

Cuestiones Jurídicas

Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta



M. A. en Des. Econ. Alfredo León, Rector
MgS. Ramón Rincón, Vicerrector Académico
MgS. Oscar Urdaneta, Secretario

Dra. Tania Méndez de Alemán
Decana de la Facultad Facultad de Ciencias Políticas,
Administrativas y Sociales

Dra. Innes Faría Villarreal
Directora de la Escuela de Derecho

Esp. Hosglas Sanchez
Directora del Fondo Editorial



Cuestiones Jurídicas

Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta

Vol. 18, Núm. 2, Julio - Diciembre 2024
ISSN 2343-6352 / Depósito Legal ppi 201402ZU4462
Maracaibo - Venezuela

Avenida 2 “El Milagro”, entrada autónoma de la Universidad Rafael Urdaneta, luego de la Biblioteca del Estado. Maracaibo, Venezuela. Teléf. (58) (261) - 2000887, Fax (58)(261) 2000868. Sitio web: <https://uru.edu/fondo-editorial/> Correo electrónico: publicaciones@uru.edu

Producción Editorial

Hosglas Sanchez, Gestión Editorial
Liliana González, Asistente
Mibsay Contreras, Diseño y Maquetación
Yanin Dávila, Portada



Cuestiones Jurídicas

Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta

Depósito legal: ppi 201402ZU4462

ISSN: 2343-6352

Periodicidad: Semestral

Cobertura: Enero- Junio /Julio Diciembre

2024 © Universidad Rafael Urdaneta, Fondo Editorial

Se edita en colaboración con la Escuela de Derecho de la Universidad Rafael Urdaneta.

Sitio web:

Cuestiones Jurídicas: <https://revistas.fondoeditorial.uru.edu/index.php/cj>

Revistas URU: <https://revistas.fondoeditorial.uru.edu/>

Teléfono: (58) (261) - 2000892

Correo Electrónico: cuestionesjuridicas@uru.edu

Los artículos publicados en **Cuestiones Jurídicas** representan los resultados de investigaciones originales, estudios jurisprudenciales, análisis de casos e interpretaciones, y han sido seleccionados a través de un riguroso proceso de revisión por pares. Los autores son los únicos responsables del contenido de sus trabajos, incluyendo la precisión de los datos, las opiniones e interpretaciones, la metodología empleada y las conclusiones presentadas. La revista no se hace responsable de cualquier error u omisión que pueda aparecer en los artículos publicados. Los autores garantizan la originalidad de su trabajo y que no infringe los derechos de autor de terceros.



Todos los contenidos publicados en esta revista se encuentran bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-CompartirIgual 4.0 (CC BY-SA 4.0). Esta licencia garantiza la libre distribución, reproducción y modificación de los artículos, siempre y cuando se cite de manera adecuada a los autores originales y a la **Cuestiones Jurídicas**. Los usuarios están autorizados a compartir, adaptar y distribuir el material en cualquier medio o formato, incluso con fines comerciales, bajo la condición de que se otorgue el crédito correspondiente y que las obras derivadas se distribuyan bajo la misma licencia. Esta medida fomenta la difusión del conocimiento y garantiza el reconocimiento de la labor investigadora. Para mayor información sobre los términos y condiciones de esta licencia, por favor consulte: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es>

Cuestiones Jurídicas

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

COMITÉ EDITORIAL

Innes del Consuelo Faría Villarreal, Dra.

Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo Venezuela.

 <https://orcid.org/0000-0002-4123-8678>

Juan Alberto Berrios Ortigoza, Dr.

Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público de la Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela.

 <https://orcid.org/0000-0003-4290-8220>

Ana María Viloria Abzueta, Dra.

Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela. Universidad Dr. Rafael Bellosó Chacín. Maracaibo, Venezuela. Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela.

 <https://orcid.org/0000-0003-4805-4537>

Alberto Enrique Jurado Salazar, Dr.

Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela.

 <https://orcid.org/0000-0001-9285-8677>

José Alexy Farías Juárez, Dr.

Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela.

 <https://orcid.org/0009-0009-9057-4860>

Marieugenia Mas y Rubí Peña, Dra.

Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela.

 <https://orcid.org/0000-0001-9379-3174>

COMITÉ DE ASESORES

Marisela Párraga de Esparza, Dra. (Venezuela)

Victor Hernández Mendible, Dr. (Venezuela)

Jesús María Casal, Dr. (Venezuela)

Fabiola Tavares, Dra. (Venezuela)

Anabella del Moral, Mgs. (España)

José Manuel Guanipa, Dr. (Colombia)

Wilmer Carmona, Dr. (Colombia)

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.

Tlfonos. (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.

Cuestiones Jurídicas no cobra por la publicación de artículos. Fomentamos la difusión libre y gratuita del conocimiento científico..

Contenido

Cumplimiento de la obligación de dar en los contratos de compraventa. Compliance with the obligation to deliver in sales contracts. <i>Lourdes González Gutiérrez y Javier José Sosa Pacheco</i>	11
La educación sexual integral como derecho humano en Venezuela. Comprehensive sexual education as a human right in Venezuela. <i>Verónica Barboza y Innes Faría Villarreal</i>	21
Cultura de Cancelación en la Actividad Publicitaria frente al Daño Patrimonial Puro. Cancellation Culture in the Advertising Activity against Pure Economic Loss. <i>Paula Cobarrubia Rojas y Aaron Vinicio Huerta Fernández</i>	34
Análisis Fenomenológico Multicultural de la Sentencia 2/2012 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Multicultural Phenomenological Analysis of Judgment 2/2012 of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice <i>Tulia G. Peña Alemán, Irasema Vilchez de Quintero y Adolfo Rincón Romero</i>	48

Cumplimiento de la obligación de dar en los contratos de compraventa¹

Lourdes González Gutiérrez²

Javier José Sosa Pacheco³

Resumen

El presente artículo tuvo como objetivo analizar la obligación de dar en los contratos de compraventa según el derecho patrimonial venezolano. Se utilizó la investigación jurídica descriptiva y un diseño documental, que permitió registrar y sistematizar en fichas de trabajo 51 unidades de análisis extraídas de las fuentes principales sobre el tema. El principal resultado arribó al hecho de que, el efecto real transmisivo de propiedad, propio del contrato de compraventa que se da con el consentimiento, es oponible entre las partes y a una categoría de terceros a quienes les es oponible el efecto del acto jurídico no registrado. De esta manera se concluyó que la obligación de dar en el contrato de compraventa se basa en la transferencia de la propiedad, lo que implica que la propiedad ingresa en el patrimonio del adquirente a través del consentimiento legítimamente manifestado, sin necesidad de que se haya verificado la tradición u otras formalidades posteriores al perfeccionamiento del contrato de venta.

Palabras clave: Obligación de dar, transmisión de propiedad, tradición, oponibilidad, consensualismo.

Compliance with the obligation to deliver in sales contracts

Abstract

This article aimed to analyze the obligation to deliver in alienating contracts according to Venezuelan patrimonial law. The descriptive legal research was utilized and an documentary design which allowed it to register and systematize 51 units of analysis extracted from the main sources on the subject. The main result reached is that the real transmissive effect of ownership, inherent to the sales contract that occurs with consent, is opposable between the parties and to a category of third parties to whom the legal act's effect is opposable despite not being registered. Thus, it concluded that the obligation to deliver in the sales contract is based on the transfer of ownership, implying that ownership enters the acquirer's assets through legitimately expressed consent, without the need for the verification of delivery or other formalities after the perfection of the sales contract.

Keywords: Obligation to deliver, property transmission, delivery, opposability, consensualism.

Admitido: 24-01-2024 Aceptado: 19-07-2024

¹ Este artículo es derivado del Trabajo Especial de Grado, titulado: La obligación de dar en los contratos de compraventa según el derecho patrimonial venezolano.

² Abogada. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: lourdes17gonzalezg@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-1764-6464>

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

Introducción

En Venezuela, el contrato de compraventa se establece como “un contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad y el comprador a pagar su precio” (Código Civil, 1982: Art. 1.474). Se evidencia que se trata de un contrato de carácter bilateral, en el que ambas partes son recíprocamente deudoras y acreedoras del cumplimiento de determinadas obligaciones, bien sea el desarrollo de una actividad en favor de la otra o el hecho de otorgar una determinada prestación. Es por ello que, tal y como lo consagra la norma, la compraventa engendra efectivamente para el vendedor la obligación de llevar a cabo la transferencia de la propiedad del bien objeto del contrato (Domínguez y Pérez, 2020)

La carga obligatoria anteriormente descrita es abordada por la doctrina como la “obligación de dar”, la cual puede definirse preferentemente como “aquellas que tienen por objeto la transmisión de la propiedad o de otro derecho real... Consisten en la realización del antiguo *“dare romano”*. Como carácter fundamental, se señala que la propiedad o derecho se transmite por efecto del consentimiento legítimamente manifestado (art. 1161 del Código Civil)” (Luyando, 1993: 54). Ante ello, el presente artículo tiene como finalidad analizar la Obligación de Dar en los contratos de compraventa según el derecho patrimonial venezolano.

En los últimos años, se ha hecho visible la pretensión de concebir a la obligación de dar de una forma errada. Se evidencia cada vez más el desconocimiento existente en materia de contratación, en la que los mismos autores hacen coincidir los términos de “Dar” y “Entregar”, e incluso en diversos casos someten su cumplimiento al desarrollo de obligaciones o formalismos posteriores al perfeccionamiento del contrato de venta, ignorando completamente lo consagrado en el artículo 1.161 del Código Civil, en el momento en el que se hace referencia a que la transferencia de la propiedad se lleva a cabo a través del consentimiento legítimamente manifestado por las partes contratantes

Es por ello que la importancia de este tema consiste en su comprensión de conformidad con el sistema venezolano, cuya finalidad se basa en impedir que la misma se preste a confusiones u alteraciones al momento de llevar a cabo su estudio, así como la determinación de cuál es el alcance de su cumplimiento. No obstante, la misma no ha tenido un establecimiento a nivel científico que permita una uniformidad conceptual que gire en torno a su verdadero significado al referirse a dicha obligación. Se observa que las investigaciones que se han llevado a cabo con anterioridad solo abordan el fenómeno de la transferencia de la propiedad de conformidad con el contrato, así como las teorías aplicadas a la misma, pero no como el cumplimiento de la obligación de dar.

Esta investigación constituye un estudio jurídico-descriptivo, ya que la misma tiene como finalidad especificar las propiedades independientes de la obligación de dar, en lo que concierne a su cumplimiento, alcance e incluso aquellas obligaciones posteriores al perfeccionamiento del contrato de venta. Igualmente, la misma adopta un diseño documental, pues para su elaboración se llevó a cabo una selección de determinados documentos, realizados a través de trabajos previos, doctrinas, jurisprudencia y datos divulgables, entre los cuales se encuentran: Curso de obligaciones derecho civil III, Doctrina general del contrato, Consensualismo y propiedad y las Sentencias núm. 638 de 2023 y núm. 000098 de 2010 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, a través de los cuales se extrajeron 51 datos de los textos utilizados para sustentar la presente investigación, con la finalidad de dar respuesta a la interrogante de ¿Tendrá alguna incidencia la confusión existente en razón al significado de la obligación de dar, dentro del contrato de compraventa en el derecho patrimonial y contractual venezolano?

1. Transmisión de la propiedad en Venezuela

Dentro de la legislación venezolana, los contratos de compraventa, llevan consigo el cumplimiento de determinadas obligaciones, entre las cuales persiste una de gran importancia, que es la transferencia de la propiedad, cuya existencia se desprende de la norma contenida en el Código Civil (a partir de ahora CC), en el momento en que el artículo 1.474 CC se verifica el deber del vendedor de llevar a cabo el traspaso del derecho de propiedad, constituyéndose la misma como una conducta positiva del deudor, la cual se caracteriza por llevar a cabo dicha transferencia de la propiedad (Milliani, 1997).

La misma se emprende a través del desarrollo de, “una conducta positiva del deudor” (Milliani, 1997: 108). “Donde se cumple de forma instantánea por el simple consentimiento” (Milliani 1997: 108). Ante ello el CC dispone que, “la propiedad o derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado [...]” (Código Civil, 1982: Art. 1.161), por lo que “se puede producir la transferencia de la propiedad sin necesidad de hacer la entrega de la cosa” (Domínguez y Pérez, 2020:251). Pero igualmente, “mal podría pretenderse que la transmisión de la propiedad por el solo consentimiento releva al vendedor de cumplir con las obligaciones derivadas del contrato” (Domínguez y Pérez, 2020: 257).

Ante ello, la transferencia de la propiedad en Venezuela, es el producto del encuentro de voluntades, en donde las partes al momento de llevar a cabo el desarrollo del acto jurídico, se produce a través del solo consentimiento la transferencia de la propiedad, en donde una vez perfeccionado el contrato no nos encontraremos en la misma situación jurídica en la que se encontraban las partes con anterioridad por efecto de la adquisición, por parte del comprador del derecho de propiedad de un bien determinado. Salvo, en los casos de los contratos que se consideran diferidos, por la libertad de la voluntad de las partes, donde las mismas pueden disponer que dicha propiedad sea transmitida con posterioridad (Domínguez y Pérez, 2020), en donde, si las partes no han pactado algo distinto, se seguirá efectivamente la regla general contenida en el artículo 1.161 CC, transmitiéndose la propiedad de inmediato y el vendedor asumiendo los riesgos de la posible pérdida de la propiedad aunque la entrega no se haya llevado a cabo.

Siendo, que se está en presencia de un sistema de transferencia de la propiedad que se basa en el sistema consensualista que deviene históricamente del código civil napoleónico de 1804, el hecho de que se lleve la adquisición del bien a través del acuerdo de voluntades no releva al vendedor del cumplimiento de otras obligaciones posteriores al contrato, ya que la norma contenida en el artículo 1.265 CC, se refiere a la entrega y conservación del bien hasta su entrega, lo que parte de la doctrina a denominado obligaciones consecuenciales a las de dar, en donde se indican que las obligaciones que tengan como finalidad la simple entrega de una cosa son de hacer (Luyando, 1993), convirtiéndose las mismas como meramente instrumentales (Melich, 2017), por cuanto por el hecho de su entrega y su conservación no se está llevando a cabo el traspaso de la propiedad sino la tenencia o posesión del mismo, pues no debe ser parte de esta discusión los términos de propiedad y posesión que a nivel doctrinal ha quedado lo suficientemente claro.

En consecuencia, este traslado de la propiedad en Venezuela, se lleva a cabo con la actividad emprendida por el vendedor de la cosa, a través de la emisión de su consentimiento al momento del perfeccionamiento del contrato de venta, en la que una vez fusionada con el consentimiento otorgado por el comprador, se produce de forma inmediata y sin que medie entre las partes, el cumplimiento de alguna formalidad, el traslado de la titularidad a manos del nuevo adquirente. Es por ello, que esta carga obligatoria atribuida al vendedor por mandato del artículo 1.474 CC, se cumple y se extingue en el mismo instante, sin que la misma se extienda al cumplimiento de formalidades u obligaciones posteriores al perfeccionamiento del contrato de venta, como lo son las referidas “obligaciones consecuenciales a las de dar”, ya que el cumplimiento de las mismas no transmite el derecho de propiedad, sino que garantizan la posesión física del bien dado en venta.

Ante esto, se establece por trabajos previos que el sistema consensual de la transferencia de la propiedad, “no ofrece eficacia y seguridad en la transferencia de la propiedad del inmueble, porque el potencial adquirente sufre una situación de desventaja o dificultades para poder determinar quién es el propietario de un bien, y cuáles son las cargas que le afectan” (Gómez, 2022: 19). Así como, los diversos sistemas que contrarían al sistema consensual como lo es el Sistema alemán que se inclina por el “Sistema Registral Constitutivo Convalidante” respecto de la transferencia de bienes inmuebles, teniendo como principal característica la separación de los negocios obligaciones y de disposición, donde la propiedad se transfiere a través de este último, teniendo que ir acompañado de la inscripción registral (Gómez, 2022: 29). En el que es necesario el cumplimiento de la formalidad del registro para que sea producida la transferencia de la propiedad.

Asimismo, según lo que fue establecido a nivel jurisprudencial en el momento en que se señaló que: [...] En tal sentido, la Sala dejó sentado que, en dichos casos, el derecho de propiedad no se adquiere por la protocolización o registro del contrato de venta, sino por el consentimiento legítimamente manifestado entre las partes [...] (Sala

de Casación Civil, Tribunal Supremo de Justicia, 2023: Sentencia núm. 98, lins: 400, 401, 402). A lo que se refiere que no existe la necesidad del cumplimiento de alguna otra obligación o formalidad para llevarse a cabo la transferencia de la propiedad.

1.1. La transmisión de la propiedad como efecto directo del contrato de venta.

El traspaso de la propiedad, se basa entonces, en el cumplimiento de una obligación, cuya asignación se debe a la norma contenida en el artículo 1.474 CC, en la que se le atribuye al vendedor el deber de cumplir dicha obligación, a través de la realización de una conducta en el momento en que el mismo presta su consentimiento, que una vez unificado con el consentimiento emitido por el comprador se producirá de forma automática un “efecto real”. Esto en el caso de que las partes no hayan pactado algo diferente (como en el caso de las ventas con reserva de dominio), suspendiendo así el efecto de la transmisión del derecho de propiedad por aplicación de la libertad de la voluntad de las partes, al no ser el artículo 1.161 CC una norma de orden público.

Ahora bien, conforme a ello, los efectos son “consecuencias jurídicas que se generan de la existencia de un contrato valido y eficaz” (Melich, 2017: 655). Asimismo, los efectos del contrato “son las consecuencias que tanto para las partes como para los terceros se derivan ya de su perfeccionamiento, ya de su cumplimiento o ejecución”. (Marín, 1983: 325). El contrato de compraventa produce un efecto real al momento de su perfeccionamiento que está basado en ese cambio de titular en el cual:

[...] sin necesidad de que se dé ninguna conducta adicional por parte del sujeto que ostenta un derecho real sobre un cuerpo cierto y que consiste en transferirlo a su contraparte, el contrato a veces produce un “efecto real” (artículo 1.161 C.C) [...] (Melich, 2017: 655, 656).

Por ello, el mismo se corresponde a una consecuencia jurídica, que se deriva ante la existencia de un contrato valido y eficaz, a través del cual se genera un efecto entre las partes y que en ciertas situaciones pueden llegar a ser oponibles a terceros, ya que “La transmisión por el solo contrato presupone la validez de este” (Aguilar, 2016: 314). En consecuencia, nos centramos en el objeto del contrato de compraventa que se refiere a la transmisión de la propiedad a través de una contraprestación por parte del comprador, cuyo efecto en este caso se corresponde al de ser transmisivo, que de conformidad con el artículo 1.161 CC es provocado directamente por el encuentro de voluntades. Efecto real este, que es capaz de modificar la situación jurídica de las partes contratantes, pues, en este caso, el enajenante ya no se le atribuye la cualidad de propietario del bien que fue dado en venta, en cuyo caso la cualidad fue adquirida y transmitida a efecto de la celebración del contrato al nuevo adquirente (comprador).

De conformidad con lo consagrado en el artículo 1.161 CC, esta transmisión por el solo consentimiento, supone la suficiencia del contrato en la que la misma puede producir de forma directa o indirecta el efecto real transmisivo de la propiedad (Domínguez y Pérez, 2020). Dicha suficiencia supone que el contrato sea el medio por el cual se genere el efecto de la adquisición, donde son las partes quienes lo generan en el momento en el que de manera cierta y sin coacción alguna, decidieron emitir su consentimiento, por lo que a través de ella se presenta el efecto del contrato de venta, el cual no es otro que la transferencia de la propiedad.

Colorario a lo anterior, el contrato de compraventa presupone en su interior un efecto real transmisivo de la propiedad, el cual se lleva a través de la emisión y encuentro de voluntades de las partes contratantes, generando de esa forma este efecto real dentro del contrato, que provoca en las partes la transmisión y adquisición del derecho de propiedad. Lo que, realmente coincide con la obligación que tiene el vendedor de efectuar el traspaso de la propiedad, en la que se hace necesaria igualmente la intervención del comprador para la emisión de su consentimiento. Esta carga obligatoria del vendedor, genera en ese mismo momento, el efecto adquisitivo, teniendo de este modo la voluntad y el contrato, la suficiencia e independencia necesaria, para derivarse del mismo tal efecto. Prescindiendo, de este modo del cumplimiento de alguna formalidad u la entrega del bien para que se verifique tal efecto real del contrato de venta.

Una idea contraria a la planteada con anterioridad se concibe a nivel de derecho comparado, la teoría del Título y Modo, que impera en el régimen legal ecuatoriano, en el entendido de que “el título es el hecho que da posibilidad o vocación para adquirir el dominio u otro derecho real; y el modo de adquirir es el hecho idóneo

para producir en concreto la adquisición del derecho a favor de una persona.” (Ramírez Y Uribe, 2019 citado en Zúñiga, 2022:15). Lo que determina que, si bien el título es la causa para la transferencia del dominio, el modo se corresponde a la causa de adquisición y transferencia del dominio (Zúñiga, 2022). En la que, tal teoría del título y modo, se hace necesariamente la existencia de la conjunción de dos elementos, el contrato y la entrega de la cosa, ya que de lo contrario no se está efectuando la transferencia de la propiedad y por ello no se genera el efecto real.

Ahora bien, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 796 CC en su párrafo segundo que reza: “la propiedad y demás derechos se adquieren y transmiten por ley, sucesiones y por efecto de los contratos” (Código Civil, 1982: Art. 796, párr. 2). Dentro del mismo, se establecen los modos en los que se puede llevar a cabo la adquisición de un derecho, en este caso el derecho de propiedad, siendo, el derecho real por excelencia, en este caso en concreto, dicho derecho es transmitido a través del efecto del contrato.

Esta normativa anteriormente mencionada puede concatenarse con lo consagrado en el artículo 1.161 CC, en el cual la manifestación del consentimiento de las partes, produce dentro del contrato de venta un efecto de carácter transmisivo y de adquisición de la propiedad de un bien determinado, que ha sido objeto del contrato celebrado entre las partes. Ante esto, es posible considerar, que el efecto real producido dentro del contrato de venta deviene directamente del consentimiento emitido por las partes, dado el hecho que las mismas una vez manifestado su aceptación para llevar a cabo el negocio jurídico, por el mismo, se produce o nace el efecto de la adquisición.

2. La presencia del principio del consensualismo contractual en Venezuela

Partiendo del desarrollo anterior, no todas las legislaciones coinciden en el sistema de la transferencia de la propiedad, por el hecho de que cada legislación se encarga de establecer los presupuestos necesarios, para llevar a cabo el traspaso del derecho de propiedad, en la que no siempre basta el solo consentimiento de las partes para producirlo. Pero, en el caso venezolano, el mismo es producto del encuentro de voluntades, que es capaz de producir el efecto real del contrato de venta, por lo que nace la necesidad de determinar la presencia del principio del consensualismo en la legislación venezolana.

Ante ello, el principio del consensualismo se refiere a la “regla propia del derecho moderno según el cual los contratos se perfeccionan, por lo general, mediante el simple consentimiento de las partes, sin que se exija ninguna ritualidad o forma.” (Melich, 2017: 41). Por lo cual, en virtud de este principio, se determina que, por tratarse el contrato de venta, caracterizado por ser un contrato consensual, dado que el mismo “se perfeccionan por efecto del simple consentimiento de las partes” (Melich, 2017: 655), y así se verifica en el artículo del CC que se refiere a la permuta, cuando se dispone que, “la permuta se perfecciona, como la venta, por el solo consentimiento” (Código Civil, 1982: Art. 1.559), no es necesario el cumplimiento de alguna formalidad o requisito.

Este Principio deviene del sistema franco-italiano, en donde se verifica que los contratos se perfeccionan con el simple consentimiento legítimamente manifestado por las partes contratantes, y por lo que en virtud de lo establecido en el artículo 1.161 CC, es el mismo consentimiento que genera la transferencia de la propiedad, siendo en este caso que “el perfeccionamiento del contrato coincide con el efecto transmisivo” (Domínguez y Pérez, 2020: 231). Para lo cual se hace necesaria la sola emisión y unificación del consentimiento para el perfeccionamiento del acto jurídico y el traspaso de la propiedad, cumpliéndose de esta forma la obligación de dar por parte del vendedor, y quedando las partes al margen del cumplimiento de las obligaciones posteriores.

Verificándose este principio, como la suficiencia de la voluntad para que el acto jurídico se perfeccione y a través del mismo generar el efecto transmisivo de la propiedad “para, sin necesidad de acudir a la entrega de la cosa a la cual el contrato se refiere” (Domínguez y Pérez, 2020: 254). Sin que las partes se encuentren sometidas a recurrir al cumplimiento de formalidades bien para su perfeccionamiento o bien para el traspaso de la propiedad, por lo que solo quedaría llevar a cabo las obligaciones de hacer atribuidas a cada una de las partes contratantes, que son posteriores al perfeccionamiento del contrato de venta, como lo son el pago del precio (obligación principal del comprador) y la tradición o entrega del bien, siendo la tradición una de las principales obligaciones del vendedor de conformidad con el artículo 1.486 CC.

Es por todo lo anterior, que el principio del consensualismo contractual se encuentra efectivamente presente en la legislación venezolana, rigiendo la forma del perfeccionamiento y la transmisión de la propiedad en el contrato de venta, por lo que al momento de hacer referencia al artículo 1.161 CC, se establece que: “la propiedad o derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado” (Código Civil, 1982: Art. 1.161), por lo tanto, es en este artículo que se verifica la existencia del principio del consensualismo, por medio de cual solo basta el encuentro de voluntades de las partes contratantes, para que se lleve a cabo el traspaso del derecho de la propiedad de un bien determinado, así como el perfeccionamiento del contrato y la adquisición de los riesgos ante la posible pérdida de la propiedad aunque la entrega del bien no se haya llevado a cabo.

Sobre la posición anteriormente adoptada, se le cuestiona la coherencia de este sistema consensual de la transferencia de la propiedad, según se indica que:

A este sistema de transmisión puramente consensual, se le cuestiona que, aparte de incoherente con la caracterización del derecho real como poder inmediato y directo en la cosa –lo que parece implicar la actualidad posesoria–, es lo más contrario que pueda imaginarse a la natural visibilidad de los derechos reales y a la seguridad del tráfico (Gordillo, 2008 citado en Domínguez y Pérez, 2020: 232)

Por lo que, para dicho autor resulta incoherente la posibilidad de que, por tratarse de un derecho real, el mismo pueda ser transmitido de inmediato por el solo consentimiento de las partes, en lo que afirma que contraría la naturaleza misma de los derechos reales, así como el cuestionamiento de la seguridad jurídica del tráfico de estos bienes, cuya propiedad son transmitidos por este sistema consensual.

Ante ello, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, ha dejado por sentado la existencia de dicho principio en el artículo 1.161 CC, en el momento en el cual estableció que:

Dicha norma consagra el denominado principio general de la consensualidad de la transmisión de la propiedad, de allí que en el contrato de venta, basta con el solo consentimiento legítimamente manifestado entre las partes respecto del objeto y precio para que la misma se perfeccione, por lo que salvo pacto en contrario, el derecho de propiedad se transmite de inmediato, quedando la cosa a riesgo y peligro del adquirente, quien pasa a ser titular del mismo desde ese instante, aunque no se haya otorgado el respectivo documento de propiedad. (Sala de Casación Civil, Tribunal Supremo de Justicia, 2010, sentencia núm. 000638, lins: 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360 y 361).

Por lo que, la Sala reconoce la existencia de dicho principio consensualista basándose en el referido artículo 1.161 CC. Reconociendo igualmente, que la propiedad se transmite a través del consentimiento legítimamente manifestado, mismo que es necesario para producir su perfeccionamiento, sin necesidad del cumplimiento de otras formalidades, ya que las mismas no aparejan el traspaso del derecho de propiedad, sino que se corresponden a una garantía de las mutuas acreencias de ambas partes, para la satisfacción y protección del derecho de propiedad y la posesión útil del bien dado en venta.

3. Oponibilidad del contrato de venta no registrado frente a terceros una vez cumplida con la obligación de dar

Una vez evidenciada la presencia del consensualismo en Venezuela, resulta de importancia referirse a un tema un tanto controversial, referido a la oponibilidad del contrato de venta no registrado, por lo que una vez perfeccionado el contrato y transferida la propiedad de un bien, la parte adquirente se ve ante la necesidad de registrar el título que acredita su propiedad, sobre el bien respectivo, que en el caso de los bienes inmuebles es aquella que permite el reconocimiento de la atribución del derecho de propiedad por parte de los terceros, pero en el caso de los bienes muebles, se verifica a través del principio de apariencia, en el cual la sola tenencia del bien hace presumir el ejercicio de la propiedad.

Por ello, que “la oponibilidad alude a la cualidad reconocida a un elemento del orden jurídico (un hecho, un negocio jurídico, un derecho y, en general, una situación jurídica) en virtud de la cual tal elemento se refleja indirectamente fuera de su círculo de actividad directo” (Melich, 2017: 665), por lo que la oponibilidad se corresponde con el registro o protocolización del documento contentivo que acredita la propiedad que es el mismo contrato, por lo que el CC dispone la necesidad de su registro en el caso de los bienes inmuebles, en el momento en que el artículo 1.920 CC, en su ordinal primero, dispone que:

Además de los actos que por disposiciones especiales están sometidos a la formalidad del registro, deben registrarse: 1º. Todo acto entre vivos, sea a título gratuito, sea a Título oneroso, traslativo de propiedad de inmuebles, o de otros bienes o derechos susceptibles de hipoteca. (Código Civil, 1982: Art. 1920, Ord 1º).

Al llevar a cabo el registro de la propiedad, los terceros estarían “sujetos a la conducta de no interferir en el ejercicio de tal derecho del propietario. O sea, que nos veríamos en la situación jurídica de tener que admitir la oponibilidad del tal derecho” (Melich, 2017: 666). Esta figura del tercero anteriormente referida, carece de definición legal por parte del Código Civil Venezolano, por lo que Marín se ha encargado de establecer una definición para él, ante tal vacío legal, utilizándose el termino de parte de forma contraria indicando que el tercero es “quien no es parte en el contrato” (Marín, 1983: 400), siendo el tercero aquella persona que no está vinculada directamente con el contrato o no es participante del mismo, a diferencia de las partes contratantes..

Pero puede ocurrir, que el nuevo adquirente se abstenga de llevar a cabo la protocolización del contrato de venta ante el registro, el cual no es de carácter obligatorio, ya que el mismo se constituye como una garantía para la protección de su derecho de propiedad. Ya que si bien, la transferencia de la propiedad se configura a través del consentimiento de las partes, momento en el cual es transmitido y adquirido el derecho de propiedad, de conformidad con el CC. Pero, el mismo Código dispone la necesidad del registro del documento contentivo de la venta en el caso de los bienes inmuebles y otros bienes que sean susceptibles de hipoteca, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 1.920 CC, ya que los inmuebles a diferencia de los bienes muebles, resulta de difícil determinación, en el caso de quien ostenta el derecho de propiedad sobre dicho bien objeto del contrato de venta anteriormente celebrado.

El hecho de la protocolización del documento de venta, le impone a los terceros el efecto directo de abstenerse de atentar contra el mismo (Melich, 2017), pero la falta de protocolización, genera cierta inseguridad, ante el hecho de que el adquirente no registre el título que acredita la propiedad, lo cual puede acarrear una próxima enajenación por parte del primer vendedor, teniendo efectivamente en cuenta, que dicho vendedor ya no cuenta con el derecho de propiedad, violando así el derecho del adquirente. Pero el hecho cierto, es que su oponibilidad, se basa en hacer efectivo el derecho del adquirente frente a otros terceros que pudiesen causar algún tipo de daño al derecho de propiedad del adquirente. Por lo que existen dos tipos de categorías de terceros a los que, a uno de ellos, si se les es oponible el efecto de la adquisición de un documento no registrado.

Por lo anteriormente señalado, existe la posibilidad de oponer un título no registrado a una categoría de terceros, por lo que resulta necesario referirse primeramente a la norma contenida en el artículo 1.924 CC, que señala lo siguiente:

Los documentos actos y sentencias que la Ley sujeta a las formalidades del registro y que no hayan sido anteriormente registrados, no tienen ningún efecto contra terceros, que por cualquier título, hayan adquirido y conservado legalmente derechos sobre el inmueble. (Código Civil, 1982: Art. 1.924).

Por lo que, la normativa contenida en el artículo 1.924 CC imposibilita que pueda ser oponible un documento no registrado a aquellos terceros que han adquirido y conservado derechos sobre el inmueble (Uso, Usufructo, Arrendamiento...), a quienes efectivamente no les es oponible el referido contrato, tal y como fue establecido por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia al señalar que, “... los artículos 1.920 y 1.924 eiusdem, al disponer que en estos casos, el documento, acto o sentencia, no tiene ningún efecto contra terceros, que por cualquier título hayan adquirido y conservado derechos sobre el inmueble”. (Sala de Casación Civil,

Tribunal Supremo de Justicia, 2010: Sentencia núm. 638, lins: 410,411,412 y 413). Criterio reiterado, por la misma Sala, existiendo de esa forma "... la posibilidad de que el adquirente invoque y haga valer la titularidad de su derecho frente a terceros; quedando limitados únicamente frente aquellos terceros que, por cualquier título, hayan adquirido y conservado legalmente derechos sobre el inmueble" (Sala de Casación Civil, Tribunal Supremo de Justicia, 2023: Sentencia núm. 98, lins: 397, 398 y 399).

Desde este mismo modo, a nivel jurisprudencial se previó otra categoría de terceros a aquellos que han adquirido y conservado derechos sobre el inmueble, por lo que la jurisprudencia los catalogo como terceros indiferentes, los cuales fueron extraídos por la Sala, a través del análisis de la normativa contenida en el referido artículo 1.924 CC, por lo que la Sala sobre este punto refirió:

[...] no están comprendidos en el supuesto de dicha norma los denominados terceros indiferentes, es decir, aquellos que no han adquirido y conservado ningún derecho sobre el bien, a quienes, por argumento en contrario, si le es oponible el acto, documento o sentencia, aun cuando no haya procedido a dar cumplimiento a la formalidad de su protocolización. (Sala de Casación Civil, Tribunal Supremo de Justicia, 2010: Sentencia núm. 638, lins: 418, 419, 420, 421,422, y 423).

A quienes, por el hecho de no tener un interés directo o no encontrarse en el ejercicio de algún derecho sobre el bien que fue transmitido por efecto del contrato, no encontrándose en la categoría que establece el artículo 1.924 CC, por lo que, frente a estos terceros indiferentes, no existe la necesidad de un título registrado que demuestre la adquisición de derecho de propiedad sobre el inmueble, por cuanto es oponible a los mismos.

En tal sentido, se puede afirmar, que la oponibilidad del contrato de venta, viene dada por el cumplimiento del registro o la protocolización de dicho contrato, el cual hará que la adquisición de la propiedad no solo surta efecto entre las partes, sino también a todos los terceros, a quienes les será oponible el efecto más directo del contrato, coincidiendo el mismo con la transferencia del derecho de propiedad. Evitando de esta forma que los terceros desplieguen algún tipo de conducta que pudiese afectar el ejercicio de quien ostenta tal derecho. Pero, en el caso de la existencia de un documento de venta no registrado, si bien, indica el artículo 1.920 CC, la necesidad de su registro, puede suceder que el adquirente no lleve a cabo tal carga, causándose a sí mismo una inseguridad jurídica ante la posible violación del derecho de propiedad. Igualmente, como quedó evidenciado, si puede ser oponible el contrato de venta no registrado a una categoría de terceros, denominados jurisprudencialmente terceros indiferentes, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1.924 CC.

En contraposición a lo anteriormente alegado, se encuentra la sentencia objeto del recurso extraordinario de casación, el cual señalaba:

A juicio de esta sentenciadora, "(...) la ley exige un título registrado para ostentar la titularidad del derecho de propiedad de un inmueble (...)", el cual en su criterio "(...) no puede invocarse basándose en un documento autenticado como ocurrió en caso de autos (...)", instrumento este que considero insuficiente "para acreditar la propiedad del inmueble desde el año 1995 al 2007" e inoponible a la parte demandada" (Sala de Casación Civil, Tribunal Supremo de Justicia, 2010: Sentencia núm. 638, lins: 289, 290, 291, 292, 293 y 294).

Igualmente, se observa en contra de la sentencia de la recurrida anteriormente transcrita, la Sala de Casación Civil venezolana, estableció con respecto al artículo 1.920 CC, lo siguiente:

De la lectura de la norma no se desprende que la omisión de tal formalidad apareje como consecuencia el no perfeccionamiento del contrato de venta o la no transmisión de la propiedad del inmueble, ni que el adquirente quede imposibilitado de invocar y hacer valer la titularidad de su derecho frente a todo tipo de terceros. (Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, 2010: Sentencia núm. 638, lins: 402, 403, 404, 405, y 406).

Asimismo, sostuvo con posterioridad la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia que:

[...] en aquellos actos traslativos de propiedad de inmuebles en los que se omita la formalidad de registro del contrato de venta, igualmente opera: 1) el perfeccionamiento de la convención; 2) la transmisión de la propiedad del inmueble y; 3) la posibilidad de que el adquirente invoque y haga valer la titularidad de su derecho frente a terceros; quedando limitados únicamente frente a aquellos terceros que, por cualquier título, hayan adquirido y conservado legalmente derechos sobre el inmueble. (Sala de Casación Civil, Tribunal Supremo de Justicia, 2023: Sentencia núm. 68, lins: 394, 395, 396, 397, 398 y 399).

Por lo que se verifica, que de la interpretación de la normativa establecida en el artículo 1.920 CC, no se desprende que la falta de protocolización del contrato de venta, acarree para el adquirente la imposibilidad de hacer valer su derecho de propiedad, teniendo en consideración que, efectivamente se transmitió y se adquirió el derecho de propiedad de un cuerpo cierto que fue dado anteriormente en venta, por medio del cual el comprador se hizo propietario, sin importar si se ha verificado o no la tradición de la cosa vendida. Así como también, reconoce la Sala que, ante la falta de protocolización del contrato de venta, opera el perfeccionamiento del contrato y la transferencia de la propiedad, no sometiendo la transferencia a la exigencia de tal formalidad, ya que para llevarse a cabo solo es necesario el consentimiento legítimamente manifestado por las partes.

Conclusión

A lo largo del desarrollo de esta investigación, se ha evidenciado que la obligación que tiene el vendedor de llevar a cabo la transferencia de la propiedad, se ejecuta por medio del encuentro de voluntades, por lo cual a través del efecto real que produce dentro del contrato este consentimiento, se genera la adquisición del derecho de propiedad en el momento de su perfeccionamiento, de conformidad con el sistema consensual que impera en el régimen legal venezolano, reconocido por la Sala de Casación Civil del Alto Tribunal de la Republica, no es necesario el cumplimiento de alguna formalidad para que el contrato se perfeccione y se provoque el traslado de la titularidad del bien.

Asimismo, la ley somete a la publicidad del registro, la venta de los bienes inmuebles y aquellos sobre los cuales se puedan constituir hipotecas, ya que los bienes inmuebles no cuentan con exteriorización posesoria, con lo cual se imposibilita establecer con certeza quien ejerce la titularidad sobre el mismo. Pero el hecho, que el contrato de venta deba ser sometido a la formalidad del registro no implica que la propiedad no se adquiera por el solo consentimiento, utilizándose entonces dicha formalidad para hacer oponible frente a los terceros la titularidad que fue adquirida, siendo posible la oponibilidad del contrato de venta frente a los terceros indiferentes por vía jurisprudencial, pero no frente a los terceros que hayan adquirido y conservado derechos sobre el inmueble de conformidad con el artículo 1.924 CC.

En consecuencia, por todos los argumentos antes expuestos, la obligación de dar en el contrato de compraventa se basa en la transferencia de la propiedad, lo que implica que la propiedad ingresa al patrimonio del adquirente a través del consentimiento legítimamente manifestado, sin necesidad de que se haya verificado la tradición u otras formalidades posteriores al perfeccionamiento del contrato de venta. Cuyo cumplimiento, una vez emitido el consentimiento, se extingue de inmediato sin que se haga indispensable o se extienda el cumplimiento de la misma a la realización de otra actividad por parte de alguno de los contratantes, las cuales se corresponden a prestaciones de hacer, que se dirigen a la garantía de la posesión del bien y la contraprestación exigida por parte del vendedor por efectuar el traspaso de la propiedad.

Cuya incidencia, que respecta a la confusión existente en relación al objeto de estudio, que comporta un desconocimiento en materia de contratación, por lo que los autores y demás estudiosos del derecho, tienden a confundir los términos de dar con entregar, así como extender la obligación al cumplimiento de otras obligaciones, haciendo corresponder a la obligación de dar a la tradición de la cosa vendida, cuando efectivamente se evidencia que dicha obligación se llevó a cabo antes de la entrega, siendo la misma meramente instrumental a los fines de garantizar la posesión del bien, contrariándose cierta forma lo indicado por la ley y los criterios jurisprudenciales los cuales han aclarado diversos puntos sobre el desarrollo de dicha obligación y el sistema de la transferencia de la

propiedad, de lo que se puede deducir que no se corresponde con la entrega bastando únicamente el consentimiento de las partes contratantes.

Es de resaltar que esta investigación, se basó en plantear los elementos necesarios, a los fines de que posteriormente fuesen atribuidos al cumplimiento de una obligación, cuya determinación ha sido objeto de gran discusión por parte de la doctrina así como también a nivel jurisprudencial, por lo que se recomienda seguir el estudio de este tipo de obligación, así como también de aquellas obligaciones consecuenciales a las de dar y demás, que se desarrollan a lo largo del contrato de compraventa, mediante el cual se produzca su observación de forma individualizada y precisada partiendo de la perspectiva planteada en el presente trabajo de investigación.

Referencias Bibliográficas

AGUILAR, José, 2016. **Cosas, bienes y derechos reales, Derecho Civil II**, edición 12°, Universidad Católica Andrés Bello. Montalbán – La Vega. Caracas, Venezuela.

LUYANDO, Eloy. 1993. **Curso de obligaciones**, derecho civil III, UCAB Caracas.

MARIN, Antonio. 1983. **Teoría del Contrato en el derecho venezolano**, Caracas, Venezuela: Macrobit.

MELICH, José. 2017. **Doctrina general del contrato**, 5ta edición, caracas, sabias palabras, C.A.

MILLIANI, Alberto. 1997. **Obligaciones Civiles I**, Segunda edición, Marga editores, S.R.L.

Artículos de Revista

DOMINGUEZ, María y PEREZ, Carlos. 2020. **Consensualismo y propiedad, en: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia**. N.º14. pp: 227-279. En: <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2020/06/RVLJ-14-227-279.pdf> [Consultado el 12 de noviembre de 2023].

GÓMEZ, Esther. 2022. **Sistema de transferencia de propiedad inmueble y el tercero de buena fe en los registros públicos-lima-2022** (Trabajo para optar el título de profesional de Abogada). En: <https://repositorio.upsjb.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14308/4591/T-TPA-GOMEZ%20CUBILLAS%20ESTHER%20DIONILA.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Consultado el 11 de noviembre de 2023].

ZUÑIGA, Andrea. 2022. **Análisis del conflicto jurídico que se suscita por la doble inscripción de títulos traslativos de dominio sobre un mismo predio** (Trabajo de Grado). En: <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/11653/1/17182.pdf> [Consultado el 11 de noviembre de 2023].

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA, 1982. **Código Civil De Venezuela**. Publicada en Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982. Caracas, Venezuela.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. 21 de marzo de 2023. **Sentencia N° 000098**. En: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/323577-000098-21323-2023-22-091.HTML> [Consultado en línea el 15 de Junio de 2023].

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. 16 de diciembre de 2010. **Sentencia N° 638**. En: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/rc.000638-161210-2010-10-203.html> [Consultado en línea el 15 de Junio de 2023].

La educación sexual integral como derecho humano en Venezuela¹

Verónica Barboza²

Innes Faría Villarreal³

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo analizar el reconocimiento de la educación sexual como derecho humano en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. La investigación es de tipo documental y el método usado fue el hermenéutico. Como resultado, se obtuvo que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 plantea el reconocimiento tácito de derechos humanos en los artículos 22 y 23 del texto constitucional. Se concluyó que a pesar de que el derecho a la educación sexual no está considerado de forma expresa, está protegido bajo el reconocimiento que deriva de la cláusula enunciativa de derechos humanos.

Palabras clave: Educación sexual, derechos humanos, ius naturalismo, género.

Comprehensive sexual education as a human right in Venezuela

Abstract

The purpose of this article is to analyze the recognition of sex education as a human right in the 1999 Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela. The research is of documentary type, the method used was hermeneutic. As a result, it was obtained that the 1999 Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela establishes the tacit recognition of human rights in articles 22 and 23 of the constitutional text. It was concluded that although the right to sexual education is not expressly considered, it is protected under the recognition derived from the enunciative clause of human rights.

Keywords: Sex education, human rights, ius naturalism, gender.

Introducción

La necesidad de reconocer educación sexual como derecho humano, surge de la afirmación de que este elemento es parte integral de la vida humana y, como tal, debe reconocerse y garantizarse. Más allá de las concepciones simplistas, la sexualidad es un componente transversal al ser humano que repercute en todos los ámbitos de la vida cotidiana siendo pues imprescindible del ser, que, si no es aceptado como tal, desnaturaliza la misma idea del ser humano.

Admitido: 10-12-2023 Aceptado: 07-05-2024

¹Artículo derivado del Trabajo Especial de Grado titulado: “El reconocimiento del derecho a la educación sexual como derecho humano en la legislación venezolana”. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela.

²Abogada. Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela. Correo Electrónico: vebabarboza@gmail.com

³Abogada. Doctora en Derecho. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: innesfariav@gmail.com

La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en el año 1994 (Fondo de Población de las Naciones Unidas, 2020) en la ciudad de El Cairo, Egipto, constituyó una de los eventos más controvertidos de población organizadas por las Naciones Unidas. En aquel escenario, unos de los puntos de mayor discusión estuvieron relacionados con los aspectos reproductivos y se dieron los principales lineamientos sobre derechos sexuales y relaciones entre los sexos, los cuales desde ese momento debieron tomarse en cuenta en las políticas y planes nacionales en la esfera de la salud sexual y reproductiva.

Asimismo, se considera que los derechos sexuales y reproductivos son los mismos derechos humanos interpretados desde el enfoque sexual, como eje central para el desarrollo del ser humano, ya que implica la posibilidad de mujeres y hombres de tomar decisiones autónomas sobre su propio cuerpo en todos los ámbitos de la vida, independientemente de cuál sea, se refiere a la forma en que ellos se perciben a sí mismo y cómo se relacionan con los demás.

Pese a la realidad de que la sexualidad y reproducción es parte inherente de la vida humana, para que puedan ser exigidos frente a un ordenamiento jurídico bajo la protección concedida a los derechos humanos, debe ser reconocidos como tal de forma directa o indirecta, lo que hace tema central de la presente investigación. Según el principio de progresividad de los derechos humanos, la Constitución tiene el deber de adaptarse a los avances internacionales en esta materia.

Ahora bien, la educación sexual es una rama de la educación que busca aclarar cuestiones de índole biológicas, sexuales y reproductivas, garantizando el libre desarrollo de la personalidad humana de manera que se provee al ser humano la información adecuada para conocer su cuerpo y a su vez, considerando el derecho a la salud y no discriminación en todos los ámbitos (Amado, 2015).

Sobre la educación sexual existe un dilema en el que se han involucrado diversos autores y legisladores a lo largo de los años como consecuencia de la búsqueda de los Estados por la inclusión de la educación sexual como un derecho expreso dentro de las legislaciones nacionales. Esto es una consecuencia natural luego de su reconocimiento como derecho humano en las normas internacionales como tratados, pactos y convenios, destacando entre ellos el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1993) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

En Venezuela, el derecho a la educación ha sido establecido en el artículo 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Sin embargo, su contenido no hace mención a la educación sexual, como lo contemplan los tratados, pactos y convenios internacionales en los que este último ha sido reconocido como derecho humano. El carácter de reconocimiento como derecho humano corresponde a aquellas prerrogativas que conforme al derecho interno de cada Estado protege al individuo frente a los órganos de poder garantizando su dignidad como ser humano (Faundez, 2004). Se entiende pues que reconocer el carácter jurídico de la educación sexual supondrá posteriores obligaciones para el Estado venezolano.

Así pues, es necesario destacar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 cuenta con dos mecanismos de reconocimiento de derechos: expreso y tácito, mediante el uso de la cláusula enunciativa de derechos humanos. Por ende, cabe preguntarse: ¿se reconoce el derecho a la educación sexual como un derecho humano en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela? La importancia de dar una respuesta clara y coherente a la pregunta sobre el reconocimiento del derecho a la educación sexual, recae en la necesidad de especificar el carácter inherente e irrenunciable que tiene el derecho mencionado, de manera que pueda protegerse con todos los mecanismos preexistentes en materia de derechos humanos y fundamentales. De lo contrario, no podrá exigirse una protección a nivel constitucional, a pesar de su relevancia en el desarrollo del ser humano.

Por último, se aplica el método hermenéutico debido a que ofrece una alternativa para investigaciones centradas en la interpretación de textos (Quintana, 2019). Así pues crea un proceso dialéctico que facilita el recorrido entre el texto para lograr una comprensión adecuada, lo cual permite que la presente investigación se centre en la intención del constituyente de 1999, al agregar la cláusula enunciativa de derechos humanos y, como consecuencia, una forma de reconocimiento tácito de derechos humanos.

1. La educación sexual como un derecho humano

A efectos de la investigación, resultó importante partir de la concepción de derechos humanos. Sobre la forma en la que se reconocen estos derechos, se tiene que existen dos vertientes. Una sostiene que los derechos humanos son aquellos que el Estado otorga en su orden jurídico (positivismo); la segunda manifiesta que el Estado sólo los reconoce y los garantiza en alguna medida (derecho natural). En la primera vertiente existen diferentes corrientes positivistas; en la segunda, la de derecho natural, las escuelas son muy diversas unas de otras (Carpizo, 2011).

En conceptos jurídicos, el positivismo expresa que la corriente jurídica que otorga la cualidad de persona al individuo; es decir, persona es una categoría jurídica que se puede conceder o no, o de la cual se puede excluir a un ser humano o a un grupo de ellos (Simental, 2019). Esto se ha presenciado históricamente, por ejemplo, los extranjeros, las mujeres, por razones de raza o por preferencias sexuales. Aunque cabe la aclaración de que excluir a grupos es ilegal en el ordenamiento jurídico venezolano.

Por el contrario, para las corrientes naturalistas, el ser humano, por el solo hecho de serlo, es persona y posee derechos y obligaciones (Simental, 2019); es decir, el Estado no puede desconocer esta situación, la única función del Estado de acuerdo con esta corriente es realizar el reconocimiento de este hecho, y a partir de él se garantizan facultades y garantías, a los cuales en la actualidad se les denomina derechos humanos. Sin embargo, cabe preguntarse ¿qué son los derechos humanos?

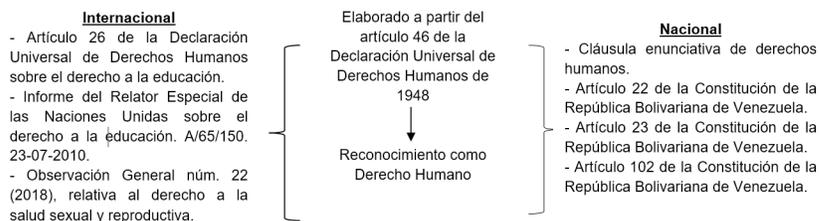
Para Laporta, son aquellos que la persona posee por su propia naturaleza y dignidad, que le son inherentes y no son una concesión de la comunidad política (Laporta, 2005). Si se aplican los conceptos de positivismo y derecho natural, resalta que el autor sigue nociones que parten desde el derecho natural, por cuanto afirma que los derechos humanos son inherentes a la condición de ser humano.

Por el contrario, Champeil-Desplats, explica que “Por lo tanto, los derechos humanos sólo son “derechos” si integran los órdenes jurídicos de conformidad con los procesos de producción de las normas definidos por el orden o aceptados por ese orden” (Champeil-Desplats, 2008: 3). En ese sentido, el autor hace referencia a la corriente positivista, sobre la cual no existe derecho si éste no ha sido reconocido en un texto normativo que haya cumplido con el procedimiento de creación de leyes.

No obstante, para la investigación, los derechos humanos se entienden desde el punto de vista *Ius naturalista*, es decir, el conjunto de derechos con el que cuenta todo ser humano desde su nacimiento, y que deben ser respetados por otras personas, Estados, comunidades políticas, y legisladores. Por tanto, todas las personas poseen derechos humanos por el simple hecho de ser personas, sin distinción de raza, sexo, condición económica u otro tipo de discriminación.

Ahora bien, ya se ha esclarecido que la concepción de derechos humanos no corresponde al capricho de los legisladores de turno, sino más bien, a lo inherente de la persona. Sin embargo, cabe mencionar que los instrumentos internacionales funcionan como un medio de garantía y un soporte al momento de oponer tus derechos frente al Estado. En cuanto a la educación sexual ya se han hecho numerosos reconocimientos tal y como se ilustra en la Figura 1, tanto nacionales como internacionales (ambos vinculantes para Venezuela), elementos que serán desarrollados más adelante en este artículo.

Al hacer mención del reconocimiento nacional en la Figura 1 se señalan artículos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, tanto a la cláusula enunciativa que guarda todo un capítulo en esta investigación para ser desarrollada, como al artículo 103 referente al derecho de educación. En este último, la mención expresa del derecho corresponde a la noción de derechos fundamentales. Estos son aquellos que están recogidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales, es decir, derechos humanos constitucionalizados (Carpizo, 2011). Según el autor, los derechos fundamentales parten de la prioridad axiológica y su esencialidad en relación con la persona humana, puesto que son los derechos humanos que se plasman en derecho positivo vigente (Carpizo, 2011).

Figura 1. Fundamentos de la Educación Sexual Integral

Fuente. Elaborado a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

La razón de que las prerrogativas se recojan en un texto normativo, como la Constitución o leyes, es la de contemplar cualquier aspecto que afecte el desarrollo integral de la persona en una comunidad libre y, en caso de infracción, existe la posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado, con la finalidad de garantizar el respeto y la protección de esos derechos fundamentales y, en este caso, la educación sexual en principio no está acogida por el texto constitucional.

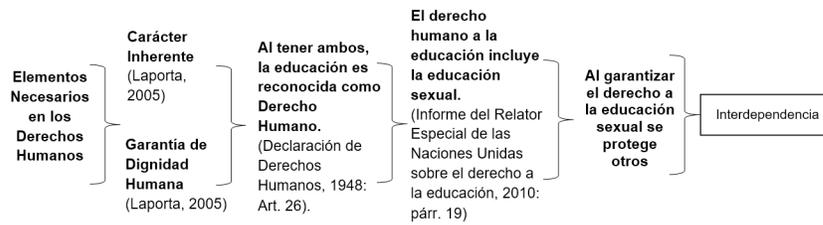
Sería un despropósito reducir la garantía de los derechos humanos a la dedocracia de turno porque desnaturaliza la finalidad de proteger, frente al Estado, al ser humano. Por tanto, no basta con asentar en un papel que las mujeres y hombres tienen derecho a la educación, pero tampoco es eficaz que de manera individual cada persona tenga conciencia de sus derechos porque no es suficiente para enfrentarse al poder del Estado. Carpizo (2011) hace un análisis sobre hasta qué punto y para qué sirve el reconocimiento en un ordenamiento jurídico y no es más que permitir que existan mecanismos de protección y de defensa jurídica para los derechos humanos. En definitiva, la noción de derechos fundamentales no está dirigida a crear prerrogativas sino reconocer aquellos derechos ya preexistentes.

1.1. Reconocimiento del derecho a la educación sexual en instrumentos internacionales.

Puede asegurarse que la educación sexual está sustentada en el marco de los derechos humanos incluyendo los derechos sexuales y reproductivos, además de, en los enfoques de género, diversidad, inclusión y desarrollo humano, con el fin de que la persona alcance una educación integral, bienestar, autonomía, capacidad de tomar decisiones libres y responsables, así como planificar y decidir sobre los aspectos que conciernen a su sexualidad y su futuro.

La educación sexual integral encuentra su base en el desarrollo y formación de la personalidad y para ello además de ciertos factores genéticos, se tienen otros aspectos que la conforman y que interactúan en forma bidireccional, tanto en la personalidad como en el desarrollo de la sexualidad, ya que estos se moldean en la convivencia del hogar (Carpizo, 2011). Por lo tanto, la educación sexual encuentra su propósito en satisfacer las necesidades de aprendizaje, y desarrollar sentimientos y emociones sobre la base de la razón e intuición que corresponde particularidades psicológicas del ser humano en el que se muestra de forma progresiva procesos básicos del desarrollo: la maduración psicológica, la biológica y la social.

La educación sexual integral, en sentido formal, tiene como finalidad proporcionar información sobre la sexualidad humana de manera planificada, ya sea a través de los servicios de educación o de salud (Amado, 2015). La relación entre este concepto y los derechos humanos ha sido estudiada por la doctrina nacional e internacional. Los pronunciamientos de organismos internacionales demuestran la relación entre la educación sexual y los derechos a la salud y a la educación, al principio no discriminación, y los derechos sexuales y reproductivos (Lovón, 2020).

Figura 2. La educación sexual como derecho humano

Fuente. Elaborado a partir del artículo 46 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948

Una vez aclarado a que se refiere el término educación sexual, el primer paso para el reconocimiento como derecho humano se encuentra en considerar el carácter inherente y la garantía de dignidad humana tal y como señala la Figura 2. Seguidamente, el pronunciamiento de organismos internacionales en la materia a través de la mención del derecho a la educación en instrumentos vinculantes, los cuales obligan a los Estados Partes a proteger esta facultad. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos se ha establecido que:

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.

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 (...) (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948: Art. 26)

El artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de ahora en adelante mencionada como “DUDH”, abrió las puertas en 1948 para exigir a los Estados la protección del saber indiferentemente de la edad, sexo, etnia, orientación sexual y cualquier otra característica de la persona. A su vez, en su segundo apartado menciona el pleno desarrollo de la personalidad humana. Como se explicó al inicio y será desarrollado en el presente artículo, la concepción de educación sexual no solo corresponde al ámbito biológico o reproductivo sino que debe satisfacer todos aquellos aspectos racionales que sirvan de utilidad para el crecimiento de la persona, incluyendo el aspecto social.

Como tercer punto de la Figura 2 se encuentra la interpretación extensiva del derecho a la educación. De conformidad con el artículo citado *eiusdem* se deriva la protección internacional del derecho a la educación incluyendo a la educación sexual. En consecuencia, esta se encuentra consagrada en la DUDH (1948) de manera tácita. Así lo indica el Informe del Relator Especial las Naciones Unidas:

El derecho a la educación incluye el derecho a la educación sexual, el cual es un derecho humano en sí mismo, que a su vez resulta condición indispensable para asegurar que las personas disfrutemos de otros derechos humanos, como el derecho a la salud, el derecho a la información y los derechos sexuales y reproductivo (Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, 2010: Párrafo 19).

Según el informe citado la educación sexual es un derecho en sí mismo de acuerdo con los organismos de Naciones Unidas. Sin embargo, no solo señala esta condición. Demuestra el texto citado el último punto de la Figura 2, representado como “Interdependencia”. Esto plantea la tesis de que todos los derechos son fundamentales por lo que resulta imposible establecer jerarquías y que la violación de cualquiera de ellos es atentar contra la dignidad humana (Programa Venezolano de Educación-Acción, 2008).

Partiendo de esta idea, podemos concluir que si la violación de un derecho influye en la violación de los otros, la garantía de uno provoca la protección de otros derechos porque “Los derechos humanos están relacionados entre sí” (Programa Venezolano de Educación-Acción, 2008: 16). Resulta evidente que los Estados deben proteger de forma integral toda la extensión del derecho a la educación, incluyendo la educación sexual, para poder garantizar el primero de manera eficaz o por lo menos, ese es el caso de Venezuela.

1.2. Fundamentos esenciales del derecho a la educación sexual.

El derecho a la educación sexual requiere la difusión de información sobre temas como sexualidad y reproducción, pero no se limita a conceptos generales sobre estos tópicos necesarios para el pleno desarrollo de la vida humana. Por el contrario, ahondando en un sentido amplio, debe tratar asuntos como la concepción del género desde el punto de vista social, el sexo desde el punto de vista biológico, y cómo estos afectan a los roles y relaciones sociales entre individuos. En ese sentido, la Organización de las Naciones Unidas ha establecido que:

Para que la educación sexual sea integral y cumpla sus objetivos, debe tener una sólida perspectiva de género. Numerosos estudios han demostrado que la gente joven que cree en la igualdad de género tiene mejores vidas sexuales. Inversamente, cuando no es así,

las relaciones íntimas generalmente están marcadas por la desigualdad. En el centro de la educación sexual deben considerarse, entonces, las normas, roles y relaciones de género. (Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, 2010: 21).

En este punto, debe recalcar la definición de educación sexual integral, partiendo de que el término “integral” en el ámbito de derechos humanos implica que las prerrogativas logran cuidar la dignidad de las personas desde distintas áreas y que su efectividad recae en que no se les puede dividir (Rocha *et al*; 2008). Por lo que se puede resaltar que la enseñanza de la educación sexual va más allá de la superficialidad de la reproducción. Deben verse involucrados aspectos sociales y personales que trascienden la biología humana.

Ahora bien, en este punto es importante aclarar la diferencia entre los conceptos de sexo y género. El sexo es el conjunto de características físicas, biológicas, anatómicas, y fisiológicas que definen como hombre y mujer a los seres humanos, y es determinado por la naturaleza. Por el contrario, el género es el conjunto de características sociales, culturales, políticas, psicológicas y jurídicas, que las diferentes sociedades asignan a cada persona de manera diferenciada como propias de hombres o mujeres (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2017).

Se entiende que el sexo es una característica biológica, natural, que permite diferenciar entre hombre y mujer a simple vista, basado en particularidades físicas. Sin embargo, el género resulta mucho más complejo que el concepto anterior, considerando que depende de temas sociales, culturales y políticos, por lo que es concebido como un constructo social y no como una característica intrínseca y estática de la persona. Se carece de pruebas del origen físico de las distinciones sociales establecidas y no pueden valorarse correctamente las diferencias por estar saturadas de factores culturales (Amado, 2015). El género parte de construcciones sociales que se van modificando a lo largo de la historia y hacen referencia a lo que se considera “masculino” y “femenino” y los matices que divagan entre uno y otro.

En cuanto a la perspectiva de género a la que hace mención el del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, se menciona como una herramienta para demostrar de manera pedagógica que las diferencias entre mujer y hombre van más allá del sexo biológico, sino que también están influenciadas por las diferencias culturales asignadas a los seres humanos como consecuencias de las formas de socialización ligadas a la sexualidad.

En ese orden de ideas, la enseñanza de la educación sexual debe verse reflejada desde la perspectiva de género, con el objetivo de incentivar la comprensión profunda tanto la vida de los seres humanos como de las relaciones que se dan entre ellos. Este enfoque cuestiona los estereotipos que han envuelto el sistema educativo y abre la puerta a la elaboración de nuevos contenidos de socialización y relación entre mujeres y hombres.

Otra de las implicaciones del derecho a la educación sexual, refiere la diversidad de la siguiente manera:

La educación sexual debe prestar particular atención a la diversidad, pues todas las personas tienen derecho a vivir su sexualidad sin ser discriminadas en razón de su orientación sexual o de su identidad de género. La educación sexual es una herramienta fundamental para acabar con la discriminación contra quienes viven una sexualidad diversa (Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, 2010: 23).

Sumado a los aspectos anteriores se encuentra el concepto de diversidad, que, concatenado con el principio de no discriminación, reafirma la posición universal de los derechos humanos. En definitiva el concepto de educación sexual de acuerdo con los organismos internacionales va más allá de una mera interpretación de la reproducción, requiere un amplio catálogo de matices entre lo social y biológico para poder dar respuesta a esa concepción integral que se menciona en el informe del relator sobre la educación.

Sería insuficiente impartir la educación sexual integral únicamente desde el aspecto biológico pues, hay aspectos sociales que responden a las características físicas del ser humano que también influyen en el pleno desarrollo de la persona, tal y como lo es el género concebido para este artículo como las características sociales y políticas que se asocian al ser humano dependiendo del sexo. La unión de ambos aspectos es necesaria para cumplir a cabalidad la garantía de este derecho.

1.3. El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad como elemento del derecho a la educación sexual.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad es el poder que posee cada ser humano para elegir desde su autonomía su forma de vida. Este derecho garantiza a los sujetos plena independencia para escoger, por ejemplo, su profesión, estado civil, pasatiempos, apariencia física, estudios o actividad laboral y sólo está limitado por el respeto a los demás y el interés general (Hernández, 2018). Reconociendo este derecho el Estado reafirma la facultad de toda persona de elegir quien ser y cómo actuar de la manera que mejor le convenga para alcanzar los objetivos, aspiraciones y logros de acuerdo a su preferencia.

Este derecho está consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos abordando la igualdad, libertad humana y la autonomía corporal y psíquica; la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales; y la educación como medio para el desarrollo de la personalidad humana. En ese orden de ideas, el artículo 26 de dicho instrumento establece:

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 (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948: Art. 26).

El libre desarrollo de la personalidad involucra dos aspectos fundamentales: la dignidad y la responsabilidad del individuo. La dignidad ya acepta el valor innato del ser humano, la autonomía y las facultades que posee; y, la responsabilidad porque enfatiza la consideración de la vida y los derechos de los demás (Hernández, 2018). Como consecuencia de la unión de estos espectros, encontramos que la autodeterminación y el respeto individual por las libertades ajenas son los únicos límites de este derecho.

Ahora bien, en cuanto a la Convención de los Derechos del Niño, se reconoce que: “Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989: Art. 29 Lit. a.) El artículo reconoce y evidencia la relación lógica entre la educación y el desarrollo de la personalidad.

Por su parte, las corrientes que intentan explicar el origen del desarrollo de la personalidad son tres: endógenas, exógenas e interaccionistas. Para las primeras, la personalidad viene determinada por características innatas de esa persona, en cambio para las teorías exógenas, los aspectos culturales y sociales son los que determinan la personalidad (Grimaldi, 2009). La última teoría afirma que el ambiente determina las actitudes y la personalidad de cada persona y viceversa, es decir la personalidad de cada uno va a ejercer una influencia en el ambiente que lo rodea.

Pese a que el derecho al libre desarrollo de la personalidad se conforma como un derecho *ad personam*, está influenciado indudablemente por causas externas además de la interacción con otros seres humanos y con el entorno por lo que influye y es influido constantemente (Del Pino, 2018). Sobra decir que las causas endógenas constituyen también uno de las bases que alimentan el pleno desarrollo de la personalidad del individuo. De las causas exógenas, resalta de forma particular la educación que recibe el individuo, tanto la formal como la empírica y la cultural.

Siguiendo con el reconocimiento internacional del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, se tiene que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo considera de la siguiente manera:

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 (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1976: Art. 13).

Del artículo citado puede interpretarse que la educación, y por consecuencia la educación sexual, conlleva una relación estrecha y directa con la formación de la personalidad del ser humano por cuanto constituye un derecho inalienable e irrenunciable, pues, al ser alterado, acarrea consecuencias en el desarrollo de la persona y por lo tanto en su libertad. Garantizar este derecho no hace más que proteger el crecimiento intelectual y personal de todos los seres humanos. Una educación sexual integral adecuada no solamente promueve el libre desarrollo de la personalidad, sino también la autonomía del individuo en cuanto a sus elecciones.

En definitiva, el derecho a la educación y la educación sexual forman parte esencial del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, reconocido en Venezuela en el artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Esta relación se desprende de la afirmación de que la educación influye, de forma positiva o negativa, en la formación de la personalidad humana.

Asimismo, la manera en la que los individuos piensan, actúan y toman sus decisiones, está determinada en gran medida por la educación que han percibido a lo largo de su vida. De ahí surge la necesidad de que la educación sexual se involucre de forma activa en la educación general, de modo que se otorgue la información necesaria en materia de sexualidad, para que las personas tomen decisiones conscientes.

2. El reconocimiento tácito de derechos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

En cuanto al reconocimiento de los derechos humanos, su importancia radica en que los individuos pueden exigir su protección frente a los Estados, no porque este le esté otorgando prerrogativas sino porque pone a su disposición mecanismos útiles para accionar al aparato jurisdiccional del estado en caso de violación a sus garantías, de ahí se desprende la necesidad de reconocer a la educación sexual integral como derecho en los ordenamientos internos.

En Venezuela, el reconocimiento no se limita al reconocimiento expreso de derechos humanos, recogidos en el texto constitucional y conocidos como derechos constitucionales, sino que puede verse involucrado el reconocimiento tácito mediante las teorías del monismo y del dualismo, así como la Cláusula de Derechos Humanos de la Constitución Nacional (1999), tal como se verá a continuación.

2.1. Teoría monista y teoría dualista.

El monismo es una teoría que ha sido profundizada no sólo por estudiosos del Derecho, sino por filósofos en general. Esta corriente plantea que el derecho internacional y el derecho nacional forman parte de un mismo ordenamiento jurídico universal (Pinho, 2021). En esta teoría, los postulados del primero tienen supremacía sobre el segundo. Así, los legisladores de los Estados tienen la obligación de desarrollar normas que vayan acorde a lo establecido en los estándares internacionales.

Sin embargo, el monismo se divide en dos subteorías: La primera en donde el derecho internacional se sobrepone al nacional, y la segunda, con firme supremacía en el derecho nacional (Pinho, 2021). En esta última, el derecho nacional se sobrepone en el caso de conflicto entre los dos ordenamientos, considerando que se trata de las leyes internas del entramado legal del Estado en cuestión. Por otro lado, si se trata de quien defiende la teoría monista donde siempre prevalece el derecho internacional, si hay conflicto, debe aplicarse éste último, considerando que la validez del derecho interno depende de él.

El monismo obliga a que el derecho internacional y el ordenamiento jurídico de cada Estado sean un mismo sistema normativo. En consecuencia, las normas del primero se incorporan de manera automática al segundo, por cuanto no es necesario que el legislador extienda una nueva Ley cada vez que se firma y ratifica un tratado, pacto o convenio internacional. Ahora bien, el dualismo implica que el derecho nacional y el derecho internacional se analicen como sistemas separados e independientes, por lo que las esferas de competencia son autónomas una de la otra.

Ahora bien, se parte de la premisa de que el derecho internacional tiene por norte regular a los sujetos internacionales, mientras que el nacional regula a los ciudadanos. Cada Estado decide la manera en que las disposiciones internacionales se adaptan o se incluyen en el texto normativo interno, por lo que el derecho internacional no tiene efecto directo ni es supremo del derecho nacional. Para el dualismo, siendo esta la teoría acogida por Venezuela, las relaciones entre el derecho internacional y el interno se rigen por el principio de la coordinación, del cual pueden extraerse dos consecuencias: i) las normas acogidas en los sistemas no pueden obligarse una a la otra y ii) entre los sistemas jurídicos no puede haber conflicto, solamente puede suscitarse reenvío.

En definitiva, para que el sistema jurídico internacional pueda ser implementado y surta efectos en la esfera jurídica interna, es necesario que las disposiciones sean adoptadas dentro del ordenamiento jurídico nacional, ya sea de manera total o parcial. De esa forma, dejan de ser normas independientes que pertenecen al orden internacional, para pasar a normas obligatorias en el nacional poseyendo carácter constitucional.

2.2. Cláusula enunciativa de los derechos humanos.

Se entiende por cláusula enunciativa de los derechos humanos, al artículo constitucional que refiere el reconocimiento de derechos que, no habiendo sido incluidos en el texto, se protegen por el mero hecho de ser considerados derechos humanos. En ese sentido, establece que:

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos. (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: Art. 22).

En el momento en el que los Estados desarrollan su sistema jurídico, tienen una esencia determinada que no puede desaparecer o modificarse por la inclusión de normas propias del derecho internacional, o incluso nacional. Esto se debe al principio de progresividad de los derechos humanos, que plantea el avance paulatino de las facultades individuales de los seres humanos, que, por el contrario de las normas, van avanzando conforme a la evolución social propia del hombre. Por ende, no puede existir un retroceso en los mecanismos de protección de derechos constitucionales sino todo lo opuesto.

Este principio se encuentra consolidado en los Artículos 22 y 23 Constitución, pues sostienen que la enunciación de los derechos y las garantías que se encuentran en la Constitución y en los instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos. No obstante, no debe entenderse como la inexistencia o negación de otros que, aunque son inherentes a la persona, no figuran de manera expresa, ni que la falta de ley que los consagre se menoscaba su protección y ejercicio. Así es reafirmado por la jurisprudencia nacional:

Así, en el artículo 22 se inserta la cláusula abierta de los derechos humanos, según la cual la enunciación de los derechos y garantías consagrados en el texto constitucional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no debe entenderse como la negativa a aceptar la existencia y la aplicación de otros derechos y garantías constitucionales, que siendo inherentes a la persona, no se encuentren establecidos expresamente en el texto constitucional o en dichos tratados. (Tribunal Supremo de Justicia, 2007: Expediente 06-0898).

Vemos pues, como la Sala Constitucional reafirmar ese criterio acogido por el texto fundamental, abriendo las puertas al reconocimiento progresivo de derecho independientemente de los avances legislativos a nivel interno. Es de suponer que una cláusula así obtenga tanta importancia en todo el desarrollo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 porque responde a la facilidad de mutar las garantías otorgadas por el Estado venezolano sin necesidad de tener que modificar, o al menos en principio, el texto constitucional. Las normas suelen ser menos mutables que los cambios sociales. Por su parte, el rango constitucional de los derechos humanos contemplados en instrumentos internacionales se encuentra en la Constitución, cuyo artículo 23 consagra:

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan norma sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas por esta Constitución y la Ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: Art. 23).

El artículo citado *eiusdem* sostiene que los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales prevalecen en el orden interno, es decir, en el establecido en la propia norma constitucional y en las leyes, cuando contemplen condiciones de ejercicio y goce más favorables para los ciudadanos, sin duda les está extendiendo un rango constitucional o supraconstitucional. Sobre esto, el Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que:

De igual forma, en dicha norma se establece, a los efectos de robustecer la protección de los derechos humanos, que los tratados, pactos y convenciones en materia de derechos humanos, que hayan sido suscritos y ratificados por Venezuela, predominarán en el orden jurídico interno en la medida en que contengan normas referidas al goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables que las contenidas en la Constitución y en las leyes de la República (Tribunal Supremo de Justicia, 2007: Expediente 06-0898).

De ese modo, se incorpora el bloque constitucional de derechos. Este artículo impone la jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenios internacionales, lo que deriva en la obligación de proteger su contenido como si se tratase de normas constitucionales, siempre que sean suscritos y ratificados por Venezuela y siempre que se trate de normas más favorables que las que existen en el ordenamiento jurídico interno.

Para finalizar este apartado, deben considerarse las siguientes premisas: i) la enunciación de derechos humanos en la Constitución venezolana no es taxativa, sino enunciativa; ii) los derechos consagrados en el texto constitucional no son todos los inherentes a las personas; iii) que todos los derechos contenidos en la Constitución son considerados inherentes a la persona humana; iv) que, una vez aceptado que un derecho es inherente a la persona humana dentro de un texto normativo internacional, no debe considerarse inexistente en el ordenamiento jurídico por no encontrarse amparado en la Constitución.

Conclusión

Los derechos humanos son el resultado de la unión de distintas características, tales como su carácter inherente y la garantía de la dignidad humana. Al demostrar la relación interdependiente entre ellos, resulta imposible garantizar un derecho negando la existencia de otro, pues se trastoca la concepción natural de los derechos humanos, que no responde a concesiones del legislador, sino a condiciones innatas de la persona.

El derecho a la educación es una labor primordial y sustancial en cuanto a la adquisición, por parte del sujeto, de la libertad necesaria para el pleno desarrollo de su personalidad; de ahí surge el principal elemento vinculante entre el derecho a la educación y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. El primero actúa como influencia inequívoca en la existencia del segundo. Es así, pues, que la educación incide de forma inequívoca en la formación individual del ser humano.

Es menester del Estado brindar las garantías necesarias para que los ciudadanos accedan a una educación de calidad con la finalidad de promover el desarrollo personal. La importancia de tal afirmación estriba en la naturaleza humana del derecho. En este sentido, la existencia del derecho a la educación y su carácter integrador en cuanto a actitudes y aptitudes personales dan razón de la necesidad que adquiere frente al pleno desarrollo de la personalidad del individuo.

Sin embargo, debe considerarse que el derecho a la educación no termina en garantizar el acceso a esta para todos los ciudadanos. Por el contrario, la educación implica temas como la sexualidad, de la cual trató la presente investigación. Es por ello que el derecho a la educación se alimenta de distintas disciplinas y enfoques, como el derecho a la educación sexual, que deriva en la educación sexual integral.

Por otro lado, se determinó que la educación sexual no es solo una parte integrante del derecho a la educación, sino que tiene su propia participación en los derechos humanos. Ha sido reconocida por la comunidad internacional como un derecho inherente al ser humano, en consideración de que permite al individuo explorar y conocer de manera objetiva una función biológica que permite el desarrollo maduro y consciente de la vida.

Ahora, se encontró que en Venezuela, la Constitución vigente no reconoce de manera expresa el derecho a la educación sexual, por cuanto su articulado solo contiene el derecho a la educación como un derecho humano. No obstante, ello no significa que no reconozca el derecho a la educación sexual. Debe considerarse la existencia de la cláusula enunciativa de derechos humanos, que parte de la teoría dualista de los ordenamientos jurídicos.

Como respuesta a la última interrogante de esta investigación, se concluye que, a pesar de que el texto constitucional no integra un artículo para el derecho a la educación sexual, lo reconoce de forma tácita mediante los artículos 22 y 23, pertenecientes a la cláusula enunciativa de los derechos humanos y al bloque constitucional. De modo que, siendo mencionado el derecho a la educación sexual en tratados, pactos y convenios suscritos y ratificados por la República, y teniendo estos rango constitucional, su contenido debe garantizarse bajo los mismos términos en los que se garantiza y protege la Constitución.

Referencias bibliográficas

FAÚNDEZ, Héctor. 2004. **El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos**. Aspectos institucionales y procesales. En <https://www.corteidh.or.cr/tablas/23853.pdf> [Consultado: 18 de Junio del 2023].

HERNÁNDEZ, Armando. 2018. **Derecho al libre desarrollo de la personalidad**. En <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/42428> [Consultado: 25 de Junio del 2023].

LAPORTA, Francisco. 2005. **Sobre el concepto de derechos humanos**. En <https://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-el-concepto-de-derechos-humanos-0/> [Consultado: 25 de Junio del 2023].

ROCHA, Ruth. 2008. **Declaración Universal de Derechos Humanos, adaptación para niños**. En <http://bibotecadigital.indh.cl/handle/123456789/534> [Consultado: 25 de Junio del 2023].

CARPIZO, Jorge. 2011. Los Derechos Humanos: naturaleza, denominación y características. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. En https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000200001 [Consultado 22 de Junio 2023].

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. 2008. La teoría general de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba. **Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos**. En <https://philpapers.org/rec/CHALTG> [Consultado 25 de Junio 2023].

DEL PINO, María. 2018. **El derecho humano a la educación: proyección en el libre desarrollo de la personalidad**. **Revista de la Facultad de Derecho**. En http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652018000100276#:~:text=El%20ejercicio%20del%20derecho%20a,tambi%C3%A9n%20la%20autonom%C3%ADa%20de%20individuo [Consultado 02 de Julio 2023].

GRIMALDI HERRERA, Carmen. 2009. **Desarrollo de la personalidad. Teorías, en Contribuciones a las Ciencias Sociales**. En www.eumed.net/rev/cccss/06/cgh8.htm [Consultado 06 de Julio 2023].

LOVÓN, Claudia. 2020. Educación sexual: una cuestión de derechos humanos. **Revista Memoria**. En <https://idehpucp.pucp.edu.pe/revista-memoria/articulo/educacion-sexual-una-cuestion-de-derechos-humanos/> [Consultado 24 de Julio 2023].

PINHO, María. 2021. Breve análisis sobre la tutela de los derechos humanos en el orden constitucional venezolano. **Revista Novum Jus**. En <http://www.scielo.org.co/pdf/njus/v15n2/2500-8692-njus-15-02-153.pdf> [Consultado 06 de Julio 2023].

QUINTANA, Laura y HERMIDA, Julian 2019. La hermenéutica como método de interpretación de textos en la investigación psicoanalítica. **Revista de Ciencias Empresariales y Sociales**. En <https://www.redalyc.org/journal/4835/483568603007/> [Consultado 18 de Junio 2023].

SIMENTAL, Victor. 2019. Derecho humano al gentilicio. Caso: Ciudad de México. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. En <https://www.redalyc.org/journal/885/88571677012/88571677012.pdf> [Consultado 25 de Julio 2023].

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1989. **Convención sobre los Derechos del Niño. 20 de noviembre de 1989**. En <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> [Consultado el 18 de Junio del 2023].

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1976. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. 16 de diciembre de 1966. En https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf [Consultado el 03 de Julio del 2023]

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1999. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Publicada en **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 26.860 del 30 de diciembre de 1999**, reimpresa en **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.453 Extraordinario**, del 24 de marzo de 2000. En https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf [Consultado el 02 de Junio del 2023]

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1948. **Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948**. En https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf [Consultado el 26 de Junio del 2023]

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1993. **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 25 de junio de 1993**. En <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1sp.pdf> [Consultado el 18 de Junio del 2023]

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. **Sentencia del 06 de Febrero del 2007. Sentencia número 1544.** En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Febrero/161-060207-06-0898.htm> [Consultado el 06 de Julio del 2023]

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 2010. **Informe del Relator Especial de la ONU sobre el Derecho a la Educación: la Educación Sexual.** En <https://www.right-to-education.org/es/resource/informe-del-relator-especial-de-la-onu-sobre-el-derecho-la-educaci-n-la-educaci-n-sexual>

AMADO, Jorge. 2015. **Fundamentos para la Educación Sexual de Nuestros Hijos.** En <https://www.pedia-gess.com/archivos2pdf/Fundamentos%20C.pdf>

FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 2020. **Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo.** En <https://www.unfpa.org/es/conferencia-internacional-sobre-la-poblacion-y-el-desarrollo-0>

FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. 2017. **Perspectiva de género.** En <https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org.argentina/files/2018-04/COM-1PerspectivaGeneroWEB.pdf>

PROGRAMA VENEZOLANO DE EDUCACIÓN-ACCIÓN. 2008. **Conceptos y características de los Derechos Humanos.** En <https://www.derechos.org.ve/web/wp-content/uploads/Conceptos-Caracteri%CC%81sticas-Derechos-Humanos.pdf>

Cultura de Cancelación en la Actividad Publicitaria frente al Daño Patrimonial Puro¹

Paula Cobarrubia Rojas²

Aaron Vinicio Huerta Fernández³

Resumen

La presente investigación está orientada a identificar la validez de la reclamación del daño patrimonial puro originado de las consecuencias devenidas por la Cultura de Cancelación en la actividad publicitaria en Venezuela. Este trabajo es de tipo descriptivo con un diseño documental, se hizo uso del método hermenéutico para la interpretación del fenómeno, siguiendo para ello la doctrina de Reale (1997). Se encontró incidencia de las consecuencias de la Cultura de Cancelación sobre la doctrina de la responsabilidad civil y el estudio del daño como concepto jurídico general y en sus subsegmentos, la oportunidad de acople del artículo 1185 del Código Civil venezolano vigente a nuevos intereses jurídicos protegidos según tendencias extranjeras y susceptibilidad de aspectos jurídicamente relevantes no personales a sufrir daños, como las marcas. Se obtuvo como conclusión el cómo puede afectar el mal asesoramiento a una marca para ejecutar una campaña publicitaria, originando consecuencias puramente económicas, se logró establecer que este daño puede ser objeto de indemnización y es cuantificable.

Palabras clave: Cultura de Cancelación, Daño Patrimonial Puro, Responsabilidad Civil.

Cancellation Culture in the Advertising Activity against Pure Economic Loss

Abstract

The current investigation is oriented to identify the validity of the claim of pure economic loss originating from the consequences caused by the Culture of Cancellation in advertising activity in Venezuela. This work is descriptive with a documentary design, the hermeneutic method was used to interpret the phenomenon, following the doctrine of Reale (1997). Incidence of the consequences of the Culture of Cancellation on the principle of civil liability and the study of damage as a general legal concept and in its subsegments, the opportunity to couple article 1185 of the current Venezuelan Civil Code to new legal interests protected according to foreign trends and susceptibility of non-personal legally relevant aspects to suffer damage, such as brands, was found. It is concluded that bad advice can affect a brand in an advertising campaign, generating purely economic consequences. It was possible to establish that this damage can be subject to compensation and is quantifiable.

Keywords: Culture of Cancellation, Pure Patrimonial Damage, Civil Liability.

Admitido: 24-12-2023 Aceptado: 19-06-2024

¹Este artículo deriva del Trabajo Especial de Grado “Campañas Publicitarias con Mensaje Subliminal frente a la Validez del Daño Patrimonial Puro en Venezuela”.

²Abogada. Universidad Rafael Urdaneta (VE). Maracaibo-Venezuela. Correo electrónico: XXXXXXXX@gmail.com

³Abogado. Universidad Rafael Urdaneta (VE); Máster Universitario en Derecho de Daños. Universitat de Girona (ES). Maracaibo-Venezuela. Correo electrónico: aaronvhuertaf@gmail.com

Introducción

La industria publicitaria desempeña un papel fundamental en la sociedad actual, influyendo en las decisiones de compra, respaldando a personajes influyentes y promoviendo el uso de servicios. Con el auge de las redes sociales como medio *sine qua non* para la comercialización de productos, servicios y con ello, experiencias positivas o negativas del público a quien va dirigida la publicidad, las estrategias de posicionamiento y persuasión del usuario han experimentado cambios significativos como parte del proceso de adaptación a los nuevos paradigmas sociales, culturales, económicos y políticos; sin embargo, en este contexto, ha surgido un fenómeno conocido como la «Cultura de Cancelación», el cual tiende a generar un nivel tan alto de controversia, que resulta natural la incidencia de este evento sobre intereses jurídicamente relevantes, protegidos o no, ya sea en personas naturales o jurídicas.

In prima facie, la «Cultura de Cancelación» se refiere al uso de medios de comunicación, en especial las redes sociales, para rechazar actos considerados injustos, intolerantes, discriminatorios u ofensivos, comentarios u acciones que generan como resultado el retirar el apoyo a marcas, políticos, celebridades y otros individuos así como entidades. Esto ocasiona no solo pérdidas económicas, sino también afectaciones en términos de popularidad y reputación. Existe un debate en torno a si las empresas deben asumir la responsabilidad por las pérdidas causadas por las acciones de expertos o colaboradores contratados.

El primer antecedente de la «Cultura de Cancelación» encuentra aproximadamente sus orígenes en la red social Twitter, cuando se le hacían llamados de atención a celebridades o empleados públicos por ser racistas, homofóbicos o sexistas, entre otras, siendo una forma de evidenciarlo y repudiar tal conducta. Esto se extendió con etiquetas en la plataforma cuando se denunciaba un comportamiento y este trascendía, tal como sucedió con el movimiento *#MeToo*, fue creado por Tarana Burke, una mujer afroamericana, activista y sobreviviente de abuso sexual.

En este sentido, es razonable la carga recaída sobre la ciencias jurídicas, de proporcionar a las empresas fórmulas de protección para marcas una mayor seguridad jurídica para defender sus derechos e intereses, en casos relacionados con el «Daño Patrimonial Puro», evitando así la indefensión generada por la falta de criterios claros en el sistema jurídico venezolano sobre las oportunidades y expectativas de pedir reparación por pérdidas económicas sufridas. De igual forma, se plantea establecer parámetros para determinar los casos en donde un hecho debe ser indemnizado como daño patrimonial y calcular el monto de compensación correspondiente, con el objetivo de ser exigible ante la Jurisdicción venezolana, al no ser común en sistemas jurídicos latinos y promover una adecuada protección legal para las partes involucradas.

La investigación propuesta es de suma relevancia debido a la carencia de leyes y criterios en el sistema jurídico venezolano en relación con el «Daño Patrimonial Puro», así como la necesidad de asegurar una compensación justa y equitativa para las empresas cuyas marcas se ven perjudicadas. En la actualidad, la ausencia de una base legal sólida para abordar esta tipología de daño, representa un vacío en el sistema jurídico, pudiendo llevar a situaciones de injusticia y falta de protección para los afectados.

Se utilizará la hermenéutica jurídica según los postulados de Reale (1997) debido a su relevancia en la interpretación del derecho, esta disciplina filosófica proporciona un marco para comprender el ámbito jurídico, aborda el conocimiento y la regulación de los comportamientos. Esta ciencia de interpretación, permite analizar perspectivas, argumentos, así como comprende el impacto en la protección del patrimonio y los derechos individuales. Además, ofrece herramientas para examinar los principios subyacentes en la Cultura de Cancelación y también su relación con la interpretación del derecho. Con ella se puede identificar incertidumbre entre la protección del patrimonio y la libertad de expresión, así como las implicaciones éticas y sociales de la cancelación.

1. Dimensiones del «Daño Patrimonial Puro» y delimitación del daño resarcible

El «Daño Patrimonial Puro» es, en su génesis, una depreciación económica, la cual se produce de forma directa, cierta, actual y cuantificable, pero sin generarse un perjuicio, en exclusión de aspectos subjetivos o inmateriales, como el sufrimiento emocional o psicológico⁴. Para que un daño sea considerado puro, y por defecto posterior patrimonial, debe existir una relación directa de causalidad entre el hecho generador del daño y la lesión económica sufrida⁵. La cuantificación del Daño Patrimonial Puro, en adelante DPP, debe ser objetiva y basada en pruebas concretas. La importancia de este concepto radica en la posibilidad de las personas que han sido perjudicadas por un acto económicamente perjudicial de obtener una compensación frente a una desprotección de la normativa vigente. En este capítulo, se examinan los elementos del DPP, cómo se cuantifica, su tratamiento en sistemas jurídicos extranjeros, así como en el caso particular de Venezuela con una cláusula general de responsabilidad.

El DPP, en su planteamiento y discusión científica, se entiende como cierta su referencia a las pérdidas económicas en su conjunto, cuya afectación no genera hecho ilícito por no transgredir un interés legítimamente protegido⁶, si no al patrimonio de un particular, por ello se plantea si el perjuicio es resarcible o no, al no haber norma a invocar. Martín-Casals y Ribot Igualada (2003:884) plantean este concepto como: “[...] es aquel que sin causar un daño a la persona del dañado o sus cosas produce una disminución de su patrimonio”. En este sentido, el DPP es aquel que, sin causar un perjuicio a la persona (natural o jurídica) del dañado o a sus cosas, produce una disminución de su patrimonio, un ejemplo clave de esta circunstancia es la reclamación del lucro cesante por causa de muerte por parte de sus sobrevivientes.

Los elementos para identificar un daño puro meramente económico, se basan en su causalidad, es decir, si este se produce de forma directa, cierta, actual y cuantificable, de manera concurrente, en exclusión de los aspectos subjetivos o inmateriales, cuya cuantificación debe ser objetiva, con respecto a las pérdidas visibles y palpables, acompañadas de la prueba fundante de la pérdida, dependiendo casi radicalmente de la actividad probatoria de quien reclama este tipo de daño (Gherzi, 2003).

En concreto, el Daño Patrimonial Puro es un daño sin perjuicio del espectro exclusivamente económico con un alto margen de susceptibilidad de medición, cuantificación e incompatible con elementos emocionales y/o morales; dependiente de una relación de causalidad e imputabilidad concretamente definida y percible, cuya cuantificación dependerá de las pruebas aportadas y se enarbole su objetividad, esto se puede hacer a través de registros contables, financieros e instrucciones giradas como antecedente al daño, por lo que, lo único indemnizable será la lesión económica directa y verificable.

1.1 Tratamiento del Daño Patrimonial Puro en sistemas jurídicos extranjeros.

En los sistemas jurídicos extranjeros, el tratamiento del DPP, puede variar, algunos sistemas como el francés, tienen un sistema general de responsabilidad civil de cláusula abierta en cuanto a los daños se refiere, otros sistemas, como el alemán, tienen un sistema típico o cerrado de responsabilidad civil, en el cual se especifican los elementos constitutivos e inherentes para considerar la existencia de una posible reclamación; por otro lado, en el derecho inglés, el Daño Patrimonial Puro se puede reclamar por medio de la acción de negligencia, entendiéndose como una figura jurídica que requiere que el demandado haya tenido un deber de cuidado para con el demandante, donde su incumplimiento haya sido la causa del daño sufrido por el demandante para convertirse en un daño y haya sido previsible, es decir, estamos bajo una dependencia de una suerte de carga de socorro.

El sistema jurídico francés trata el DPP mediante la reparación integral de las pérdidas económicas sufridas. Según el sistema francés⁷: “Toda persona que cause daño a otra está obligada a repararlo [...]” (*Code Civil des Français*, 1804: art. 1240). La perspectiva francesa se basa en la idea de restablecer el equilibrio económico

⁴Conceptos igualmente válidos, conocido como daño moral puro o *pure emotional harm*, el cual puede ser encontrado específicamente en el código civil francés vigente, a manera de ejemplo.

⁵No debiendo estar reconocida explícitamente en el orden jurídico, pues ya estaríamos hablando de una reparación económica común, por lo tanto, sería absurdo recurrir a esta institución jurídica.

⁶Con interés legítimamente protegido, se refieren a las expectativas de derecho consideradas por el legislador.

⁷Denominado *Code Civil des Français*.

quebrantado por la acción dañina de un individuo sobre otro. Al centrarse en las pérdidas económicas, el sistema jurídico francés evita la subjetividad y se enfoca en la restitución de las pérdidas económicas de manera objetiva fundamentada en una relación de causalidad clara.

Por otro lado, al tratarse de sistemas jurídicos típicos o cerrados, se debe mencionar el derecho alemán, especialmente las normas contenidas en el *Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB de 1896 como norma sustantiva civil, donde se refiere a tres tipos básicos de ilícitos civiles: la lesión culpable, antijurídica de ciertos bienes jurídicos de otros, la infracción culposa o norma protectora y los daños causados dolosamente de un modo contrario a las buenas costumbres.

Este sistema jurídico alemán busca brindar seguridad jurídica al evitar el uso de una cláusula general, por temas de extralimitación indemnizatoria injusta, en su lugar, establece supuestos concretos y tipos básicos de ilícitos civiles. Se destaca la protección de bienes jurídicos fundamentales, como la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad y la propiedad así como garantizar la indemnización de daños patrimoniales derivados de su lesión directa. No obstante, el Derecho alemán sigue centrándose en proteger solo determinados derechos, sin incluir el interés en mantener la propia integridad patrimonial, inherente a una actividad comercial y a la cualidad de comerciante si en el ámbito mercantil se centra, excluyendo en su totalidad la posibilidad de una cláusula general o abierta de responsabilidad (Martín-Casals & Ribot Igualada, 2003).

De acuerdo a lo anterior, este esquema ha creado insuficiencias en la protección integral de los intereses de las personas físicas y jurídicas. Jurisprudencialmente, en Alemania se ha desarrollado el parágrafo 823 inciso I del BGB para abarcar el llamado «derecho general de la personalidad», el cual incluye la protección del honor y la intimidad y el «derecho a la actividad comercial establecida y ejercitada» para cubrir situaciones no contempladas por el artículo insuficientemente protegidas por el parágrafo 826 *eiusdem*, como la buena fama comercial y, haciendo un resaltado importante, las expectativas comerciales. En general, el sistema jurídico alemán ofrece una protección efectiva de los bienes jurídicos fundamentales y la indemnización justa de daños patrimoniales derivados de su lesión directa. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el sistema jurídico alemán no es perfecto y que puede haber casos en los que no se protejan adecuadamente ciertos intereses (Martín-Casals & Ribot Igualada, 2003).

En el derecho inglés por su parte, también se adscribe a los sistemas típicos o de cláusula cerrada, un documento que vale la pena resaltar es el *Tort of Negligence* o responsabilidad por negligencia, el cual ha sido desarrollado por la jurisprudencia desde el siglo XIX (Martín-Casals & Ribot Igualada, 2003). Este sistema aborda la protección con una interpretación legal de carácter economicista y se caracteriza por requerir una conducta dolosa del agente, es decir, una conducta negligente de la cual dependa la producción del daño patrimonial.

También por ello se deben rescatar los elementos clave de esta norma para establecer la responsabilidad por negligencia: a) la concurrencia del *Duty of Care* o deber de cuidado, se refiere al deber del demandado de actuar diligentemente en beneficio del círculo de personas al que pertenece el demandante. Es decir, se debe demostrar que existía una obligación legal o social de cuidado hacia el demandante por parte del demandado; b) el incumplimiento del *Breach of Duty* o deber de cuidado, en el cual se procura demostrar que el demandado ha incumplido con su deber de actuar diligentemente, es decir, ha actuado en zozobra del estándar objetivo de conducta exigible o en incumplimiento de un concepto válvula y; c) la relación de causalidad, es necesario establecer que el daño sufrido por el demandante es una consecuencia razonablemente imputable a la conducta negligente del demandado (Markesinis citado en Martín-Casals & Ribot Igualada, 2003).

El sistema de responsabilidad por negligencia inglés abarca situaciones con daño patrimonial por negligencia. Esto lo diferencia de otros sistemas que se enfocan en conductas intencionales, como el fraude o la difamación, y se considera de carácter condicional, se aplica a casos donde hay un descuido o falta de diligencia que ha provocado un daño económico puro. El enfoque en la protección de intereses económicos a través de la responsabilidad por negligencia se ha consolidado en la jurisprudencia y ofrece una base sólida para la indemnización de daños patrimoniales puros en el Derecho Inglés. Este sistema proporciona una estructura clara para evaluar los casos y

determinar la responsabilidad del demandado, permitiendo una mayor predictibilidad y equidad en la aplicación del derecho en estos asuntos.

Es fundamental considerar los diferentes enfoques y principios fundamentales de los sistemas jurídicos mencionados al implementarlos en un sistema jurídico venezolano. El sistema jurídico francés utiliza una cláusula general de responsabilidad, que busca una reparación integral y objetiva del daño patrimonial, evitando consideraciones subjetivas. El sistema jurídico alemán, por otro lado, ofrece seguridad jurídica al basarse en supuestos concretos, protegiendo bienes jurídicos fundamentales. El sistema jurídico inglés de responsabilidad por negligencia permite abordar una amplia gama de situaciones enmarcada en una obligación de cuidado y estándares de conducta. Una combinación de principios y enfoques puede permitir la protección efectiva de los intereses económicos y la indemnización justa de daños patrimoniales puros, al tiempo que se evita la subjetividad y se promueve la seguridad jurídica. En última instancia, la finalidad debe ser garantizar la restitución del equilibrio económico quebrantado y promover la justicia en la compensación por daño patrimonial puro.

1.2. Venezuela con un sistema de cláusula general de responsabilidad.

En Venezuela, el derecho de daños en sí, se rige principalmente por el Código Civil venezolano vigente, donde se aborda a través de una cláusula general de responsabilidad, tal como se observa en el caso francés analizado anteriormente. En el articulado *eiusdem* se establece que: “[...] cualquier persona que cause un daño patrimonial a otra debe repararlo, independientemente de la existencia de una relación contractual o extracontractual entre las partes” (Código Civil de Venezuela, 1982: art. 1.185). La cláusula general de responsabilidad en Venezuela se basa en el principio de reparación integral y busca asegurar una compensación.

El DPP implica un menoscabo directo en el patrimonio de una persona o entidad, sin afectar por así decirlo, la esfera jurídica de derechos del particular, al no transgredir una norma de derecho vigente por la cual derive en sí un hecho ilícito. Por regla general, esto habrá comportado también un daño palpable a la persona de un tercero, o a cosas o intereses ajenos o que carecen de título nominal, no obstante, lo esencial y conveniente a subrayar es que respecto a la persona que sufre el Daño Patrimonial Puro no se produce la lesión de un bien o interés concreto sino tan sólo un menoscabo patrimonial (Martín- Casals & Ribot Iguada, 2003).

Este tipo de daño puede ser ocasionado por diversas situaciones, como incumplimientos contractuales⁸, negligencias profesionales, actos ilícitos o desastres naturales, entre otros. Es importante tener en cuenta que el daño patrimonial puro puede tener un impacto significativo en la estabilidad económica de una persona o entidad, pudiendo ocasionar dificultades financieras o incluso la pérdida de bienes o derechos adquiridos. En el caso de Venezuela, la cláusula general de responsabilidad establece que aquellos que causen un daño a otro deben asumir las consecuencias de su acción. Esto implica que, independientemente de si el daño es de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, el responsable deberá reparar el perjuicio causado. La inclusión de esta cláusula en el ordenamiento jurídico venezolano refleja la importancia otorgada a la protección de los derechos patrimoniales de los individuos y entidades, así como la responsabilidad que recae sobre aquellos que causen daños (Código Civil de Venezuela, 1982: art. 1.185).

La doctrina jurídica venezolana ha abordado este tema y la relación de causalidad como elemento de la responsabilidad civil, la misma se refiere a los principios que guían esta determinación en el sistema jurídico venezolano. En primer lugar, la doctrina destaca que la causalidad es uno de los tres elementos constitutivos de la responsabilidad civil. Esto significa que para que exista responsabilidad, debe haber una relación de causalidad entre la conducta del presunto responsable y el daño sufrido por la víctima. Es decir, el daño debe haber sido causado directa o indirectamente por la acción u omisión del responsable (Carrazza, 2021).

⁸Debe hacerse la acotación que, tal escenario es el dado en cuanto existe una falta del cumplimiento del estándar de conducta exigible requerido por el principio de la *rebus sic stantibus* como criterio de acreditación de responsabilidad en el caso de los parámetros para considerar que efectivamente se está frente a responsabilidad contractual, extracontractual y/o un daño puro.

Dentro del derecho venezolano, el Juez del caso deberá examinar las circunstancias particulares para identificar el daño. Por otro lado existen las teorías de la equivalencia de condiciones y de la causalidad adecuada, que se expresan de la siguiente forma; primero la teoría de la equivalencia de condiciones; donde todas las circunstancias que contribuyeron al acaecimiento del daño se consideran de igual eficacia causal (Carrazza, 2021).

En otras palabras, cualquier factor contribuyente a causar el daño es considerado como una causa. Por otro lado, es conveniente destacar la teoría de la causalidad adecuada; únicamente aquel hecho que, en circunstancias normales, es susceptible de producir un daño, será considerado como la causa adecuada del mismo, esta teoría busca identificar la causa más directa y probable del daño en el contexto específico (Acedo Sucre, 1999 citado en Carrazza, 2021). La doctrina enfatiza que el juez *A Weight* debe utilizar su sensibilidad y tener en cuenta las circunstancias objetivas y pragmáticas para llegar a una conclusión adecuada sobre la existencia del vínculo de causalidad en un caso particular. No hay una fórmula única o precisa para determinar la relación de causalidad, por ello cada caso debe ser evaluado individualmente según corresponda, siendo una disciplina de análisis estrictamente casuístico (Maduro Luyando, 2010).

En resumen, en el derecho venezolano, la doctrina sobre el Daño Patrimonial Puro frente a la relación de causalidad con la responsabilidad civil se basaría en la teoría de la causalidad adecuada. Esta teoría requiere que exista una relación directa entre la conducta del presunto responsable y el daño sufrido por la víctima en contraste frente a circunstancias extraordinarias como las que no. La tarea de determinar el vínculo *unproductive* es una labor intelectual *A Weight* del juez, quien debe analizar las circunstancias específicas del caso para llegar a una solución adecuada.

En conclusión la doctrina jurídica venezolana destaca que la causalidad es el enfoque utilizado para determinar la responsabilidad en casos de daño, y el juez tiene la responsabilidad de analizar cada caso particularmente, tomando en cuenta las circunstancias específicas y objetivas, también resalta la necesidad de abordar cada situación de forma individual y sensible, teniendo en cuenta que no hay una solución única o precisa para determinar la relación de causalidad en todos los casos, es necesario para garantizar una justa aplicación de la Ley en cada situación particular. En conclusión, la relación de causalidad es un elemento fundamental en la responsabilidad civil con base a la dimensión jurídica venezolana, y su interpretación y aplicación requiere de un análisis detallado y cuidadoso por parte del juez para llegar a una solución adecuada en cada caso.

1.3. Casos típicos de daños patrimoniales puros y la estimación del *quantum* indemnizatorio.

En Venezuela, se han analizado diversos casos de daño patrimonial, sin embargo, no puede considerarse que existen criterios claros de cómo identificar un daño patrimonial puro y la cuantificación del mismo. El *quantum* indemnizatorio y las máximas de experiencia utilizadas por el Juez pueden variar según las circunstancias y la interpretación de las leyes en auxilio de la jurisprudencia con una posible vocación de aplicabilidad al caso; de manera sucinta, debe partirse que los elementos clave para identificar un DPP son la relación de causalidad entre víctima y agente con base al daño sufrido, la verificación de la pérdida económica objetiva y directa, y el hecho generador de la pérdida económica, partiendo que no existirá un perjuicio, pues este concepto civil carece de ello, considerándose los casos propios contextualizados en la realidad legal venezolana, el lucro cesante (necesariamente por causa de muerte), el daño emergente y el error en un consejo de carácter técnico.

En este contexto, debe considerarse que el régimen de responsabilidad que siempre se tomará en cuenta para estos casos, es el régimen de responsabilidad extracontractual, propia de los sistemas basados en la culpa para poder imputar el hecho ilícito en un momento, con la única excepción a considerar es cuando no se cumpla un estándar de conducta exigible que no aplique directa o necesariamente como carga a una de las partes y se sufran partes por parte de la otra, considerando su afección económica en la pérdida de oportunidad, el daño emergente y/o lucro cesante de bienes, y con ello, sustentada en documentos financieros.

En Venezuela, la responsabilidad extracontractual requiere demostrar que la conducta del responsable fue intencional, negligente o imprudente y que causó directamente el daño económico, pero, determinar si un DPP puede ser objeto de indemnización puede ser difícil debido a la falta de criterios claros al respecto y la falta de consideración de esta institución en sistemas latinos, y por mucho más el venezolano.

Es importante considerar que, los casos de Daño Patrimonial Puro en Venezuela puede llegar a ser complejo y dependerá de la interpretación del Juez sobre las circunstancias de hecho fundantes del caso, ya que a pesar de estar en un sistema de cláusula general, no por ello se refiere a que se tiene una preparación adecuada para considerar este extremo poco explorado de la responsabilidad civil, pues normalmente en los sistemas jurídicos, haciendo resalte en los latinos, se opta por abordar esta problemática negando la certeza del daño o de la relación de causalidad y procurar una institución distinta para la protección de intereses (Martín-Casals, 2005).

Entre los casos considerables como típicos de DPP están: I) Daño patrimonial puro por informaciones erróneas o servicios profesionales negligentes: ejemplificado en el caso *White v. Jones* en Gran Bretaña, en el año 1995) donde un abogado redactó erróneamente un testamento, causando pérdidas económicas a los beneficiarios afectados; II) Daño patrimonial puro relacional, derivado de muerte o lesiones corporales de otra persona (daño por repercusión), o cuando la muerte o lesiones de una figura reconocida en una industria afecta económicamente dicha industria; III) Daño patrimonial puro por daños a cosas ajenas, sucede cuando una persona sufre pérdida económica directa y cuantificable debido a dañar o destruir la propiedad de otra persona sin contrato previo entre ellas, como en colisiones de automóviles. En cada caso, se busca asegurar una compensación adecuada tomando en cuenta la negligencia, el valor de la propiedad afectada y los gastos razonables de reparación (Martín-Casals, 2005).

El concepto y los ejemplos abordados destacan la importancia de una interpretación precisa y objetiva en la identificación y cuantificación de esta tipología de daños patrimoniales. La claridad en la delimitación de este tipo de daño es fundamental para asegurar una adecuada protección de los derechos patrimoniales de las personas y entidades, así como una justa compensación en casos de responsabilidad civil.

2. La Cultura de Cancelación

El uso de las redes sociales evoluciona continuamente con las necesidades de los usuarios. Actualmente, quien quiera usar las redes sociales sólo necesita un dispositivo e internet, pues normalmente el acceso es gratuito. Esta facilidad permite compartir e intercambiar información con usuarios de todo el mundo en tiempo real (Smith y Soliz, 2011), lo cual ha generado una importante revolución en la manera en que la sociedad se comunica y, por tanto, reacciona a los diferentes eventos, situaciones y problemas a lo largo y ancho del planeta.

En este momento, plataformas como Twitter, Facebook, TikTok e Instagram funcionan como depósitos de las principales noticias de sectores artísticos, políticos, deportivos, entre otros, permitiendo que la información se distribuya entre millones de usuarios en segundos. Ante esto, ser protagonista o víctima de la opinión pública se ha vuelto mucho más sencillo, los usuarios han encontrado nuevas maneras de expresar su agrado o disgusto frente a todo el contenido que consumen a diario en sus redes sociales, siendo la cultura de cancelación una de ellas.

El fenómeno de la cancelación en redes sociales implica un retiro masivo del apoyo a empresas, productos o individuos, normalmente reconocidos a gran escala, que hayan estado implicados en comportamientos problemáticos o controvertidos, generando un disgusto generalizado y una reacción negativa en las personas (Mueller, 2021). El objetivo de la cancelación es demostrar que hay consecuencias para el comportamiento inaceptable. Los que han sido cancelados, sirven como precedente de lo que es y no es aceptable para los usuarios en internet, quienes actúan como juez y testigos, estableciendo un contrato social creado por las redes sociales que se configura a través de la cancelación (Haskell, 2021).

Hay diferentes definiciones de la Cultura de Cancelación, pero todas coinciden en que hay un emisor y un receptor. El emisor es la persona o institución que ejerce la presión social, y el receptor es la persona o institución que es acosada. El receptor suele ser una institución, una marca, una celebridad, una persona de las redes sociales o cualquier sujeto que haya hecho una declaración interpretada como problemática (Gutiérrez, 2021).

En otras palabras la cultura de cancelación puede tener un impacto negativo en las empresas y sus marcas de distintas formas, Si una empresa es cancelada puede conducir a la pérdida de clientes, porque dejaría de consumir sus productos o hacer uso de sus servicios, lo que puede provocar una pérdida de ingresos, puede dañar la reputación de una empresa, verla como no ética o socialmente responsable, originando una pérdida de confianza y una disminución de las ventas, puede hacer que sea más difícil contratar empleados calificados porque pueden ser reacios a trabajar para una empresa que tiene una reputación negativa.

2.1. Orígenes y fundamentos de la Cultura de Cancelación.

La cultura de la cancelación se originó en el llamado «*Black Twitter*», un movimiento gestado en 2010 por la comunidad de color de Twitter para denunciar los hechos de discriminación racial. El *Black Twitter* es un grupo de usuarios de Twitter que se identifican como negros y que utilizan la plataforma para discutir temas relacionados con la raza, la cultura y la política. El *Black Twitter* ha sido fundamental para denunciar la discriminación racial en los medios de comunicación, en la política y en la sociedad en general (Burgos & Hernández, 2021).

El término «Cultura de la Cancelación» tomó mayor popularidad en 2017 con el movimiento #MeToo según Holman (2020). Este movimiento surgió como respuesta a los comportamientos machistas, agresión sexual y acoso sexual, a raíz de las acusaciones contra Harvey Weinstein (Moceri, 2020). El movimiento #MeToo utilizó las redes sociales, especialmente Twitter, para dar voz a las víctimas de violencia sexual y para exponer a sus agresores públicamente. Este movimiento tuvo un impacto significativo en la sociedad y contribuyó a la disminución del estigma asociado a la violencia sexual. El movimiento también llevó a la investigación y procesamiento de varios casos de agresión sexual, y ayudó a crear un entorno más seguro para las mujeres y niñas.

Las redes sociales han marcado un antes y un después en el mundo de la publicidad. El espacio virtual se posiciona como un nuevo mercado en el que las empresas y marcas ofrecen sus servicios a los usuarios. Estos últimos tienen el control de cancelar contenidos que no quieren ver, porque consideran que los servicios o el material que estas marcas/empresas ofrecen no se adapta a los valores sociales o porque no se comprometen a representar temas de interés social, y a dar visibilidad a colectivos invisibilizados históricamente. La cancelación busca responsabilizar a las marcas y empresas a través de la vergüenza pública, debilitar la reputación y el alcance global de la marca o empresa y exponer su contenido como imprudente y carente de conciencia social (Ruby, 2020). Este tipo de problemas se ven reproducidos en el día a día por personas, empresas, organizaciones, y marcas que se ven obligadas a interesarse y acercarse más al consumidor activista. Esta situación en redes sociales apela al despertar individual, pero también exige a las empresas y marcas que adopten un rol activista responsable en sus campañas de venta y publicidad (Gutiérrez, 2021).

Por lo tanto, se señala que las redes sociales han transformado el mundo de la publicidad, pues se han convertido en un nuevo mercado donde las empresas ofrecen sus servicios a los usuarios. Estos últimos tienen el poder de cancelar contenidos y responsabilizar a las marcas y empresas que no se ajustan a sus valores sociales o que no representan temas de interés social. El activismo digital en las redes sociales impulsa a las empresas y marcas a adoptar un rol activista responsable en sus campañas de venta y publicidad.

2.2 Casos a estudiar sobre efectos de la Cultura de Cancelación.

Las consecuencias de la cancelación para las marcas y empresas son principalmente económicas porque la pérdida de apoyo de los consumidores hacia sus contenidos repercute en su economía; en primer lugar Disney Plus, la plataforma *streaming*, de contenido infantil y juvenil principalmente, tomó la decisión de eliminar películas como *Aristogatos*, *el Libro de la Selva* y *Peter Pan* de su biblioteca debido a que se consideraban contenidos machistas y racistas. La empresa reconoció a través de su página web sobre cómo estas películas tenían representaciones negativas y no reflejaban los valores que deseaban transmitir, además, se colocaron advertencias en otras películas con contenido similar (Lucchetti, 2021).

Por otro lado, existe un caso de relevante observación en referencia a la marca de lujo Balenciaga, caracterizada por su capacidad para generar viralidad a través de la provocación dirigida al consumidor. Sin embargo, la campaña de la Colección *BDSM* lanzada a finales de la temporada de 2022, sorprendentemente, resultó en una grave

crisis de imagen para la marca más controvertida del momento (Vila, 2022). La campaña mostraba imágenes polémicas de niños interactuando con osos de peluche en un contexto de equipamiento *bondage*, llevando esto a una fuerte reacción negativa en internet, acusando a la marca de sexualizar a los niños con elementos pornográficos y sadomasoquistas. Ante la cancelación en las redes sociales y la creciente opinión pública en contra, Balenciaga retiró rápidamente la campaña de todas sus plataformas y emitió disculpas públicas en sus redes sociales.

A pesar de intentar culpar a la productora de la campaña, por la elección de los elementos polémicos, esto no fue suficiente para cambiar la percepción general. La consecuencia económica fue significativa, ya que Balenciaga perdió su posición como una de las marcas de lujo más exclusivas, un logro que había mantenido durante años, sufriendo una disminución importante en las ventas debido a esta crisis reputacional y el boicot orquestado en su contra por el público. Esto ejemplifica cómo una estrategia provocadora puede llevar a una grave crisis de imagen y daño económico para una marca, resaltando la importancia de ser consciente de la sensibilidad social y de manejar adecuadamente cualquier situación controvertida en la publicidad y el *marketing*.

En medios de comunicación y redes sociales, la marca de ropa H&M ha sido acusada de racismo debido a una fotografía que mostraba a un niño de tez negra vistiendo una sudadera con capucha con la frase «el mono más genial de la jungla». Algunos usuarios han reclamado a la marca por considerar la imagen inapropiada y ofensiva; viéndose obligada la empresa de moda a emitir disculpas en respuesta a la controversia como control de daños. A pesar de las opiniones divididas, algunos defendieron a la marca, considerando que fue un error inocente y que no tiene intenciones racistas (BBC, 2018).

La cultura de cancelación puede tener consecuencias económicas significativas para las marcas, como se evidencia en los casos de Disney Plus y Balenciaga. Estos ejemplos resaltan la influencia de las redes sociales en la opinión pública y la importancia de la conciencia social en las decisiones de las empresas. Las marcas deben ser conscientes del impacto de sus acciones y mensajes, adoptando un enfoque consciente y responsable en sus estrategias de marketing y comunicación. La gestión adecuada de crisis y medidas de contingencia sólidas son clave para mitigar el daño puramente económico y reputacional.

3. La actividad publicitaria y sus límites legales

Lo primero que se debe mencionar es que la publicidad, desde el ámbito técnico, tiene como objetivo atraer a un grupo específico de personas hacia un producto o servicio, buscando posicionarse en sus pensamientos y reforzando su conocimiento sobre el mismo (Kotler y Armstrong, 2013). En consecuencia, la publicidad busca atraer a un público específico y reforzar su conocimiento sobre un producto o servicio. Lo segundo a considerar es el Derecho de la Publicidad, un conjunto de normas jurídicas mayormente privadas que regulan el acto publicitario, con opiniones divergentes sobre si pertenece al derecho mercantil o no. Se puede afirmar que el Derecho de la Publicidad no tiene un carácter autónomo dentro del ordenamiento jurídico. Así, el derecho de la publicidad como una rama del derecho privado, y más concretamente, autores lo relacionan con el derecho mercantil, cuyo objeto general es la regulación relaciones específicamente derivadas del desarrollo de actividades de carácter mercantil y para con los comerciantes, en este caso los sujetos de la actividad publicitaria. (Vilajoana, 2017).

Además, según la Ley General de Publicidad de España de 1988, estima a tal actividad como aquella que involucra a tres sujetos principales: el anunciante y/o la agencia, que pueden ser personas naturales o jurídicas, y el público, cuyo papel es pasivo pero fundamental en el proceso (Ley General de Publicidad de España, 1988). En relación con esto, se destaca que el papel del publicista, ya sea como anunciante o agencia, es desempeñado por personas naturales y jurídicas dedicadas a promover mensajes publicitarios, y las agencias pueden ser también personas naturales como *freelancers* (Vilajoana, 2015).

Asimismo, las personas jurídicas se consideran como entidades con derechos y obligaciones, pudiendo ser entes colectivos con personalidad jurídica, son abstractas, ficticias y con derechos y obligaciones, pudiendo ser entes colectivos agrupados con personalidad jurídica (Aguilar Gorrondona, 2014).

En cuanto al público, se refiere a las personas a las que se dirige el mensaje o las que lo reciben, incluyendo tanto al público objetivo previsto como a quienes reciben el mensaje sin previsión del publicista (LGP de España, 1988). Por último, se destaca que el Contrato de Publicidad implica que el anunciante encarga a la agencia la ejecución de la publicidad a cambio de una contraprestación, debiendo utilizar el material suministrado solo para los fines acordados (Vilajoana, 2015). Por último, la agencia publicitaria tiene la responsabilidad principal de llevar a cabo la ejecución, creación y preparación de la publicidad, y mantener la confidencialidad del material proporcionado por el anunciante. En ciertas ocasiones, la agencia necesita celebrar contratos con terceros para la difusión publicitaria, lo cual no vulnera su deber de confidencialidad, sino que es necesario para cumplir con sus obligaciones finales (Vilajoana, 2015).

La publicidad busca atraer y reforzar el conocimiento en un público específico. El Derecho Publicitario regula el acto publicitario, con opiniones sobre su relación con el derecho mercantil. La Ley General de Publicidad de España involucra al anunciante, agencia y público. El papel del publicista puede ser ejercido por personas naturales y jurídicas, al igual que las agencias. Las personas jurídicas son entidades con derechos y obligaciones, pudiendo ser entes colectivos. El público incluye tanto al objetivo previsto como a quienes reciben el mensaje sin previsión del publicista. El Contrato de Publicidad implica que el anunciante encarga a la agencia la ejecución a cambio de una contraprestación, con confidencialidad. La agencia tiene la responsabilidad de llevar a cabo la publicidad y puede contratar terceros sin violar la confidencialidad.

3.1 La libertad de expresión en la actividad publicitaria.

En este orden de ideas, según el artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, “Toda persona tiene derecho a la libertad 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” (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 1966: art. 19). En concordancia con esto, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948: art. 19).

Según Milton, la libertad de expresión se entiende como un derecho multifacético que incluye no solo el derecho a expresar o difundir información e ideas, sino también el derecho a buscar información e ideas y el derecho a recibir información e ideas (Milton, 1644). Al entender lo anterior, es necesario mencionar que Venezuela reconoce el derecho de toda persona a expresar libremente sus pensamientos, ideas u opiniones, ya sea de manera oral, escrita o mediante cualquier otra forma de expresión. Asimismo, se garantiza el uso de cualquier medio de comunicación y difusión para ejercer este derecho, y se prohíbe la imposición de censura en dichas expresiones (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: art. 57).

En consecuencia, existe un consenso internacional que puede ayudar a garantizar el derecho a la libertad de expresión, que incluye la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas sin limitación de fronteras, a través de diversos medios de expresión, muestra la importancia y alcance del derecho a la libertad de expresión en el ámbito internacional, establecido tanto en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Además, se destaca cómo la defensa de la libertad de prensa, ha influido en la concepción de la libertad de expresión como un derecho integral que abarca no solo la facultad de expresar y difundir ideas, sino también el derecho a buscar y recibir información e ideas de manera libre y sin interferencias.

3.2. Susceptibilidad de daños de las marcas en la actividad publicitaria.

El contrato de prestación de servicios profesionales publicitarios, según el artículo 20 de la Ley General de Publicidad de España, es aquel en el que una persona física o jurídica se obliga a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria o cualquier otro elemento publicitario a cambio de una contraprestación (LGP de España,

1988: art. 20). En este tipo de contrato, el experto, ya sea persona natural o jurídica, se encarga del desarrollo creativo y plasmación de la obra publicitaria, puede incluso ser contratado por la agencia de publicidad para cumplir los objetivos del Contrato de Publicidad (Vilajoana, 2015). Las obligaciones en este contrato son claras: el anunciante debe satisfacer la contraprestación acordada, mientras que el experto debe crear y desarrollar la obra publicitaria (Vilajoana, 2015). Por otro lado, la publicidad sugestiva busca convencer al público objetivo de que necesita el producto o servicio ofrecido, y utiliza técnicas psicoanalíticas para conectar emocionalmente con la audiencia (Ferrer Vera, 2012; Márquez, 2016; Valledol, 2008). Por su parte, la publicidad ilícita y desleal se refiere a mensajes que infringen normas legales o constitucionales, engañan al público o la competencia, y buscan inducir error u omitir información con mala fe para convencer al consumidor (Ramírez y Rubén, 2001; Stiglitz, 2014; Aimone Gibson, 1998)

La cultura de cancelación en la actividad publicitaria ha generado un entorno propenso a posibles daños patrimoniales puros. A través del contrato de prestación de servicios profesionales publicitarios, los expertos se ven comprometidos a crear campañas persuasivas que conecten emocionalmente con la audiencia. Sin embargo, el uso inadecuado de técnicas sugestivas o la difusión de publicidad ilícita y desleal podría llevar a la cancelación de la campaña y, por ende, a un posible daño económico tanto para el anunciante como para el experto en publicidad. Es esencial para las marcas y agencias publicitarias tener en cuenta el contexto actual y la sensibilidad del público para evitar daños financieros derivados de acciones que puedan ser interpretadas como problemáticas o irresponsables. La protección del patrimonio en esta actividad publicitaria implica actuar con responsabilidad y ética, evita prácticas que puedan resultar perjudiciales para todas las partes involucradas.

Conclusión

La investigación sobre el “Daño Patrimonial Puro Derivado de la Cultura de Cancelación en la Actividad Publicitaria en Venezuela” concluye que el daño patrimonial puro se refiere a un perjuicio económico directo y cuantificable, sin incluir aspectos subjetivos o inmateriales. En Venezuela, este tipo de daño está regulado por una cláusula general de responsabilidad en el Código Civil, y su identificación y cuantificación requiere un análisis detallado por parte del juez. En sistemas jurídicos extranjeros, se han utilizado diferentes enfoques para proteger los intereses económicos y otorgar compensación justa por daños patrimoniales puros. El sistema francés se basa en una cláusula general de responsabilidad, mientras que el sistema inglés abarca una amplia gama de situaciones con daño patrimonial. La combinación de principios y enfoques resulta útil para garantizar una protección efectiva y segura de los intereses económicos.

En el contexto venezolano, es esencial considerar estos enfoques para asegurar la restitución del equilibrio económico afectado y promover la justicia en la compensación por el daño patrimonial puro. La interpretación y cuantificación, basada en la premisa de que los daños resarcibles deben estar en una relación directa de causalidad, asegura una resolución equitativa en casos de responsabilidad civil relacionados con este tipo de daño.

La cultura de cancelación, que surge en las redes sociales, tiene un fuerte impacto económico en las marcas y empresas, pues afecta su reputación y ventas. Es esencial que las marcas sean conscientes de la sensibilidad social y la percepción pública de sus acciones y mensajes. Por ello, deben adoptar un enfoque responsable en sus estrategias de marketing y comunicación. La gestión adecuada de crisis y la pronta adopción de medidas correctivas resultan fundamentales para mitigar el daño tanto reputacional como económico.

En resumen, el estudio sobre el Daño Patrimonial Puro en la Actividad Publicitaria en Venezuela enfatiza la importancia de una interpretación precisa y objetiva en la identificación y cuantificación de perjuicios económicos. Los daños deben estar en una relación directa de causalidad. Su estudio resulta fundamental para garantizar una aplicación equitativa y justa del derecho, promover la protección de los derechos patrimoniales de las personas y entidades, así como una justa compensación en casos de responsabilidad civil.

Referencias Bibliográficas

AGUILAR GORRONDONA, José Luis. 2014. **Derecho civil: Personas**. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.

GHERSI, Calos A. **Teoría General de la reparación de daños**, 3ª ed. Astrea. Buenos Aires

HASKELL, Samantha. 2021. *Cancel Culture: a Qualitative Analysis of the Social Media Practice of Canceled 2021*. Boise State University. Idaho.

KOTLER, Philip y ARMSTRONG, Gary. 2013. **Fundamentos de Marketing**. Pearson Educación. México.

MADURO LUYANDO, Eloy. 2010. **Curso de obligaciones: derecho civil III**, Volumen 1. Ed. 12. Universidad Católica Andrés Bello.

MARTÍN-CASALS, Miguel y RIBOT IGUALADA, Jordi. 2003. **Pure economic loss: la indemnización de los daños patrimoniales puros**. Editorial Colex. Madrid, España.

STIGLITZ, Rubén. 2014. **Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación**. Editorial Thomson La Ley.

VILAJOANA, Sandra. 2015. *¿Cómo diseñar una campaña de publicidad?* Editorial UOC. Barcelona, España

VILAJOANA, Sandra. 2017. **Introducción al Régimen Jurídico de la Publicidad**. Editorial UOC. Barcelona, España

BURGOS, Edixela, HERNANDEZ, Gustavo. 2021. La cultura de la cancelación

¿Autoritarismo de las comunidades de usuario? Comunicación: Estudios Venezolanos de Comunicación. En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7893028> (Consultado el 07 de octubre de 2022)

CARRAZA, Giancarlo. 2021. Sobre la relación de Causalidad como elemento de la Responsabilidad Civil en Venezuela. **Revista de la Facultad de Derecho**. En <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/download/5701/5008/19384> (Consultado el 22 de mayo del 2023)

CASALS, Miquel. 2005. Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”. **Revista para el Análisis del Derecho**. En <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/79589/103797> (Consultado el 22 de septiembre de 2022)

MOCERI, Alana. 2020. *¿Cómo definir la cultura de la cancelación y su ataque contra el debate matizado? Es global*. En <https://www.esglobal.org/como-definir-la-cultura-de-la-cancelacion-y-su-ataque-contra-el-debate-matizado/> (Consultado el 08 de octubre del 2022)

MUELLER, Thomas. 2021. *Blame, then shame? psychological predictors in cancel culture behavior*. **The Social Science Journal**. En <https://doi.org/10.1080/03623319.2021.1949552> (Consultado el 08 de octubre del 2022)

SMITH, Damien y SOLIZ, Jordan. 2011. *(Re)conceptualizing Intercultural Communication in a Networked Society*. **Papers in Communication Studies**. En <https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=commstudiespapers> (Consultado el 08 de octubre del 2022)

GUTIERREZ, Valentina. 2021. **La práctica de la cancelación: Origen, procesos y consecuencias**. (Trabajo Pregrado) En https://www.academia.edu/71697362/La_practica_de_la_cancelacion_y_su_origen_procesos_consecuencias (Consultado el 01 de junio del 2023)

HOLMAN, Kylie. 2020. *¿Can you come back from being canceled? A case study of podcasting, cancel culture, and comedians during #MeToo*. (Trabajo Postgrado) En <https://www.proquest.com/docview/2427301602?pq-origsite=primo> (Consultado el 22 de mayo del 2023)

RAMÍREZ, Estay y RUBÉN, Héctor. 2001. **El Derecho de la Publicidad**. (Tesis). Universidad de Chile.

VILA, María. 2022. **Adaptación de las marcas del sector del lujo a las redes sociales: El reto de mantener su exclusividad.** (Trabajo Posgrado) En <https://riunet.upv.es/handle/10251/193256> (Consultado el 01 de junio del 2023)

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1999. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.** En Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.860.

ASAMBLEA NACIONAL. 1982. **Código Civil de Venezuela.** En Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 2.990

BONAPARTE, Napoleón. 1804. **Código Civil Francés.**

JEFATURA DE ESTADO. 1988. **Ley General de Publicidad.** España. En Boletín Oficial Estatal núm. 274, de 15 de noviembre de 1988

ONU: ASAMBLEA GENERAL. 1966. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

ONU: ASAMBLEA GENERAL. 1948. **Declaración Universal de Derechos Humanos.** 10 Diciembre 1948, 217 A (III).

UNITED KINGDOM HOUSE OF LORDS DECISIONS. 1995. **White v Jones.** 16 de febrero de 1995, UKHL 5. En <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1995/5.html> (Consultado el 23 de junio del 2023)

BBC NEWS. 2018. **H&M apologizes over ‘racist’ image of a black boy in a hoodie.** En <https://www.bbc.com/news/newsbeat-42603960> (Consultado el 23 de junio del 2023)

BBC NEWS MUNDO. 2022. **Balenciaga: el escándalo por las fotos publicitarias con niños por las que la marca tuvo que disculparse.** En <https://www.bbc.com/mundo/noticias-63786274> (Consultado el 23 de junio del 2023)

LUCCHETTI, Giuliana. 2021. **La decisión de la plataforma Disney+ de quitar de su catálogo clásicos como El libro de la selva o Dumbo por racistas abre una discusión compleja.** En <https://www.lavoz.com.ar/vos/cine/una-opinion-sobre-la-cancelacion-en-peliculas-de-disney-borrar-la-historia-jamas-es-el-camino/> (Consultado el 23 de junio del 2023)

RUBY, Kris. 2020. **Cancel Culture | The Playbook for Defending Your Brand.** En <https://rubymediagroup.com/cancel-culture-brand-management/> (Consultado el 20 de mayo del 2023)

Análisis Fenomenológico Multicultural de la Sentencia 2/2012 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo De Justicia

Tulia G. Peña Alemán¹

Irasema Vilchez de Quintero²

Adelso Rincón Romero³

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo analizar la jurisprudencia contenida en la decisión 2/2012 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que destaca el compromiso que tiene el sistema judicial venezolano en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, con un enfoque particular en los derechos de la etnia Warao, donde se materializaron los hechos descritos en la sentencia. En el presente artículo se utilizó una metodología hermenéutica, tradicional positivista, mediante un diseño documental de investigación basado en la selección, organización, interpretación y cotejo de fuentes documentales escritas, que fueron seleccionadas objetivamente por los autores por su pertinencia en la materia. Se determinó que existe un nuevo paradigma en el Derecho Constitucional contemporáneo donde convergen dos sistemas jurídicos, el formal creado por el Estado a través de sus instituciones y el consuetudinario y ancestral creado por los pueblos indígenas, cuyo origen data de las comunidades y de los valores ancestrales sobre los cuales se identifican.

Palabras clave: Derechos Humanos, pueblos indígenas, sistema jurídico.

Multicultural Phenomenological Analysis of Judgment 2/2012 of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal of Justice

Abstract

The present article aims to analyze the jurisprudence contained in decision 2/2012 of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, which highlights the commitment of the Venezuelan judicial system to the promotion and protection of the rights of indigenous peoples, with a particular focus on the rights of the Warao ethnicity, where the events described in the ruling took place. This article employed

Admitido: 19-12-2023 Aceptado: 30-03-2024

¹Universidad del Zulia, Maracaibo-Venezuela. Abogada, Magíster Scientiarum en Ciencias Penales y Criminológicas. Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora de Postgrado en los Programas de Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas y Doctorado en Ciencia Jurídicas. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas-Venezuela. Profesora Asesora del Postgrado en la Maestría en Derecho Constitucional y Doctorado en Derecho.

²Universidad del Zulia, Maracaibo-Venezuela. Abogada, Magíster Scientiarum en Ciencias Penales y Criminológicas. Doctora en Ciencias Jurídicas. Coordinadora del Programa de Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas y Profesora del Doctorado en Ciencia Jurídicas. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Jurídicas

³Universidad del Zulia, Maracaibo-Venezuela. Abogado, Magíster en Derecho Mercantil. Doctor en Ciencias Gerenciales. Director del Centro de Investigaciones de Derecho Privado.

a hermeneutic methodology, traditional positivist, through a documentary research design based on the selection, organization, interpretation, and comparison of written documentary sources, which were objectively selected by the authors for their relevance to the subject matter. It was determined that there is a new paradigm in contemporary Constitutional Law where two legal systems converge: the formal one created by the State through its institutions and the customary and ancestral one created by indigenous peoples, whose origin dates back to the communities and ancestral values with which they identify.

Keywords: Human Rights, indigenous peoples, legal system.

Introducción

El artículo tiene como objetivo analizar la jurisprudencia contenida en la decisión 2/2012 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Esta decisión realza el compromiso del sistema judicial en contribuir con la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas, en especial los de la etnia Warao, donde se materializaron los hechos descritos en la sentencia. Se enfoca, además, en el reconocimiento del pluralismo jurídico y en la protección del principio constitucional de la diversidad cultural.

A continuación, se desarrolla el análisis en tres puntos clave: I. Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Visión filosófica y constitucional. II. Derechos Humanos y Etnia Warao. Perspectiva Criminológica. III. Derechos Humanos y la libertad como valor protegido en la sentencia 2/2012 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

1. Metodología

El trabajo tiene como base epistemológica la hermenéutica jurídica, adoptando la posición de Gadamer (1993), que contempla la hermenéutica de comprensión dialógica según la cual, la comprensión e interpretación de los textos y contextos necesita una dirección metodológica partiendo de la conciencia histórica, lo cual implica una distancia significativa del presente.

De ahí que, la hermenéutica sea la mejor alternativa metodológica cuando la acción interpretativa se despliega para comprender los distintos símbolos y signos que hablan del sentido particular de un tiempo y espacio determinado y de sus acontecimientos trascendentales (Popper, 1945).

En tal sentido, este enfoque se concibe como producto del conocimiento de las interpretaciones de los simbolismos socioculturales a través de los cuales los actores de un determinado grupo social abordan la realidad (humana y social, fundamentalmente). Más que la interpretación de una realidad externa, el conocimiento es la interpretación de una realidad tal como aparece en el interior de los espacios de conciencia subjetiva.

Por tanto, en el presente estudio se utilizó una metodología hermenéutica, no tradicional positivista, mediante un diseño documental de investigación basado en la selección, organización, interpretación y cotejo de fuentes documentales escritas, que fueron seleccionadas objetivamente por los autores por su pertinencia en la materia..

2. Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Visión filosófica y constitucional

En cuanto a la naturaleza de los derechos de la persona humana, la discusión ha sido muy extensa y tal denominación es usada para referirse a los derechos como la vida, la libertad e integridad personal, la libertad de conciencia, de expresión y de religión, a ser procesado mediante un debido proceso, tutela judicial efectiva, a la propiedad, a la igualdad ante la ley, a no ser discriminado, entre otros. Tales derechos pertenecen a lo humano y han sido analizados por diversos enfoques, desde la moral, la política, del derecho, e incluso la religión⁴.

⁴ Al respecto, léase lo expuesto por los autores Pedro Nikken, Bello y los Derechos Humanos, en: En defensa de la persona humana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, p.10 y ss. Héctor Faúndez, El significado de los Derechos Humanos, en: Las diversidades culturales en la formación y aplicación del Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1993, p.93 y ss. Norberto Bobbio, Los Derechos Humanos Hoy en día, en: Norberto Bobbio: el filósofo y la política, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p.193.

En este marco, el positivismo jurídico clásico sostiene que el basamento de los derechos humanos son los dispositivos jurídicos que los consagran y que conforman el orden jurídico positivo de un Estado determinado; entre los que destacan: Constitución, leyes, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos de 1966), Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, la Conferencia Mundial sobre Pueblos Indígenas (2014), entre otros.

De allí que, el concepto de derechos humanos, sin duda, debe estar inspirado en cierta filosofía práctica, la cual debe enfatizar en la protección de la dignidad de la persona humana frente a conceptos legales indeterminados como el bien común, las buenas costumbres, el interés público o la seguridad de la Nación; tan cercanos a doctrinas éticas como el utilitarismo o a los Estados autoritarios.

Ahora bien, sólo a partir de una concepción filosófica que admite la posibilidad de justificar racionalmente principios morales normativos, como la de Habermas, es que pueden ser reconocidos como válidos los tres principios de la persona humana: 1) la autonomía, 2) la inviolabilidad y 3) la dignidad (Habermas, 1991).

En relación al primero, el principio de la autonomía de la voluntad, es la autonomía de la persona humana con el cual reivindica la condición libre y autónoma de los individuos que viven bajo un gobierno civil. El segundo, el principio de inviolabilidad de la persona humana conlleva a no imponer cargas, sacrificios o limitaciones a los individuos, sin contar con su consentimiento efectivo, bajo ninguna justificación, ni siquiera por aquel según el cual ello redundaría en beneficio a la mayoría de la población; cuya expresión máxima en los Estados democráticos es la igualdad jurídica y política de sus ciudadanos. Es por ello, que cuando en un Estado se transgrede flagrantemente este principio, sus connacionales deciden irse en la búsqueda de la garantía y el respeto de sus derechos a la vida, a la integridad personal, a la seguridad personal, a la educación, a los alimentos, **a la integridad cultural, derechos territoriales y a las tradiciones ancestrales y sus formas de vida**, entre otros.

Mientras que, el tercero, el principio de la dignidad de la persona humana con este principio se reivindica el respeto y la valoración de la condición humana, en contraposición a cualquier ideología que pretenda imponerse sobre su color de piel, condición social, étnica, género, religión, política, entre otros.

En este contexto, en la medida en que se reconozca como válido el principio de la dignidad de la persona humana podrá ser justificada la positivización del derecho a un debido proceso, que permite juzgar, de manera imparcial, a cualquier individuo, sin distinción alguna, por los hechos de los cuales sea culpable y responsable; el derecho a no ser discriminado y a ser reconocido por la legalidad vigente, como único medio capaz de garantizar la Constitución política de una Nación.

Así las cosas, sólo nuestra razón práctica encontrándose libre para actuar en marco del derecho y garantizados por una organización político-social efectivamente plural, tolerante, solidaria, justa y participativa en el marco de una Estado democrático y social de Derecho y Justicia, consagrado en el artículo 2 de la Constitución Bolivariana; base para el reconocimiento y la vigencia de los derechos humanos, y que ello sean el *telos* de las civilizaciones. Rompiendo además los viejos paradigmas, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoció los **derechos indígenas como derechos humanos colectivos y a los pueblos y comunidades indígenas como sus titulares**, así:

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007: Art. 8 Ord. 3).

Tal y como lo afirmó la Sala Constitucional en su sentencia 2/2012, se habla de diversidad cultural porque los pueblos, naciones, comunidades, sociedades y Estados no son expresión homogénea de una sola y única realidad social y cultural, aunque todos los seres humanos pertenezcamos a una misma especie.

Siendo así, existe un nuevo paradigma en el Derecho Constitucional contemporáneo donde convergen dos sistemas jurídicos, el formal creado por el Estado a través de sus instituciones y el consuetudinario y ancestral creado por los pueblos indígenas, cuyo origen data de las comunidades y de los valores ancestrales sobre los cuales se identifican.

En este contexto, el artículo 260 constitucional establece el principio de coexistencia y cohabitación de ambos regímenes jurídicos y los alcances que a la letra dice:

las autoridades legítimas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a [esta] Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción con el sistema judicial nacional (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: Art. 260).

En la sentencia 2/2012 se destaca que, por primera vez en la historia republicana, el Estado venezolano reconoce constitucionalmente, que es una Nación: multiétnica, pluricultural y multilingüe.

En efecto, en la Exposición de Motivos de la Constitución Bolivariana, se señala:

[...] como consecuencia de esta lucha y de sus particulares condiciones de vulnerabilidad, los derechos de los pueblos indígenas han sido reconocidos internacionalmente como derechos específicos y originarios.

Este mismo reconocimiento en la Constitución implica un profundo cambio de perspectiva política y cultural que reorienta la conducción del Estado venezolano, al reconocer su carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe.

En el seno de los diferentes ordenamientos jurídicos latinoamericanos se han realizado notables esfuerzos en el avance, reconocimiento y profundización de los derechos de los pueblos indígenas, tanto en el ámbito legislativo como en el constitucional. En este sentido, es importante destacar que la mayoría de las constituciones latinoamericanas actuales establecen principios claros sobre los derechos de los pueblos indígenas, como un reconocimiento a la diversidad cultural de América Latina [...] (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: Exposición de Motivos).

En consecuencia, se reconoce expresamente la existencia del derecho ancestral de las etnias o pueblos indígenas ubicados en el territorio venezolano, al aceptar, como característica de su política social, el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe, de conformidad con lo establecido en el artículo 119 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de la siguiente manera:

El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida [...] (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: Art. 119).

Por consiguiente, se ha interpretado constitucionalmente que existe una integración al ordenamiento jurídico general cuyo vértice superior y supremo está en la Constitución, ya que se aclara en el artículo 126 constitucional que:

Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano, como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tiene el deber de salvaguardar la integridad y soberanía nacional.

El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional. (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999: Art. 126).

De modo que, la Sala Constitucional estableció con carácter vinculante, que

el derecho originario o consuetudinario de los pueblos y comunidades indígenas se encuentra integrado al ordenamiento constitucional vigente, y por ende, no puede ser contrario, a las normas, reglas y principios establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Tribunal Supremo de Justicia, 2012: sentencia 2/2012).

Tomando estas bases constitucionales y con carácter vinculante para todos los jueces que integran el sistema de justicia fue argumentada la sentencia 2/2012 de la Sala Constitucional, exhortando a adoptar sus decisiones judiciales en resguardo de las costumbres ancestrales de los pueblos indígenas ubicados en el territorio nacional; reconocimiento el pluralismo jurídico y el principio constitucional de protección a la diversidad cultural consagrado en la Constitución Bolivariana. Prevalciendo lo dispuesto en el texto constitucional siempre que haya colisión con el derecho ancestral de los pueblos indígenas.

3. Derechos Humanos y Etnia Warao. Perspectiva Criminológica

La reciente sentencia de condena por veinte (20) años de prisión, dictada por la jurisdicción especial indígena, contra un niño Warao (de 12 años), en Venezuela ha encendido un intenso debate no solo sobre el sistema de justicia penal, sino también sobre las realidades sociales y culturales. Que afecta a las comunidades indígenas. Este análisis busca explorar críticamente los elementos criminológicos que rodean esta condena, analizando tanto la perspectiva jurídica como la sociocultural que rodea al caso.

a. Contexto del Caso

El caso del niño Warao se sitúa en un contexto donde la pobreza y la marginalización son omnipresentes. Formando parte de uno de los grupos indígenas más desfavorecidos en la región oriental de Venezuela; el niño en cuestión se vio envuelto en un evento delictual que ha sido calificado de máxima severidad por las autoridades ancestrales. La decisión judicial no solo refleja la aplicación estricta de la ley, sino también una falta de consideración hacia las condiciones viales que enfrentan muchas comunidades indígenas.

b. Marco Legal y Derechos del Niño

Desde un punto de vista legal, es imperativo considerar la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que los menores deben ser tratados en función de su edad y situación. El artículo 40.1 señala que “los Estados Partes deben reconocer el derecho de todo niño acusado de haber infringido la ley a ser tratado de manera acorde con la promoción de su sentido de dignidad y valor” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989: Art. 40 ord. 4). Sin embargo, en la sentencia de condena del niño Warao, este principio parece haber sido ignorado, ya que se impuso una pena (20 años de prisión) que no demostró su vulnerabilidad como menor y miembro de una comunidad en desventaja y al margen de su cosmovisión del mundo que lo rodea.

c. Criminología Cultural

La criminología cultural ofrece una perspectiva interesante para entender cómo las identidades étnicas y culturales influyen en la percepción del crimen y las decisiones judiciales. En el caso del niño Warao, no solo se juzgó su acción, sino también se estigmatizó su cultura. La visión sesgada que a menudo existe hacia los pueblos indígenas puede haber contribuido a una interpretación errónea de su comportamiento y circunstancias. Como

señala MM Foucault, “la relación entre el poder y el conocimiento es crucial para la forma en que se construyen las normas y se administran las penas” (Foucault, 1975).

d. Factores Socioeconómicos

Los factores socioeconómicos juegan un papel clave en este caso. La pobreza extrema, la falta de acceso a educación y servicios básicos son elementos que definen la vida del niño Warao y su comunidad. Se podría argumentar que la decisión de condenarlo a una pena severa, en lugar de ofrecerle rehabilitación y apoyo psicológico representa una falla del sistema en su conjunto para abordar las causas fundamentales de la criminalidad en comunidades vulnerables. Según un informe de UNICEF, “la intervención temprana y el apoyo adecuado pueden reducir significativamente el riesgo de reincidencia” (UNICEF, 2020). Esta reflexión resalta la necesidad urgente de adoptar políticas más humanitarias que promuevan la inclusión y la rehabilitación.

e. Estigmatización y Exclusión Social

La condena del niño Waurao también plantea interrogantes sobre la estigmatización de las comunidades indígenas. Al ser encarcelado, el niño no solo sufrió una pérdida de su libertad, sino que también se convirtió en un símbolo de la marginación que enfrenta los Warao. Como menciona M. Bourdieu, el capital simbólico puede actuar como un mecanismo de exclusión (Bourdieu, 1984), lo que sugiere que el pasado del niño y su identidad cultural jugaron un papel importante en la forma en que se le juzgó y se le impuso una pena severa y desproporcionada.

f. Alternativas a la Condena

En lugar de una condena que perpetúe el ciclo de violencia y marginación del niño Warao, sería más constructivo buscar alternativas que promuevan la reintegración social y la recuperación del niño. Los tribunales de menores deben centrarse en enfoques restaurativos que tengan en cuenta el contexto social y cultural del menor. El enfoque de justicia restaurativa ha demostrado ser efectivo en diversas culturas, permitiendo un diálogo entre las partes afectadas y la comunidad, promoviendo así la reparación del daño y la comprensión mutua.

4. Derechos Humanos y la libertad como valor protegido en la sentencia 2/2012 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Señala Casal los Derechos Humanos son inherentes a la persona porque esta los posee en su condición de tal, como emanación de la dignidad humana (Casal, 2009). En este sentido, es importante destacar que los derechos humanos gozan de protección y reconocimiento casi a nivel mundial, según lo evidenciado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, creada y aprobada en 1948, razón por la cual se resalta la cita que realiza la sentencia objeto de estudio del presente artículo de investigación sobre los Derechos del niño:

[...] el Comité de los Derechos del niño en su 44º período de sesiones llevado a cabo en Ginebra en el mes de enero de 2007 [...] [señaló que] los Estados partes deben contemplar un conjunto de alternativas eficaces para dar cumplimiento a la obligación que les incumbe en virtud de esa disposición de utilizar la privación de libertad tan sólo como medida de último recurso. La adopción de las mencionadas alternativas deberá estructurarse cuidadosamente para reducir también el recurso a la prisión preventiva. Y no ‘ampliar la red’ de menores condenado (Tribunal Supremo de Justicia, 2012: sentencia 2/2012)

Se evidencia la fractura a los derechos humanos que se presentó en el caso que dio origen a la decisión 2/2012 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por cuanto se menciona en la sentencia que “se omitió el análisis relacionado con los usos y costumbres de las comunidades indígenas según los cuales, la privación de libertad es excepcional y última *ratio* pudiéndose aplicar una sanción distinta” (Tribunal Supremo de Justicia, 2012: sentencia 2/2012); En los términos anteriormente indicados, se evidencia como la Sala entiende el reconocimiento que hace la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de las culturas de los pueblos originarios o indígenas ubicados en el territorio nacional, por lo cual se aboca a garantizar la protección de sus derechos. Es importante reconocer que la Sala destaca que, por primera vez en la historia republicana, el Estado venezolano reconoce en su Carta Magna que es una nación multiétnica, pluricultural y multilingüe.

Se destaca también que en el escrito de la sentencia objeto del presente artículo que,

la propia Constitución hace énfasis en las reglas que se han de seguir para la armonización de los dos sistemas jurídicos: 1) el derecho originario indígena se aplica: a) dentro del hábitat, b) con base en sus tradiciones ancestrales, y c) a los integrantes de su comunidad; y 2) el alcance de derecho originario indígena se limita en el caso de contrariar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ley y el orden público. Con una aclaratoria adicional y es el derecho a la participación política de los pueblos indígenas consagrados en el artículo 125 constitucional; y en razón de la cual el Estado garantiza la participación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes en la entidades federales y locales con población indígena (Tribunal Supremo de Justicia, 2012: sentencia 2/2012).

Es incuestionable que la decisión de la Sala Constitucional se enfoca en velar por la protección de los Derechos Humanos y la libertad como valor protegido de los pueblos indígenas, sin violentar sus creencias, costumbres o religión.

Conclusiones

Por último, cada participante de este análisis produjo los siguientes puntos conclusivos:

- Se concluye que negar la racionalidad, universalidad y progresividad de los derechos de la persona humana haría letra muerta la Constitución, las leyes y los instrumentos jurídicos internacionales que exigen, para ser titular de tales derechos, ser persona humana, incluyendo el reconocimiento de la necesidad de preservar la identidad cultural ancestral de los pueblos indígenas.
- Se establece que el pluralismo jurídico consagrado en la Constitución Bolivariana supone el respeto por la diversidad cultural en condiciones de auténtica igualdad entre todas las entidades culturales.
- Se determina que la Constitución consagra las reglas para la armonización de los dos sistemas jurídicos: 1) el derecho originario indígena se aplica: a) dentro del hábitat, b) con base en sus tradiciones ancestrales, y c) a los integrantes de su comunidad; y 2) el alcance del derecho originario indígena se limita cuando colisiona con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ley y el orden público.
- Se destaca que el caso del niño Warao de 12 años no es solo una historia de un delito; es un reflejo de las profundas injusticias que enfrentan las comunidades indígenas en Venezuela. Se evidencia que la sentencia que lo condenó a veinte (20) años de prisión, evidencia un sistema que prioriza la retribución sobre la rehabilitación, y que ignora los contextos socioeconómicos y culturales que influyen en la criminalidad. Se enfatiza que las voces de estas comunidades deben ser escuchadas, y que es esencial que se reconsideren los enfoques legales para abordar las necesidades y derechos de los niños indígenas, así como para promover una verdadera inclusión social. Se subraya que el futuro de estos niños no debe estar marcado por el estigma y la condena, sino por la oportunidad de un desarrollo pleno y digno..

Referencias Bibliográficas

- BORDIEU, Pierre. 1984. **La distinción: Criterio y bases sociales del gusto**. Ediciones Tauro.
- CASAL, J. 2009. **Los derechos humanos y su protección: estudios sobre derechos humanos y fundamentales**. Tercera edición. Publicaciones UCAB. Caracas, Venezuela. 314 p.
- FOUCAULT, M. 1975. **Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión**. Siglo XXI Editores.
- GADAMER, Hans-Georg. 1993. **Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica**. Quinta edición. Ediciones Sígueme. España.
- HABERMAS, Jürgen. 1991. **Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación**. En: *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Ediciones Península, España, pp. 85 y 86.

HEGEL, G.W.F. 1980. **Propedéutica filosófica**. Equinoccio (Universidad Simón Bolívar), Caracas, pp.24.

POPPER, Karl. 1945. **La sociedad abierta y sus enemigos**. Editorial Digital Titivillus. España.

UNICEF. 2020. **Informe sobre la delincuencia juvenil y la prevención**.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1999. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. En Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela núm. 5.908 de 19 de febrero de 1999.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 2007. **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**. 13 de septiembre de 2007.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 2014. **Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas**. 22 de septiembre de 2014.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1948. **Declaración Universal de los Derechos Humanos**. 10 de diciembre de 1948.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1966. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. 16 de diciembre de 1966.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. 1966. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. 16 de diciembre de 1966.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1948. **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1969. **Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José)**. Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Gaceta Oficial No. 9460 del 11 de febrero de 1978.

UNICEF. 1989. **Convención sobre los Derechos del Niño**. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. 2012. **Sala Constitucional. Caso: niño Warao, sentencia número 2/2012**, del 3 de febrero. En: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero>

Cuestiones Jurídicas
Vol.18, Número 2, 2024 Julio - Diciembre
Maracaibo, Venezuela.

