un trato equitativo a las mujeres y a las minorías y acabar con el acoso sexual y los vejámenes raciales⁴².

60. Ahora bien, tal como lo señala la (Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer -Convención de *Belém do Pará*-,1994), la violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que también es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”. Con respecto a la relación desigual de poder entre el hombre y la mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), en (Recomendación General Núm. 19, 1992:1)⁴³, estableció que: “La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre...”

61. Así mismo, estableció, en (Recomendación General Núm. 24, 1999:18)⁴⁴, que: “como consecuencia de las relaciones desiguales de poder basadas en el género, las mujeres adultas y las adolescentes a menudo no pueden negarse a tener relaciones sexuales ni insistir en prácticas sexuales responsables y sin riesgos(...)”.

62. Además, la (Convención de *Belém do Pará*, 1994) señala que este tipo de violencia no sólo se circunscribe a las mujeres, sino que “trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión”. En este contexto, las personas de la comunidad LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersex) se encuentran en una situación de vulnerabilidad ante la violencia sexual.

63. Así lo planteó la (CIDH, 2015: 166)⁴⁵ de la siguiente manera:

Las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex pueden ser particularmente vulnerables a la violencia sexual. Una de las razones de esta vulnerabilidad se genera por el

⁴⁰CIDH. ACCESO A LA JUSTICIA PARA MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA EN LAS AMÉRICAS. Párr. 1. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap1.htm>

⁴¹El resaltado y subrayado del texto es propio de los autores.

⁴²UNESCO. 1997. Recomendación relativa a la Condición del Personal Docente de la Enseñanza Superior. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13144&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

⁴³Párr. 1. Disponible en: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

⁴⁴Párr. 18. Disponible en: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

⁴⁵CIDH. 2015. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. Párr. 166. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

hecho de que las orientaciones sexuales e identidades de género diversas desafían las nociones tradicionalmente aceptadas del sexo, la sexualidad y el género. En consecuencia, la violencia sexual puede adquirir un significado particular al ser perpetrada contra personas LGBT, dado a que puede ser utilizada para sancionar y degradar a las víctimas por ser quiénes son.

64. Este análisis es de relevancia para la honorable Corte, ya que el caso concreto versa sobre la existencia de denuncias graves en la principal universidad pública de Colombia, acerca de presuntos actos de violencia sexual cometidos en contra de los estudiantes y cuyo contexto se desarrolla en el marco de la relación de poder que existe entre el profesor y los alumnos. De manera tal que las opiniones objeto de la controversia estaban destinadas a visibilizar una problemática de alto interés público para una sociedad democrática. Por tanto, cualquier restricción a éstas, debería establecerse, conforme a los criterios expuestos anteriormente.

VI. Conclusiones

65. Por medio del análisis aportado a través del presente *Amicus Curiae*, se ratifica la intención de contribuir con la ilustre Corte Constitucional de Colombia en la decisión del presente caso, para lo cual se argumentó que: 1) la expresión de opiniones que dan lugar a la presente controversia están relacionadas con la libertad académica, en el entendido de que emanan de una investigadora que formó sus opiniones debido a su participación en calidad de asesora de un trabajo de investigación científica sobre posibles actos de violencia sexual ocurridos en recintos universitarios; 2) la expresión de opiniones son de inminente interés público, toda vez que versan sobre actos de violencia sexual, la cual ha sido calificada por órganos internacionales de derechos humanos como un asunto de relevancia colectiva, por lo que su discusión por parte de la sociedad es primordial; 3) los profesores universitarios están expuestos a un mayor umbral de crítica por parte de la sociedad, por ser personas de interés público, al ser un eslabón clave de la educación superior, asunto clave para la consecución de los fines del Estado y el desarrollo pleno de la persona.

66. Estos aspectos claves de evaluación fueron descritos y atendidos, en primer lugar, según lo establecido en los estándares internacionales en materia de limitaciones a la libertad de expresión y opinión; segundo, con descripción del marco normativo internacional en materia de libertad académica y su relación al caso en concreto; y finalmente, desarrollando las bases sobre la condición de los profesores universitarios, como personas de interés público, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, así como del carácter de interés público del asunto de violencia sexual.

VII. Del petitorio

a. Que admitan el presente *amicus curiae* suscrito por Aula Abierta.

b. Que la Corte Constitucional, en esta oportunidad, marque un precedente jurisprudencial respecto del tratamiento de la libertad académica en el derecho colombiano, a la luz de los estándares internacionales en la materia, así como del establecimiento de una presunción *iuris tantum* de buena fe respecto del tratamiento de las opiniones que provengan de investigaciones científicas y académicas.

c. Que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la condición de personas de interés público de los profesores universitarios; así como el carácter de asunto de interés público de la violencia sexual, reconociendo que, para la consecución de los fines del Estado en materia educativa, es necesario un sistema de educación superior inclusivo, libre de violencia basada en género o cualquier práctica de discriminación prohibida por el derecho internacional de los derechos humanos.

Reflexiones sobre la Sentencia Núm. 25/SE-TSJ del 04-03-2009: Caso Patricia Rosenzweig Levy¹

Jean-Denis Rosales Gutiérrez²

Resumen

La presente investigación pretende estudiar 2 sentencias del máximo TSJ venezolano: la Sentencia Núm. 25 del 04-03-2009 (SE-TSJ), que, conlleva paralelamente estudiar también la sentencia Núm. 208 del 09-04-2010 (SC-TSJ): su revisión; para desentrañar una nueva limitación a la potestad reglamentaria de la Comisión Electoral de la ULA, que acaba siendo aplicable a cualquier administración electoral con el nombre: Reserva Legal Electoral. La anterior conclusión podría conceptuarse como un nuevo principio, así como, una nueva garantía. La garantía desentrañada quedará definida, como un obstáculo competencial oponible a la Administración Electoral, de modificar la ecuación de totalización de los votos escrutados.

Palabras Clave: Universidad, elecciones, reserva legal, reglamentos

Reflections about the Court Decision No. 25/SE-TSJ of 04-03-2009: Case Patricia Rosenzweig Levy

Abstract

The present investigation aims to study 2 sentences of the highest Venezuelan TSJ: Judgment No. 25 of 03-04-2009 (SE-TSJ), which, in parallel, also entails studying sentence No. 208 of 04-09-2010 (SC-TSJ), to unravel a new limitation to the regulatory power of the Electoral Commission of the ULA, which ends up applying to any electoral administration with the name: Electoral Legal Reserve. The previous conclusion could be conceptualized as a new principle and a further guarantee. The unraveled guarantee will be defined as a jurisdictional obstacle opposable to the Electoral Administration to modify the equation of totalization of the votes counted.

Key Words: College, elections, legal covering, executive rules

Introducción

La presente investigación pretende estudiar un conflicto jurídico en la materia electoral universitaria venezolana, que se decidió llamar: Caso Patricia Rosenzweig Levy, donde surgió un problema de jerarquía entre la Ley de Universidades (LU-1970) y el Reglamento de Elecciones de la ULA (2008). La LU mediante su artículo 30.2, detalla la determinación del cociente o del denominado Factor A, que debe ser calculado del número de votos

¹Fecha de admisión: 22-05-2022 Fecha de aceptado: 30-06-2022

²Abogado Egresado de la Universidad de Los Andes (ULA): Mención Cum Laude. Segundo de la Promoción. Especialista en Derecho Tributario (ENAHPI-IUT). Especialista en Derecho Administrativo (UCV). Profesor Agregado en Derecho Constitucional. Profesor Colaborador en Derecho Administrativo I y II (ULA). Profesor de Post-Grado en la Especialización de Derecho Administrativo y de Derecho Tributario (ULA). Doctor en Ciencias Jurídicas (LUZ). Fundador-Coordenador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM). Idiomas: Inglés, Francés, Portugués. Cursando Alemán. Correo Electrónico: jeanrosales1984@gmail.com ORCID: <http://orcid.org/0000/0003-1744>

depositados por los alumnos, más no como devino la referida Comisión Electoral de ejecutar esa totalización, adjudicación y proclamación, tomando en cuenta "...el 'Número de Electores Estudiantiles' (NEE), es decir, entre el número de estudiantes que integran el padrón electoral," conforme a lo indicado en el artículo 66 del Reglamento ejecutivo universitario.

De tal manera, que la referida Comisión Electoral de la ULA dictó un reglamento que contradecía lo señalado en la LU, frente a los métodos matemáticos de cómputo o totalización de los votos escrutados creados por la ley, en vista de que cambiaba ostensiblemente los referidos términos de cómputo o totalización de los votos consignados en las referidas urnas electorales de dicha casa de estudios, donde, la Comisión Electoral aplicó el modelo de cómputo del discutido Reglamento, en sustitución del indicado en la Ley de Universidades.

Obviamente, la totalización, adjudicación y proclamación lesionaría a uno de los candidatos del procedimiento electoral universitario: al candidato que resultaba victorioso según el método de cómputo de la Ley de Universidades. No obstante, la Comisión Electoral Ulandina no cumplió con el precepto legal previsto, sino el mandato reglamentario creado con fines auto-vinculativos, y que ésta misma se auto-impuso, en franca contradicción con la LU, y con la garantía de la reserva legal que posee rango constitucional según el artículo 62.

1. Descripción de la Situación Jurídico-Electoral de la ULA Objeto de Estudio

El punto neurálgico de la polémica radica en determinar la compatibilidad de la fórmula matemática contenida en el artículo 66 del Reglamento electoral de la Universidad de Los Andes, con la disposición contenida en el numeral 2 del artículo 30 de la Ley de Universidades y el artículo 63 de la Constitución de 1999 en un proceso electoral realizado en la ULA en el 2008, donde las partes en el conflicto eran los Profesores Titulares Patricia Rosenzweig Levy y Manuel Dagert Boyer, quienes fueron partes principales en un proceso electoral motivado por la aplicación de una ecuación matemática similar, pero, cuyas variaciones del Reglamento frente a la Ley de Universidades, creaban resultados jurídicos diferentes en la totalización, adjudicación y proclamación de la CE-ULA.

El reglamento electoral fue dictado por la ULA a través de esa Comisión. El candidato favorecido según el artículo 66 del Reglamento Ejecutivo fue el Profesor Manuel Dagert Boyer. Y la candidata favorecida por el artículo 30.2 de la Ley de Universidades era Patricia Rosenzweig Levy. Lógicamente, conforme al sistema de producción de fuentes del derecho positivo de 1999, el Reglamento ejecutivo posee rango sub-legal frente a la LU, siendo un acto jurídico normativo que posee una función jurídica-complementaria especialísima frente a la LU, y que tiene como principal limitación generalizada, nunca alterar el espíritu, propósito y razón de la Ley reglamentada. En conclusión, la Profesora Titular Patricia Rosenzweig Levy fue víctima de la errónea aplicación de un reglamento, o mejor dicho, de la errada desaplicación de una norma legislativa perfectamente constitucional.

Y, en vista de la situación, la Profesora Patricia Rosenzweig Levy interpuso un Recurso Administrativo ante la Comisión Electoral de la Universidad de Los Andes a los fines de revocar la Resolución (Sin Número) del día 16 de julio de 2008, que declaraba a favor la totalización, adjudicación y proclamación del proceso electoral ejecutado entre los días del 04 y 11 de junio de 2008 en la persona del Profesor Manuel Dagert Boyer bajo el cimiento de que el artículo 30.2 LU era hipotéticamente inconstitucional ante al artículo 63 constitucional.

En efecto, en el acto administrativo impugnado inserto al Folio diecisiete (17) al setenta y uno (71) del expediente, la CE-ULA determinó, que debía tomarse en cuenta, que los votos de egresados depositados en las mismas urnas, donde se depositaban los votos profesoriales, fueron tomados en cuenta, y que se incluyeron para la asignación referida de votos, a cada uno de los candidatos Manuel Dagert B. y Patricia Rosenzweig L. Pero para la definición del factor A, solo se toma en cuenta los votos profesoriales y estudiantiles válidos, y no los votos válidos de los egresados.

Por tanto, el resultado reflejado en el boletín de totalización fue de 1.541,83 Votos Válidos para el Profesor Manuel Dagert Boyer y de 1.534,34 votos válidos para la Profesora Patricia Rosenzweig Levy, que se atañen con el número de votantes que ejercieron su derecho constitucional al voto, en el caso del voto profesoral, y que a su

vez, se corresponde, una vez aplicado el referido coeficiente con los votos válidos estudiantiles consolidados, más los votos de los egresados para cada uno de ellos.

Pero, de modo adicional, el acontecer nacional complica ostensiblemente la anterior situación, en vista de que la Universidad del Zulia (LUZ) realizó elecciones de autoridades de manera simultánea a la ULA, y con un Reglamento de elecciones que contenía la misma norma polémica de los coeficientes electorales. Sin embargo, había una notable diferencia, que previamente, un Profesor de LUZ interpuso un Recurso de Interpretación acerca del Reglamento electoral de su respectiva casa de estudios ante la Sala Electoral del TSJ por el mismo motivo, pero con anterioridad a las elecciones de ambas Universidades, donde, existía una norma reglamentaria de idéntico detalle al artículo 66 del Reglamento de elecciones de la ULA, y, que fue dictada el 07 de julio de 2008, a través de la Sentencia Núm. 103.

Ahora bien, aunque, la sentencia Núm. 103 del 07 de julio de 2008 de la SE-TSJ es loable, en vista de que considera, que varios de los artículos del Reglamento Electoral de LUZ contrarían la LU, propiamente su artículo 66, y, que por supuesto, tiene carácter vinculante para las Universidades, la parte recurrente a la Resolución de la comisión electoral de 16 de julio de 2008: Patricia Rosenzweig Levy exigía la aplicación del contenido de la sentencia Núm. 103 de la SE-TSJ con la determinación del número de representantes estudiantiles sólo dependerá de cuantos miembros del personal docente y de investigación integren el Claustro Universitario o la Asamblea de Facultad, y no de cuántos estudiantes participen es la escogencia de sus representantes, a los fines, de reforzar su posición jurídica, frente a la errónea aplicación de la norma reglamentaria por la ULA.

Cabe decir, que no obstante la anterior situación, que la CE-ULA tenía conocimiento de la sentencia emitida por la SE-TSJ de fecha 07 de julio de 2008, donde procedía a resolver el recurso de interpretación legislativo de los artículos 30 y 53 de la LU, que la CE-ULA acabó aplicando inconstitucional y mecánicamente, el artículo 66 del reglamento de la ULA.

Ahora, con respecto a la referida sentencia Núm. 103, debe indicarse que ella fue dictada el 07 de julio de 2008, esto es, posterior a la elección universitaria cuyos actos impugnaba la Profesora recurrente Patricia Rosenzweig Levy, y, que en ese sentido, debían apreciarse los siguientes aspectos:

1.-El criterio establecido por la Sala Electoral no puede ser aplicado de manera retroactiva, porque ello lo prohíbe el artículo 24 constitucional que contempla la garantía constitucional de la irretroactividad de los actos estatales. En este caso no aplica la excepción, porque rompería la igualdad de los candidatos en el mismo proceso electoral.

2.- En todo caso, que si el máximo órgano de la ULA (el Consejo Universitario), decide acogerse al criterio establecido por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, deberá hacerlo tomando en cuenta lo establecido en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) que prohíbe claramente, que la nueva interpretación, sea aplicada de manera retroactiva.

De acuerdo a lo antes señalado, la Comisión electoral declaraba improcedente la solicitud de la Profesora, donde requería que la Comisión electoral, modificara el criterio interpretativo y de aplicación de lo dispuesto en los artículos 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69 y 70 del Reglamento electoral de LUZ, aplicando la nueva interpretación al proceso electoral ya efectuado en fechas 4 y 11 de junio de 2008, en la ULA.

De tal manera, que la Comisión electoral avalaba la fórmula contenida en el artículo 66 del Reglamento Electoral de la ULA, y negaba la aplicación del criterio adoptado por la SE-TSJ, a través de la sentencia Núm. 103 del 07 de julio de 2008, apoyándose incorrectamente en el principio de irretroactividad de las leyes preceptuado en el artículo 24 de la Constitución de Venezuela de 1999, que en todo caso, ésta universidad podía revocar ante la mediación efectiva de un recurso administrativo ante la máxima autoridad de la ULA, que se pronunció posteriormente a la fecha de la sentencia Núm. 103 de la SE-TSJ.

Sin embargo, la Sala Electoral a través de la Sentencia Núm. 84 del 19 de julio de 2000, ya se había referido a la determinación del porcentaje respectivo a la representación estudiantil, de la manera siguiente:

Pasa la Sala a analizar si efectivamente el porcentaje previsto en el numeral 2 del artículo 30 de la Ley de Universidades para la representación estudiantil ante el Claustro Universitario, esto es, el veinticinco por ciento de los miembros del personal docente y de investigación que integran dicho Claustro, se respeta en las normas reglamentarias impugnadas por el recurrente. En efecto, la Ley de Universidades establece un sistema de representación de los estudiantes que integrarán el Claustro en la proporción mencionada respecto a los profesores. Por otra parte, un análisis detenido de las normas cuestionadas del Reglamento, evidencia que las mismas respetan la representación estudiantil fijada por la Ley de Universidades para la composición del Cuerpo Electoral, es decir, que es numéricamente igual al veinticinco por ciento de los profesores que integran el Claustro, aun cuando instituye una fórmula que el Reglamento denomina ‘representación estudiantil virtual’.

El respeto del Reglamento ejecutivo electoral por la proporción establecida para la representación estudiantil en el claustro universitario previsto en el artículo 30.2 de la LU, queda demostrado con los siguientes ejemplos, de acuerdo a la sentencia arriba aludida:

En fin, los anteriores ejemplos de aplicación del Reglamento de Elecciones demuestran que si bien delinea un procedimiento de primer grado, como quedó dicho, que a la luz de la Constitución de 1999, no puede contrariarla, en lo que respecta al porcentaje de alumnos que debe integrar el Claustro Universitario, en nada modifica o lesiona el previsto en el artículo 30, numeral 2 de la Ley de Universidades, esto es, el veinticinco por ciento (25%) de los miembros del personal docente y de investigación que integran dicho Claustro. Así se declara.

No obstante, la CE-ULA aplicó una normativa reglamentaria en franca negación del artículo 30.2 LU, y básicamente, frente a los criterios jurisprudenciales de la SE-TSJ, que marcan la pauta explicativa de las normativas de elecciones en Venezuela. Aunque también de una interrogante de suma importancia: de si el incumplimiento de un criterio jurisprudencial de alguna Sala del TSJ puede ser motivo para creer como nulo un acto administrativo.

En este sentido, la parte afectada por la decisión de la CE-ULA con motivo al recurso administrativo insertado, decide acudir ante la SE-TSJ por medio de la interposición de un recurso contencioso-electoral, a los fines de conseguir la nulidad de la resolución de la ULA, con relación al resultado electoral desfavorable.

El 04 de marzo de 2008, la SE-TSJ a través de la sentencia Núm. 25 decide el fondo del asunto, declarando la nulidad de la Resolución de la CE-ULA conjuntamente con el artículo 66 del reglamento de elecciones ULA. Y cabe subrayar, que en ningún momento, la parte recurrente solicitó la nulidad del reglamento ejecutivo universitario. De tal modo, que la Sala Electoral consumó un exceso –extrapetita- a la garantía constitucional procesal de la Tutela Judicial Efectiva por la falta de conexión, entre lo solicitado, y lo decidido.

En vista de eso, la Oficina de Consultoría jurídica de la ULA interpuso un recurso de revisión constitucional ante la SC-TSJ a los fines de cuestionar la decisión de la SE-TSJ. Y la SC-TSJ constataría el efectivo cumplimiento de los presupuestos procesales de dicho recurso de revisión, que finalmente daría pie para conocer del caso de la sentencia Núm. 25 de la SE-TSJ que sería declarado parcialmente con lugar, en cuanto al punto de la nulidad del artículo 66.

2. La Potestad Reglamentaria en el Sistema de Fuentes Normativo-venezolano

Desde el punto de vista práctico, es relativamente sencillo hallar el basamento de la potestad reglamentaria en Venezuela, en virtud de que resulta casi imposible para un Parlamento asumir la totalidad de la tarea normativa en un Estado. Peña (2004: 527):

Y mucho menos prever, todas las circunstancias que se puedan presentar en la ejecución de la Legislación, máxime cuando la técnica legislativa impone que las Leyes sienten principios los generales, correspondiéndole a la Administración Pública el establecimiento de todos los requisitos, las circunstancias, detalles, etc, que conduzcan a su mejor aplicación, lo que a su vez, supone una notable ventaja, en razón de que el procedimiento reglamentario es expedito y rápido, frente al lento y complejo del legal.

De tal modo, que permite hacer las modificaciones, que aconseje el contexto socio-económico que sirva de marco a la ejecución. La potestad reglamentaria incumbe como regla general a los poderes ejecutivos. Sin embargo, el Ministerio Popular de la Defensa y el CNE gozan de una potestad reglamentaria especial y privativa en materia de armas de guerra, y en materia de elecciones y referéndums, respectivamente.

No obstante, dada la especial naturaleza jurídica de ciertas instituciones estatales como las Universidades Públicas Autónomas que se hallan descentralizadas funcionalmente a los efectos de la LU, estos consiguen por medio de esa Ley, el reconocimiento de la autonomía universitaria como garantía institucional específica de la libertad académica de los profesores, impidiendo la intromisión directa del Poder Ejecutivo con su potestad administrativa normativa en la restricción de dicha libertad por medio de los reglamentos.

Cabe decir, que el reglamento de análisis es un reglamento ejecutivo de conformidad con el artículo 26.17 de la LU: “Son atribuciones del Consejo Universitario: 17. Reglamentar las elecciones universitarias de conformidad con esta Ley y su Reglamento, y nombrar la Comisión Electoral que organizará dicho proceso.” Dicha potestad reglamentaria ejecutiva queda expresa, y jurídicamente asignada, a las Universidades Públicas Autónomas, a los fines de complementar los aspectos técnicos de esa autonomía universitaria reconocida en la Constitución como una garantía institucional implícita de los procedimientos electorales universitarios, y, que queda circunscrita sustantivamente en la noción de la autonomía universitaria definida en los términos de la Ley de Universidades de 1970.

En vista de esto, los Reglamentos ejecutivos según Garrido (1989: 137) “son aquéllos actos normativos dictados por la Administración o el Gobierno para ejecutar una Ley preexistente, o para desarrollar los preceptos de una Ley anterior,” y es así, en vista de que la LU consiente a cada una de las Universidades una potestad reglamentaria especial, propia y diferente en cada uno de los aspectos, que puntualmente estipula la referida Ley.

Así, los reglamentos ejecutivos deben definir, detallar, especificar, explicar, puntualizar, complementar, desplegar una interpretación secundum legem la ley reglamentada según el principio de complementariedad, pero la función administrativa-reglamentaria debe ejercerse sin alterar el espíritu, propósito y razón de la ley reglamentada. Lares (2001: 83) “Cada Reglamento Ejecutivo es el complemento de determinada Ley...y al hacerlo, el Poder Ejecutivo está obligado a respetar el espíritu, propósito y razón de la Ley Reglamentada.” Surgiendo una garantía constitucional esencial para dicho Estado de Derecho, como la Reserva Legal, que sustantivamente, queda delimitada como un obstáculo jurídico competencial impuesto expresamente al Poder Público Ejecutivo Nacional en su función administrativa-normativa, de regular materias que constitucionalmente solo puede regular normativamente el Poder legislativo Nacional.

El Tribunal Constitucional Español en fecha del 24 de julio de 1984 dice:

Éste principio de la reserva legal entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa únicamente de la voluntad de sus Representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del Poder Ejecutivo, y en efecto, de sus productos normativos propios, que son los Reglamentos.

Santamaría Pastor (1991: 98) sostiene:

Que en la actualidad, la técnica de la reserva legal es una garantía del Parlamento frente al Gobierno, pues impide que éste por vía de la reglamentación llegue a anular la competencia legislativa del Parlamento, máxime si se tiene en cuenta que el Poder Ejecutivo tiene casi la totalidad de la iniciativa legislativa...

Los reglamentos ejecutivos no pueden crear infracciones ni sanciones, ni establecer excepciones no estipuladas en la ley que desarrolla: artículo 10 LOPA. Araujo (2007: 224) sostiene: “los Reglamentos no pueden establecer limitaciones de los Derechos y Garantías Constitucionales, ya que éstos son de reserva de ley, ni constituir delitos

ni sanciones; ni tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales, o patrimoniales de carácter público.” En el presente caso, si bien el acto administrativo de la CE-ULA amplía la esfera jurídico-subjetiva del Prof. Manuel Dagert B., simultáneamente, desmejora la esfera jurídica-subjetiva de Patricia Rosenzweig Levy, pues dicha ecuación aplicada en los términos del reglamento ejecutivo de la LU restringe considerablemente el derecho político de ser electa mediante el voto. De ahí, que el acto administrativo de la CE-ULA sea un acto bifronte.

En vista de lo anterior, surge el artículo 13 LOPA, que apunta como ningún acto de carácter particular podrá vulnerar lo establecido en normas de carácter general. La justicia venezolana sostiene que la anterior norma cristaliza un principio general del Derecho, que acarrea la nulidad total del acto administrativo de efectos particulares, y que dentro del Estado de Derecho, ésta garantiza la coherencia del sistema normativo. Tanto es así, que la SPA-CSJ mediante sentencia del 14-08-1990 sostuvo, que hay 2 teorías que apoyan muy bien la anterior norma, y, posición jurisprudencial: la teoría de la igualdad y de la norma objetiva.

La primera tesis dice, que al artículo 13 LOPA refleja el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, lo hace en función de la igualdad jurídica ante la ley, en razón de que, si la regla objetiva de Derecho establece las consecuencias para un supuesto de hecho en concreto, no podría nunca la ULA instituir un trato discriminatorio; que viene siendo capitalmente, la situación existente con el presente caso, frente a lo dispuesto por la LU. La segunda tesis expone, que el reglamento es una norma objetiva como cualquier ley, que por tanto, el reglamento forma parte del bloque de la legalidad, que vincula a la Administración Universitaria con su CE-ULA. De tal manera, que Gordillo (VII-24) “Es principio general que siempre debe prevalecer el reglamento anterior sobre el acto individual posterior.”

De modo, que el acto administrativo electoral es ilegal por violar claramente la LU, aunque sea conteste con el reglamento; e inconstitucional por violar expresamente la Constitución, porque el acto electoral lesiona un derecho constitucional político que según el artículo 25 constitucional involucra su nulidad de pleno derecho; y que según el artículo 62 Constitucional su configuración, delimitación y limitación, pertenece al Poder Legislativo.

A la par, Brewer-Carías (2005: 26) “Asimismo, los actos administrativos están sometidos a las leyes ordinarias y a los reglamentos; y así sucesivamente.” Además, Brewer-Carías (2005: 31) dogmatiza “...los actos de carácter sub-legal están sometidos no sólo a la Constitución, sino a la Ley, el Reglamento y las otras fuentes del Derecho, y por eso es que su control corresponde a la Jurisdicción Contenciosa-Electoral.”

3. La Nueva Limitación de la Potestad Reglamentaria, en *Materia Electoral*

Hay que entender, que la Constitución de 1999 según su artículo 7 instituye a la supremacía constitucional formal-material, como garantía jurídica del orden normativo venezolano, y, que en el sistema jurídico graduado de distintas fuentes del Derecho, diseñado en la Constitución, ésta es la fuente máxima, pero a su vez, es la que crea al resto de las demás fuentes. De tal modo, que a secas, son fuentes del Derecho, las definidas en la Constitución, y, una que otra especificada en las leyes administrativas especiales, como la LU con los reglamentos de las Comisiones Electorales, como fuentes del Derecho Electoral.

Si bien es cierto, que en el Derecho Constitucional moderno como rama del Derecho Público, estudia al Estado de Derecho con sus respectivas garantías frente a la viabilidad política de la referida sociedad, el orden normativo y los Derechos Humanos, el Derecho Constitucional también estudia el Estado Democrático en las sociedades modernas, y termina configurando garantías jurídicas propias para el aseguramiento de los derechos políticos, que incluso, convergen con las garantías propias de un Estado de Derecho, donde finalísimamente, el Estado Democrático, queda condicionado por los lineamientos de un Estado de Derecho.

Una buena prueba de lo arriba afirmado, es la supremacía constitucional en la transparencia de los procesos electorales, pues el artículo 62 Constitucional dice, que las restricciones a los derechos políticos pueden realizarse, únicamente, según una norma legal formal dictada por la autoridad constitucionalmente competente. Convirtiéndose la reserva legal, electoral, en una garantía constitucional alineada por el ordenamiento constitucional según el artículo 7, y luego, por la separación de poderes horizontal, constitucionalizada en el artículo 136, y que luego

termina perfeccionándose según el artículo 187.1 al decir, que la Asamblea Nacional es el órgano constitucional encargado de regular los derechos políticos, en cualquiera de los ámbitos posibles.

Pero para reafirmar mucho más, lo arriba señalado, y como consecuencia, de la supremacía constitucional formal y de la separación de los poderes horizontal, el artículo 293.1 Constitucional de 1999 fortifica, endurece, robustece, la descentralización de las potestades reglamentarias desde el seno del Poder Ejecutivo Nacional según la Constitución de 1961, a un nuevo Poder Electoral enmarcado en la Constitución de 1999, pero autónomo e independiente, en la regulación de los derechos políticos, siempre que la actividad normativa reglamentaria atribuida de una manera monopólica al Consejo Nacional Electoral como órgano superior del Poder Electoral, complementa detalladamente la regulación legislativa sin alterar el espíritu, propósito y razón de la Ley Electoral o Referendaria, correspondiente.

Lo anterior refleja de una forma sutil también, que la ley electoral o Referendaria referida, instituyen los únicos condicionantes y límites a los derechos electorales. No hay limitación administrativa que no pueda tener asidero legal, pues no será legítima, de conformidad con el principio jurídico de legalidad electoral, como garantía anexa de los procedimientos electorales, en vista de que según el propio Moles (1957: 260) “el Estado de Derecho implica la necesaria sumisión de todas las actuaciones de los órganos del Estado al ordenamiento preestablecido.”

Entonces la supremacía constitucional como dogma, tanto formal como material, y la referida separación de poderes horizontal, acaban convirtiéndose en garantías de los procedimientos electorales, porque los Poderes Públicos constituidos deben respetar el mandato constitucional de restringir los derechos políticos según la ley. Pero además, la separación de poderes acaba convirtiéndose en garantía jurídica institucional real de los procedimientos administrativos electorales por arrebatar un ámbito material reglamentario indefinido y cuestionado del Poder Ejecutivo Nacional de la Constitución de 1961, como el electoral. No podía ser, que el Poder Ejecutivo tuviere la potestad reglamentaria de la materia electoral, ya que la titularidad de dicho poder por parte del Presidente Ejecutivo reunido en Consejo de Ministros podía prestarse para abusos que ayudaren a candidatos de su misma tola política, o de su preferencia, sin importar el color político respectivo.

En vista de la situación anterior, a partir de la entrada en vigencia inmediata de la Constitución de 1999, los procedimientos administrativos electorales obtienen un plus de protección efectiva ante la antigua Constitución de 1961. Pues además, el Poder Electoral con su entera arquitectura jurídico-institucional, puede ser tan sólo sujeta por la Asamblea Nacional, mediante una Ley Orgánica Formal, que requiere de una votación mínima de los 111 Diputados de la Asamblea Nacional, donde, la materia queda vedada para el Poder Ejecutivo Nacional, conforme con la garantía de la reserva legal-orgánica robustecida del artículo 203, frente a la simple reserva legal-ordinaria. De tal manera, que el Poder Ejecutivo no puede regular los otros Poderes Públicos, ni los derechos políticos, de diferente tipo.

Pero además, el aparte único del artículo 293 Constitucional expone “...los órganos del Poder Electoral garantizarán la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional.” Erigiéndose desde un punto de vista Constitucional, a las autoridades electorales encabezadas por el Consejo Nacional Electoral, no sólo, como un árbitro o institución de control, fiador de la legalidad de los procedimientos administrativos electorales, sino como una institución garante de la efectividad de los derechos constitucionales políticos. Como un muy buen engranado aparato estatal, confiado de proteger la legitimidad representativa de los cargos de elección popular ante los electores de la sociedad, con el argumento del voto, que es el medio jurídico constitucionalmente adecuado para ejercer la soberanía, y de generar la confianza, y la credibilidad necesaria para crear un ambiente propicio para la democracia y el Estado de Derecho.

De hecho, la SC-TSJ por sentencia Núm. 3098 del 12-12-2004 (Caso Nulidad Artículo de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz) señala:

Así, la actividad de contenido electoral es una manifestación del ejercicio de la función administrativa, en concreto, de la actividad administrativa de policía (*latu sensu*) o de control y supervisión, a través de la cual se despliegan distintas actuaciones que se formalizan

mediante procedimientos administrativos, y, que están dirigidas a la garantía y control del efectivo, y correcto ejercicio de los Derechos Políticos, que individual o colectivamente, reconoce la Constitución, así como el respeto a los Derechos Políticos de los demás.

Sin olvidar, que el artículo 298 Constitucional establece expresamente “que las Leyes Electorales no podrán modificarse con anterioridad a los seis meses de la fecha del acto electoral.” Erigiéndose constitucionalmente otra garantía jurídica de los derechos políticos, y que es equivalentemente oponible a los titulares de la potestad administrativa reglamentaria electoral, entiéndase el CNE, o las Universidades.

De tal modo, que semejante norma constitucional constituye, un límite jurídico temporal preciso a la potestad normativo-legislativa de la Asamblea Nacional en materia de derechos político-electorales, que es igualmente asimilable para los titulares de la potestad administrativo-reglamentaria, que augura un clima de seguridad jurídica, tanto para los candidatos, como para los mismos electores, ante la eventualidad de un cambio brusco de las reglas, o requisitos electorales.

Ahora bien, la LU conforme con su previsión normativa del artículo 30.2, manda a totalizar los resultados de los votos escrutados en las elecciones universitarias según un método de cálculo sumamente expreso, que es taxativo, preciso e imperativo, y que incumbe cumplir a las autoridades sin excepción. Las Universidades están bajo la LU, y sus acciones estarán sometidas a sus previsiones.

En este sentido, los reglamentos universitarios, ejecutivos, parciales, como en éste caso, la ULA, no pueden oponerse a su ley de sostén. Tampoco, la idea es repetir literalmente sus previsiones normativas, pero en el caso objeto de análisis, y a los efectos de la norma constitucional que funda la potestad reglamentaria, la Comisión debía puntualizar de una manera técnica el significado de las variables matemáticas contenidas en el artículo 30.2 de la LU, a los fines de desarrollar el significado de la ecuación de carácter matemático comprendida en esa disposición legal. Esa era la efectiva función de la CE-ULA, a los efectos del derecho electoral universitario.

Sin embargo, la CE-ULA ejecutó excesos reglamentarios frente a la LU, hasta tal punto, que las previsiones regulativas del presente reglamento universitario, cambiaban el auténtico sentido matemático de las diferentes variables que eran encarnadas, para computar los resultados de dichos votos escrutados por profesores y alumnos en la elección, trayendo como consecuencia, que el efecto del ejercicio de la potestad totalizadora adjudicare la victoria, a un candidato diferente según la misma ley.

Así como, en el derecho administrativo sancionador incumbe al legislador nacional la creación exclusiva de los tipos infraccionales, y sancionadores; así como en el derecho tributario incumbe al legislador nacional la creación exclusiva de los tipos tributarios: impuestos, tasas y contribuciones parafiscales; a nivel de la definición de la creación de la infracción-sanción-administrativa y de los tributos, a los titulares de la potestad reglamentaria atañe definir los aspectos técnicos necesarios para perfeccionar el régimen jurídico de las infracciones-sanciones, y de los diferentes tributos, pero sin nunca modificar, la esencia de aquello dispuesto por el legislador como una multa, o una clausura del establecimiento comercial; o el sujeto activo recaudador de un impuesto, o el sujeto pasivo pagador del impuesto, o el instante de verificación de su puntual hecho imponible, o su base imponible, o el momento de su pago al sujeto activo de la obligación tributaria, o el procedimiento tipo contable a utilizar para cuantificar la exactitud del tributo.

En el presente caso, la LU especifica las diversas variables envueltas en el procedimiento técnico de cálculos de los votos escrutados por Profesores y Alumnos según el orden lógico-matemático descrito en el artículo 30. Entonces, la Comisión no puede cambiar la ecuación matemática prevista en la ley colocando nuevas variables, ni eliminar las variables ya colocadas en ese orden lógico instituido, ni cambiar los signos matemáticos, ni el orden de las distintas variables envueltas en la referida ecuación matemática. A lo sumo, la CE-ULA como reglamentista, tan sólo podía aclarar el significado de las varias variables contenidas en la ecuación tipificada expresamente en la Ley, a los fines dilucidar el sentido de lo dispuesto matemáticamente en términos claros y sencillos para los intérpretes.

Justamente, la Comisión cometió un exceso regulador, pero no inconsciente, *ni pueril*. El exceso reglamentario pecado por la descrita Comisión fue consciente, en vista de la modificación sustancial del sentido técnico del orden de las variables de la ecuación del 30.2 de la ley; el exceso reglamentario podía calificarse de fraudulento, en vista de que ordenaba totalizar los votos escrutados en la elección siguiendo un procedimiento totalmente diferente al previsto en artículo 30.2 de la Ley; y el exceso reglamentario era notorio, en vista de que cambiar la ecuación matemática dispuesta en el artículo 30.2 de la Ley, traería un cambio automático en el efecto jurídico en la aplicación de la LU. En conclusión, el nuevo régimen jurídico reglamentario liaba un cambio sustancial a lo dispuesto por la Ley.

Naturalmente, que los anteriores razonamientos pueden considerarse como un mecanismo fraudulento de los distintos procedimientos administrativos electorales de tipo universitario, en vista de que la inconstitucional, e ilegal reglamentación de dichas variables matemáticas, genera poca transparencia en el proceso electoral referido por cambiar las reglas del juego electoral entre candidatos. Reglamentar una ley electoral -si puede decirse así de la Ley de Universidades- cambiando las reglas electorales vigentes por un mecanismo, que según al orden escalonado de fuentes del Derecho Universitario venezolano, es contrario a la Constitución. Obviamente, tendrá que traer alguna secuela jurídica, como la antijuridicidad del Reglamento, así como de los actos administrativos de totalización, adjudicación y proclamación de la Comisión para el Profesor Dager.

Y, he allí, la necesidad, de considerar forzosa instituir de forma expresa una ecuación matemática electoral con una futura reforma a la Ley de Universidades; erigir, el nacimiento de una nueva garantía de los procesos electorales como la reserva legal electoral con el fin de proscribir, que los referidos titulares de las diferentes potestades reglamentarias de las leyes electorales –entre ellas las universidades-, puedan cambiar las reglas electorales que previamente el legislador instituyó, como único órgano constitucional auténtico para regular, delimitar, y restringir los derechos políticos del cuerpo electoral correspondiente.

4. Revisión a la Sentencia Núm. 25 del 04-03-2009: Deficiencias de la Sentencia SE-TSJ

Ahora bien, el estado constitucional de derecho envuelve la necesaria sumisión de todas las actuaciones de los órganos del Estado al sistema jurídico preestablecido, que no se halla compuesto sólo por la misma Constitución y las leyes, sino por el conjunto de reglamentos y otras normas dictadas por las autoridades competentes.

De ello, para Moles (1974: 36) “el principio de legalidad, que en relación con los órganos de la Administración Pública les impone la obligación de actuar con arreglo a lo establecido en la Ley y las otras normas jurídicas que regulan su actividad.” Donde, la idea del Estado de Derecho implica la indispensable previsión de garantías de control judicial a los efectos de asegurar la sumisión de los órganos del Estado al Derecho, a cuyo efecto el Constituyente 1999 instauró, a varias autoridades judiciales confiadas de materializar el valor justicia, de acuerdo a varios criterios jurídico-materiales envueltos en el contenido regulador de disímiles actos estatales: justicia constitucional, justicia administrativa, justicia electoral.

Sin embargo, es de especial valor destacar una competencia de naturaleza procesal contemplada en el artículo 5, Párrafo 1:22 de la LOTSJ del 20-05-2004, que aparece redactada de un modo idéntico, al artículo 25.10 de la anterior LOTSJ del 29-07-2010, que contempla:

Son competencias de la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia: Revisar las sentencias definitivamente firmes que sean dictadas por los Tribunales de la República, cuando éstos hayan desconocido algún precedente jurisprudencial dictado por la Sala Constitucional; o, efectuado una indebida aplicación de una norma o principio constitucional; o, producido un error grave en su interpretación; o, por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales.

De igual modo, el artículo 25.11 de la LOTSJ amplía el contenido competencial de la Sala Constitucional al decir:

Son Competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: Revisar las Sentencias dictadas por las otras Salas que se subsuman en los supuestos que señala el numeral anterior, así como la violación de principios jurídicos fundamentales que estén contenidos en la Constitución de la República, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o cuando incurran en violaciones de Derechos Constitucionales.

En ambos casos, la referida SC-TSJ ve aumentada sus poderes decisivos revisorios frente a cualquier instancia tribunalicia del Poder Judicial venezolano, siempre que ello suponga una reducción de la eficacia del ordenamiento constitucional de 1999, y esto, a su vez, de los criterios jurisprudenciales de la Sala Constitucional del TSJ, que desde la perspectiva de la validez, eficacia y vigencia, supone una parte plena del ordenamiento constitucional de 1999 con un carácter vinculante para cualquier poder público constituido del Estado y los administrados el artículo 335 constitucional, buscando ante todo, la uniformidad interpretativa y aplicativa del sistema constitucional 1999 y de los tratados de derechos humanos, que además, es una pauta del artículo 23 constitucional y de la sentencia Núm. 1077 del 22-09-2000 de la SC-TSJ: Caso Servio Tulio León.

El sistema constitucional dispone de un conjunto de mecanismos de control de la juridicidad de actuaciones estatales de Poderes Constituidos como el Poder Judicial. Y el recurso de revisión constitucional que puede conocer la SC-TSJ, funda uno de los métodos fundamentales para combatir tanto la incompatibilidad de cualquier actuación de rango inferior, como la falta de coherencia de los criterios argumentativos de los tribunales inferiores frente a lo dicho por la SC-TSJ al momento de decidir. Una buena prueba son las sentencias Núm. 1312 del 2000, Núm. 33 del 2001 y Núm. 192 del 2001, todas de la SC-TSJ.

En el presente caso, el hecho configurador de la revisión extraordinaria conforme a las sentencias ut supra no es el mero perjuicio, sino que, además: 1) se verifique una ignorancia absoluta de algún precedente dictado por la SC-TSJ; 2) la indebida aplicación de una norma constitucional; 3) un error grotesco en su exégesis o; 4), su falta de aplicación, lo cual se justifica en el hecho de que en los recursos de impugnación existe una presunción de que los jueces en su jurisdicción, actúan como garantes iniciales de la Constitución.

De tal modo, que sólo cuando esa presunción logra ser desvirtuada, es que procede, la investigación de la sentencia. Todo de conformidad con la sentencia de la SC-TSJ Núm. 2957 del 14-12-2004, Caso Margarita de Jesús Ramírez.

La sentencia Núm. 168 del 28-02-2007 de la SC-TSJ fue clara con relación al contenido esencial de la garantía constitucional procesal de la tutela judicial efectiva, cuando ésta puntualiza la profunda conexión lógica de una motivación sucinta, pero razonable, de cualquier sentencia, con la finalidad de impedir un estado de indefensión indeseado para las partes procesales. Pues no basta la existencia de una motivación, ya que la garantía de la tutela judicial efectiva impone que las sentencias sean congruentes. Y la congruencia, que puede ser violada tanto por el fallo en sí mismo, como por la fundamentación, no se halla alineada con las pretensiones incoadas por la parte impugnante a través de su recurso contencioso electoral.

De allí, que dicha reivindicación lógica e hilada de los argumentos legitimadores de las sentencias, se halle vulnerada, cuando se produzca un desajuste, o mejor dicho, un desfase, entre la sentencia y los términos en que las partes exponen sus pretensiones, al conceder más, menos, o, una cosa distinta de lo pedido. Y dicha falta de congruencia por parte de la SE-TSJ, acaba siendo activa, en vista de que terminó ejecutando un pronunciamiento expreso para la parte recurrente, que nunca fue, la ausencia u omisión de un pronunciamiento que era necesaria incorporar en la decisión definitiva.

Dicha falta de correspondencia lógico-argumentativa entre lo invocado en el recurso contencioso electoral con la sentencia Núm. 25 del 04-03-2009 de la SE-TSJ, causa una violación de la garantía adjetiva del debido proceso, la defensa y de ser oído de la ULA en el juicio electoral. Cabe decir, que ya la SC-TSJ por medio de la sentencia Núm. 1340 del 25-06-2002 fija el criterio de que "...quien estando obligado a decidir de acuerdo con lo solicitado, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia (artículo 243, numeral 5, del Código de Procedimiento Civil), procedió a declarar algo distinto a lo reglado en la ley."

Incluso, para complementar lo arriba mencionado, la SC-TSJ por medio de la sentencia Núm. 1.068 de 2006 dice lo siguiente:

La función jurisdiccional es una actividad completamente reglada, que debe adecuarse a ciertos parámetros interpretativos estatuidos de manera previa y formal por el Legislador, donde la aplicación indefectible por el juzgador de ciertas consecuencias jurídicas se impone, ante determinados presupuestos de hecho (...). Esta actividad reglada previene fórmulas de actuación para la magistratura en virtud de la cual, si bien el Juez dispone de la posibilidad de emitir juicios de opinión que obedezcan a su particular manera de comprender las situaciones sometidas a su conocimiento, y posee un amplio margen interpretativo, debe, sin embargo, ceñirse en su actividad decisoria a los postulados legales que regulan tal actividad. En este sentido, se advierte como el ordenamiento jurídico encaja disposiciones normativas dirigidas especialmente a la actividad de juzgamiento.

Las anteriores reflexiones se fundamentan jurídicamente en los artículos 15, 243.5 y 244 del Código de Procedimiento Civil (CPC), cuando instituyen:

Artículo 15. Los Jueces garantizarán el derecho de defensa, y mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, *sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una*, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos *extralimitaciones* de ningún género.

Por supuesto, que no puede obviarse el artículo 243.5 que estipula:

Toda sentencia debe contener: 5° Decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia.

Y mucho menos, el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil:

Será nula la sentencia por faltar las determinaciones indicadas en el artículo anterior; por haber absuelto de la instancia; por resultar la sentencia de tal modo contradictoria, que no pueda ejecutarse o no aparezca qué sea lo decidido; y cuando sea condicional, o contenga *Ultrapetita*.

En este sentido, y en el marco de la decisión judicial parcialmente transcrita, la SC-TSJ según decisión Núm. 912 del 04-06-2008 (Caso Procuraduría General de la República), se pronuncia acerca del vicio de ultrapetita y la sujeción del juez administrativo a la pretensión esgrimida en el libelo, estableciendo lo siguiente:

En cuanto la indemnización acordada en el punto tres (3) del dispositivo de la sentencia dictada en el cual ordenó al pago de los salarios dejados de percibir hasta el momento en el cual se cause de manera efectiva la jubilación del recurrente ciudadano Omar Arenas Candelo, incluyéndose los aumentos salariales que se produjeron durante el lapso transcurrido desde la fecha efectiva de su retiro hasta la publicación de la sentencia así como el pago de la prestación de antigüedad; observa esta Sala que dicha indemnización nunca fue solicitada, pues, como se señaló, el recurrente no solicitó la condena pecuniaria de la Administración, por ende, a dicha Sala Accidental le estaba vedado actuar como si de un recurso de plena jurisdicción con facultad de condena se tratase.

El criterio transcrito evidencia la sujeción de los jueces administrativos a la pretensión de las partes procesales, porque en primer término el carácter subjetivo de la justicia electoral, según la cual, éstos no tiene una función exclusivamente contralora de la legalidad, sino que protege las esferas subjetivas de los administrados robusteciendo la tutela procesal de sus derechos subjetivos e intereses legítimos, directos y secretos.

Y de allí, que para invocar la referida defensa a su esfera jurídico-subjetiva, los impugnantes deban cumplir con las sucesivas cargas procesales: 1) alegar la ilegalidad cuya declaración se intenta (sin quiebra de la matización del principio *iudex iudicare secundum allegata partium*) y la consecuente posibilidad del Juez de declarar la nulidad del acto administrativo impugnado por motivos no alegados, siempre que éstos sean de un estricto orden público (nulidad absoluta, o de pleno derecho); 2) De ser el caso, probar los alegatos, lo cual, a todo evento, depende del vicio alegado y de la carga de prueba que recaiga sobre el mismo; 3) Invocar el resarcimiento del perjuicio sufrido por la actuación que se denuncia como claramente lesiva; y 4) Cumplir con las cargas procesales relativas a la sustanciación del procedimiento, a los fines de llegar a estado de decisión y obtener una sentencia sobre el mérito del asunto. Pero, el Reglamento dictado por la CE-ULA no es un acto administrativo.

En segundo término, el juzgamiento anulatorio se desarrolla dentro de los límites que son planteados en las acciones incoadas a consecuencia del principio legitimidad que informa la actuación del Poder Público (incluso la normativa, y dentro de ella, de la reglamentaria), según el cual, la actuación estatal goza de una presunción *iuris tantum* que permite observarla como emitida conforme a derecho, lo cual, da lugar, a que quien pretende desvirtuar dicha legitimidad, deba ejercer las acciones que el ordenamiento jurídico establece, y seguir un procedimiento en el cual se demuestre la colisión de la actuación impugnada con los parámetros constitucionales y legales que debieron informarla.

En tercer lugar, el progreso de la función jurisdiccional, da lugar, por regla general, a situaciones jurídicas de segundo grado (las situaciones de 1º son, en principio, y salvo las sentencias constitutivas aquellas previamente creadas entre particulares, o por el desarrollo de la actividad administrativa o la ley), las cuales, por imparcialidad e igualdad, sólo inician a instancia de parte o a solicitud de los órganos encargados del ejercicio de ciertas acciones.

En cuarto lugar, el principio jurídico de la no discriminación imputa a los Jueces abstenerse de iniciar un juicio anulatorio de oficio, pues si éste iniciare ante una situación de hecho determinada y frente a un justiciable en concreto, no sólo éste estaría prejuzgando contra la presunción de legitimidad, sino que por igualdad, debería hacerlo con todos los que pudieran estar en la misma ocurrencia, lo cual, resultaría, lesivo del carácter subjetivo a que se hizo referencia con anterioridad.

Con apoyo en lo expuesto, y sin menoscabo del imperativo-facultad que tienen los órganos jurisdiccionales de desaplicar, por el control difuso de la constitucionalidad, la normativa, que para un caso concreto, pudiera colidir con la Constitución, la nulidad de los actos susceptibles de control contencioso electoral, no puede declararse de oficio por los jueces, sino a instancia de parte, y por ende, según el principio jurídico dispositivo en lo tocante a que los actos capaces de control contencioso electoral, son aquellos que el justiciable ha determinado en la solicitud de nulidad, únicamente.

En tal contexto, la sentencia de la Sala Electoral que fue objeto de revisión por la SC-TSJ, emitió la nulidad parcial del artículo 66 del reglamento electoral de la ULA, en lo que respecta al factor determinante de la representación estudiantil ante el claustro universitario, bajo la premisa de que el mismo colide con lo indicado en el artículo 30.2 de la Ley de Universidades, y que tal declaratoria, resultaba determinante para resolver la acción de nulidad incoada contra la resolución dictada por la CE-ULA el 16-07-2008, que declaró sin lugar el recurso administrativo contra los actos administrativos de instalación, votación, escrutinio, totalización, adjudicación y proclamación de las elecciones para Vicerrector académico. Pero de una manera desconectada por la congruencia procesal, sin olvidar, nuevamente, que, el juez electoral, no puede nunca de oficio pronunciarse sobre la nulidad de un reglamento, que no fue alegado por la parte recurrente.

Sobre el particular, es necesario advertir, en primer lugar, que la referida norma reglamentaria no había sido impugnada, y al mismo tiempo, que la indagación de su validez, contrariamente a lo afirmado por la SE-TSJ, no es consustancial a la solución del caso planteado, pues, bastaba verificar la resolución impugnada con el artículo 30 de la LU, para entonces, comprobar que la elección del Vicerrector Académico resultaba ilegal, no por ausencia de base legal a efecto de la nulidad parcial del Reglamento Electoral de la ULA, sino por colidir con la ley que disciplina la materia, ello, en razón del imperativo constitucional dispuesto en el artículo 25 de la Carta Magna según el cual, los actos contrarios a la Constitución y a la ley, son nulos.

En este sentido, no existe ausencia de base legal, que de hecho la existe, sino, un falso supuesto de derecho, en vista de que Hernández (2007: 83) “la Administración se equivoca en la aplicación de la norma, o la valoración de las normas jurídicas que invoca para dictar el acto.” Y ello, en concordancia además, de la sentencia del 06-07-2006 de la SPA-TSJ: Caso C.N.A. de Seguros La Previsora, porque según anterior sentencia “que la errada interpretación de esa base jurídica puede suponer que la Administración obró fuera de su competencia.”

Cabiendo aclarar, que no se trata de una relación causal, sino de carácter accidental, porque el falso supuesto puede implicar que la Administración dicte un acto administrativo fuera de su competencia. Y, si bien, la CE-ULA dictaminó el acto administrativo según una competencia reglamentaria, ésta competencia de totalizar los votos escrutados según la ecuación matemática del reglamento, era contraria a la LU. Existía una base jurídica sí; reglamentaria, también, pero la base reglamentaria era contraria a la Constitución y a la Ley.

Entonces, en el marco de los exámenes antes expandidos, el pronunciamiento dictado por la SE-TSJ, debía ceñirse al análisis del acto objetado, esto es, de la totalización, adjudicación y proclamación del candidato a Vicerrector, que al ser dictadas en violación del referido artículo 30 de la LU, según el cual, la representación estudiantil ante el claustro universitario, debe ser del 25% del personal docente y de investigación del referido claustro, y no del 25% de los profesores que sufragaron, tal como funda el reglamento electoral de la ULA, resultaban ciertamente ilegales, y por tanto, nulas. Incluso, que las reflexiones, argumentos, o la motivación del acto administrativo de la CE-ULA, no responda a los estándares de la LU, pues la motivación de la CE-ULA debe ceñirse a las competencias legalmente atribuidas a la ULA.

De allí, que sin competencia, la causa del acto administrativo pierde su sustento; dentro de la competencia, por el contrario, la causa cobra pleno realce, pues, ella atiende a la precisión al caso concreto de la norma legal atributiva de la competencia. Con mayor razón aún, puede observarse que la causa, en lo que respecta a los fundamentos de Derecho, entraña siempre el análisis de la base legal que fija la competencia administrativa: para dictar el acto administrativo, la CE-ULA debe interpretar –según los hechos apreciados- y aplicar esa norma legal atributiva de competencia. Empero, la competencia siempre alega a una condición previa y abstracta al acto administrativo, cuyo alcance no variará en atención a la interpretación realizada por la CE-ULA.

De tal forma, que la base jurídica del acto administrativo totalizador dictaminado por la CE-ULA era totalmente errado, pero además, como la ecuación matemática de la Ley de Universidades encarna un algoritmo orientador del ejercicio de la potestad administrativa de totalización de la CE-ULA en la determinación de la consecuencia jurídica, que modula consecuentemente, la motivación razonada de una fijada forma del acto administrativo, puede decirse entonces, que la Comisión incurrió en una motivación inconstitucional e ilegal, esto es, que no se encuentra autorizada por el sistema de fuentes del Derecho Universitario.

Hasta tal punto, que pudiera afirmarse, que la Comisión no posee la competencia o el poder para aplicar una ecuación matemática diferente a la prevista en el artículo 30.2 de la LU. O, lo que es lo mismo, que la ULA incurrió en un vicio de incompetencia, aunque no manifiesta. De allí, que según Hernández (2007: 85) “no sea válido aseverar, que la causa en el acto supone siempre, y en todos los casos, la incompetencia del funcionario público que dictó el acto administrativo, y mucho menos su manifiesta incompetencia,” porque en el presente caso, la Comisión, si es competente para dictar el acto de totalización, pero no siguiendo el lineamiento autovinculativo de su propio reglamento electoral.

De nuevo, el Reglamento Ejecutivo es inconstitucional e ilegal. No obstante, la parte recurrente no exigió su nulidad de pleno derecho, de manera conjunta con el acto administrativo electoral, a través del recurso contencioso-electoral interpuesto. Los argumentos señalados en el párrafo anterior, son una nueva forma de visualizar los vicios invalidatorios de la decisión administrativa.

De lo inicialmente expuesto se deduce, que la falta al principio de congruencia de las sentencias, y con él, de la doctrina de la Sala, se ciñe a la indebida declaratoria de nulidad de un Reglamento, que no había sido objetado, y cuyo análisis, no resultaba preciso para acordar la invalidez de las actas de totalización, adjudicación y proclamación del candidato a Vicerrector Académico.

Entonces, aun cuando el argumento de que en anteriores oportunidades se aplicó la misma fórmula matemática utilizada en el proceso electoral que dio lugar a la sentencia, “...sin que se produjera algún reclamo o queja”, resulta improcedente, pues ante la ilegalidad del acto administrativo electoral, no es posible alegar la igualdad, por tratarse de un vicio jurídico invalorable, y finalmente, que la denuncia de un trato discriminatorio respecto de la Sentencia dictada en el caso LUZ (sentencia de la SE-TSJ Núm. 103 del 18-06-2009), no es aplicable al presente caso por ser dicha decisión judicial, posterior a la sentencia que era analizada.

Cabe señalar entonces, que el argumento de la sentencia Núm. 25 del 04-03-2009 SE-TSJ, de declarar la nulidad del artículo 66 del Reglamento Electoral de la Universidad de Los Andes está fuera de orden por las razones expuestas en la sentencia Núm. 208 del 09-04-2010 por la SC-TSJ. Y que los argumentos esgrimidos por la sentencia Núm. 25 del 04-03-2009 de la SE-TSJ, de declarar la nulidad de las actas administrativas de totalización, adjudicación y proclamación de la CE-ULA está en orden, de conformidad con la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998 vigente en ese entonces, por vía del artículo 247, y por vía de consecuencia, ordenar una nueva totalización, adjudicación y proclamación de la CE-ULA, pero según el artículo 30.2 LU, en vista de que Urosa (2005: 387):

La Sala Electoral del TSJ puede acordar cualquier disposición que sea necesaria para restablecer los derechos e intereses vulnerados por los organismos electorales, siempre que tal protección sea ponderada con el interés general presente en todo procedimiento electoral, para buscar así el punto exacto de equilibrio, en el que la tutela judicial efectiva del recurrente, no perjudique la preservación del voto y el principio de la estabilidad del procedimiento comicial.

Y es que incluso, la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de ese entonces, podía aplicarse supletoriamente a la LU todavía vigente, pues dicho instrumento normativo regula el controversial punto de la ejecución de sentencias de la SE-TSJ, por medio de la expresa atribución legal de un conjunto de poderes administrativos de ejecución de sentencias definitivas, que son ordenados cumplir a la Administración Electoral referida: CE-ULA; a través de la nulidad en el procedimiento electoral; realizar una nueva convocatoria; ordenar una nueva totalización o conteo; y de ser el caso, una nueva adjudicación y proclamación, todo conforme con los artículos 249 y 250 de dicha Ley.

En este sentido, la Comisión Electoral fue ordenada una nueva totalización o conteo del procedimiento electoral, precisamente, pues el recurso contencioso electoral fue interpuesto contra la totalización, adjudicación y proclamación de la referida CE-ULA, que conforme a los argumentos arriba indicados, fue correctamente declarado con lugar contra esas actuaciones. Como consecuencia, la adjudicación y la proclamación pierden su sustento frente a la totalización, surgiendo la necesidad lógica de proceder a realizar un nuevo conteo, pero según el artículo 30.2 de la Ley, que fue inconstitucionalmente inaplicado.

La propia sentencia de la SE-TSJ debe indicar la forma de cumplirse voluntariamente por parte de la ULA según el artículo 248 de la ley. -¡Y así fue!- No obstante, la Comisión incumplió la orden, verificándose el presupuesto fáctico de la potestad judicial del artículo 249 de la ley, que, de materializarse, surge la legítima potestad ejecutiva sustitutiva de la SE-TSJ, frente a la CE-ULA, sin que se materialice la usurpación de funciones como vicio de la ejecución judicial, ni como delito.

Quien precisa muy bien lo anterior, es Urosa (2005: 389) al decir:

Sin perjuicio de lo expuesto, no debe existir confusión en cuanto a la interpretación del artículo 249 de la Ley, pues lo que persigue con ella es respetar la elemental cronología de la ejecución de todo fallo judicial: primero, lo que procederá es el cumplimiento de la fase de ejecución voluntaria por parte del condenado; posteriormente, y ante la inercia administrativa en la ejecución voluntaria del fallo, mal podría verse mermado el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte vencedora. Por tanto ante el desacato de la Administración se procederá a la ejecución forzosa, mediante la cual el juez contencioso-electoral ejercerá su potestad de sustitución ejecutiva, y en consecuencia, ejecutará él mismo su fallo, a costas del condenado.

De allí, que si la estimada pretensión de nulidad de un acto electoral de una Comisión como la ulandina, se abstiene de determinar la incidencia de ésta en el procedimiento administrativo electoral, el Magistrado Electoral estará en el deber de ejecutar forzosamente su decisión judicial, lo que implica que él mismo determinará, la incidencia de la nulidad de la actuación acordada, pero respecto del procedimiento administrativo electoral y según efectos de esa decisión, llamará a nuevas elecciones, u ordenará nuevas totalizaciones, adjudicaciones y proclamaciones. De donde, deberá existir una debida congruencia ejecutiva entre lo decidido y lo ejecutado por la referida Sala Electoral como destaca la catedrática Urosa, y la SE-TSJ según las Sentencias del 10-07-2001: Caso Carlos Viloria y otros, y la Sentencia Núm. 0234 del 26-08-2003.

Por último, es de especial significado, acentuar una Sentencia con el expediente 88-8409 del 07-02-1990 dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativa bajo Ponencia de Belén Ramírez L., donde ésta puntualiza un lineamiento incardinador de la potestad reglamentaria de las universidades:

Por tanto, el Reglamento que debe dictar el Consejo Universitario para regular las elecciones universitarias, debe efectuarse no sólo de conformidad con la Ley de Universidades, como lo señalan los actores, sino también con el Reglamento de dicha Ley. No hay que olvidar, que la autonomía de que gozan las Universidades, no debe entenderse dentro de las presiones de la Ley de Universidades y su Reglamento, tal como lo dispone el artículo 9 de la Ley.

En líneas conclusivas, el Reglamento proveniente del Consejo Universitario de alguna Universidad, o, de alguna otra unidad administrativa universitaria no puede contravenir la Ley. La autonomía universitaria no es un apoyo de desvinculación reglamentaria ante la Ley.

Conclusiones

El sistema constitucional de 1999 institucionaliza diferentes fuentes de producción normativa en el Derecho Administrativo venezolano como las Leyes y los Reglamentos. Si bien es cierto, que desde el nacimiento de la República de Venezuela, los diversos Poderes Ejecutivos de los tres entes político-territoriales han monopolizado la potestad reglamentaria, a partir de la segunda mitad del Siglo XX, el desusado Congreso de la República reconoció expresamente a las instituciones universitarias autónomas, la potestad reglamentaria como un medio instrumental más para cumplir con la mayoría de sus objetivos institucionales. La Ley de Universidades de 1970, constituye uno de esos casos muy especiales, que reconoce expresamente la titularidad de la potestad reglamentaria a órganos constitucionales diferentes a los Poderes Públicos Ejecutivos Centrales.

No obstante, los límites materiales de la aludida potestad con los reglamentos ejecutivos, siguen siendo en esencia los mismos: no alterar el espíritu, propósito y razón de la Ley reglamentada. En este sentido, la CE-ULA se excedió en la elaboración del reglamento de elecciones internas de la referida casa de estudios, cuando ésta alteró medularmente el contenido de las variables matemáticas incluidas en la ecuación. Desde la perspectiva del sistema electoral universitario, el exceso constituye un cambio en las reglas del juego, que jurídicamente funda un clima de inseguridad jurídica intolerable para los candidatos inscritos.

No se trata de frenar el cambio de las reglas electorales existentes. Ya que éstas pueden efectuarse, más no, apartándose de los medios expresamente señalados por el propio sistema jurídico. Primero, porque éstas no pueden modificarse por medio de regulaciones incompatibles frente a la Constitución y la legislación. Y segundo, porque éstas no pueden modificarse con 6 meses de prelación a la fecha de celebración del acto jurídico electoral o refrendario. Del análisis realizado a las dos sentencias anteriormente mencionadas, cabe entonces, la posibilidad de afirmar, el origen de una nueva garantía jurídica formal en las elecciones y referendos: la reserva legal electoral, que será un obstáculo para cambiar la forma de totalizar en las Universidades. Pues la primera sentencia erige la nueva garantía. Y la segunda manteniendo lo anterior de la primera sentencia, ratifica el mensaje de la SE-TSJ.

Referencias

ARAUJO, José. 2007. **Derecho Administrativo: Parte General**. Manuales Universitarios. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela.

BREWER-CARÍAS, Allan. 2005. **Principios Fundamentales del Derecho Público**. Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo, Universidad Católica Andrés Bello, Núm. 17. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

GARIDO, Fernando. 1989. **Tratado de Derecho Administrativo**. Volumen I. Editorial Tecnos. Madrid, España.

GORDILLO, Agustín. 1974. **Tratado de Derecho Administrativo. Parte General**. FUNEDA. Caracas D.F., Venezuela.

HERNÁNDEZ, José. 2007. “**Algunas Notas Sobre los Requisitos de Validez de los Actos Administrativos**” En *Actualización en Procedimientos Administrativos*. FUNEDA. Caracas, Venezuela.

LARES, Eloy. 2001. **Manual de Derecho Administrativo**. Decima Segunda Edición: Actualizada a la Constitución de 1999. Caracas, Venezuela.

MOLES, Antonio. 1957. “*Estado y Derecho (Configuración Jurídica del Estado)*,” En *Studia Jurídica*, Núm. 1. Universidad Central de Venezuela (UCV). Caracas, Venezuela.

MOLES, Antonio. 1974. “**El Principio de Legalidad y sus Implicaciones**,” En Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Publicaciones del Instituto de Derecho Público. Caracas, Venezuela.

SANTAMARÍA, Juan. 1991. **Principios de Derecho Administrativo. Tomo I**. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, España.

UROSA, Daniela. 2005. “**Jurisdicción Electoral: Derecho Contencioso Administrativo**” En *Libro Homenaje al Profesor Luis H. Farías Mata*. Barquisimeto, Estado Lara, Venezuela.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1999. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela** (1.999) aprobada por Referéndum Consultivo de Fecha 15 de Diciembre, Gaceta Oficial Núm. 5.453 (Extraordinaria) de fecha 24 de marzo de 2.000.

ASAMBLEA NACIONAL. 1982. **Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA)** publicada en Gaceta Oficial Núm. 2.818 de fecha 01 de julio 1.982.

ASAMBLEA NACIONAL. 1970. **Ley de Universidades (LU)** publicada en Gaceta oficial N° 1429 Extraordinaria de fecha 08 de septiembre de 1970.

ASAMBLEA NACIONAL. 06 de septiembre de 2002. **Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP)** publicada en Gaceta Oficial Núm. 37.522. Tribunal Constitucional Español en fecha del 24 de julio de 1984.

Sentencia Núm. 1077 del 22 de septiembre de 2000 de la Sala Constitucional del TSJ.

Sentencia Núm. 1340 del 25 de junio de 2002 de la Sala Constitucional del TSJ.

Sentencia Núm. 3098 del 12 de diciembre de 2004 de la Sala Constitucional del TSJ.

Sentencia Núm. 2957 del 14 de diciembre de 2004 de la Sala Constitucional del TSJ.

Sentencia Núm. 0912 del 04 de junio de 2008 de la Sala Constitucional del TSJ.

Sentencia Núm. 0103 del 07 de julio de 2008 de la Sala Electoral del TSJ.

Sentencia Núm. 0025 del 24 de marzo de 2009 de la Sala Electoral del TSJ.

Sentencia del 14 de agosto de 1990 de la Extinta SPA-CSJ.

Expediente 88-8409 del 07 de febrero de 1990 dictada por la CPCA.

Cuestiones Jurídicas
Vol.16, Número 2, 2022 Julio - Diciembre
Maracaibo, Venezuela.

